

---

|          |   |     |
|----------|---|-----|
| ESTUDIOS | Arbitraje familiar internacional  |     |
|          | A. P. ABARCA JUNCO, M. GÓMEZ  | 5   |
|          | Alcuni caratteri generali del <i>forum necessitatis</i> nello spazio giudiziario europeo  |     |
|          | GIACOMO BIAGIONI  | 20  |
|          | La <i>garantía del Estado</i>   |     |
|          | CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ  | 37  |
|          | La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 |     |
|          | JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  | 52  |
|          | Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio  |     |
|          | LUIS F. CARRILLO POZO   | 86  |
|          | <i>Gentlemen's agreements</i> y contratos de financiación internacional   |     |
|          | M <sup>a</sup> PILAR DIAGO DIAGO  | 122 |
|          | Los contratos internacionales de utilización de aeronaves: a modo de síntesis   |     |
|          | CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA   | 151 |
|          | The general principles of the United Nations Convention for the International Sale of Goods   |     |
|          | JORGE OVIEDO ALBÁN  | 165 |
|          | La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales                              |     |
|          | MARÍA GEMA QUINTERO LIMA  | 180 |
|          | The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe   |     |
|          | SARA DE VIDO  | 222 |

---

|           |  |     |
|-----------|--|-----|
| VARIA     | Los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor (STJUE de 15 abril 2010, Caso <i>Fundación Gala-Salvador Dalí</i> )<br>CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ   | 234 |
|           | El TJUE de nuevo con el foro de la pluralidad de demandados. Nota a la sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto <i>Painer</i><br>BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ  | 245 |
|           | El controvertido ‘ <i>derecho</i> ’ de residencia de los nacionales turcos en la Unión Europea: La STJUE de 15 noviembre 2011 (asunto <i>Dereci</i> )<br>PILAR JUÁREZ PÉREZ  | 256 |
|           | Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet<br>ISABEL LORENTE MARTÍNEZ  | 277 |
|           | O conceito de «Actividad Dirigida» inscrito no artigo 15.º, numero 1 alinea c). Do Regulamento «Bruxelas I» e a Internet: subsidios do Tribunal de Justiça por ocasião do acórdão Pammer/Alpenhof<br>MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES | 302 |
|           | Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI<br>YARITZA PÉREZ PACHECO   | 316 |
|           | Un nuevo ejemplo de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: a propósito de la STJCE de 17 de noviembre de 2011 (asunto <i>Van Ardenne</i> )<br>MARÍA GEMA QUINTERO LIMA  | 334 |
|           | El difícil equilibrio entre el derecho a la tutela judicial del demandante y la protección de los derechos de defensa: el asunto <i>Lindner</i><br>M <sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ                                      | 345 |
| <hr/>     |  |     |
| SOBRE CDT | Normas de publicación  | 355 |

## ***Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)***

ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://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](mailto:celiamaria.caamina@uc3m.es)

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: [Tallergraficoyeditorial.com](http://Tallergraficoyeditorial.com) - Universidad Carlos III de Madrid

## ESTUDIOS

# ARBITRAJE FAMILIAR INTERNACIONAL

ANA PALOMA ABARCA JUNCO

*Catedrática de Derecho Internacional Privado*  
UNED

MIGUEL GÓMEZ JENE

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado*  
UNED

Recibido: 31.01.2012 / Aceptado: 07.02.2012

**Resumen:** La norma que, en principio, rige el arbitraje familiar es la Ley de Arbitraje de 2003 (LA). Una norma que, como es bien sabido, se inspira en una Ley Modelo concebida para el arbitraje *comercial* antes que el *familiar*. Esta última circunstancia permite suponer que la aplicación de la LA a los supuestos de familia no siempre será sencilla, pues ciertas soluciones previstas para los supuestos típicamente comerciales no son extrapolables al ámbito familiar. En efecto, la determinación de la internacionalidad del supuesto, la concreción de las cuestiones arbitrables, la aplicación de la norma que regula el convenio arbitral internacional, así como el mismo exequátur del laudo extranjero, constituyen ámbitos que, en ciertos supuestos, exigirán una reinterpretación de la norma aplicable para ofrecer una respuesta coherente al supuesto controvertido. A localizar las incoherencias que, desde esta perspectiva, presenta la LA, así como a ofrecer soluciones específicas para salvar esas incoherencias dedicaremos este trabajo. De tal modo que, a la luz de las conclusiones alcanzadas, podrán sopesarse mejor las ventajas e inconvenientes del arbitraje familiar frente a la vía jurisdiccional.

**Palabras clave:** arbitraje familiar, Ley de Arbitraje, arbitrabilidad, convenio arbitral, reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

**Abstract:** The law that in theory would regulate marital arbitration in Spain is the Arbitration Act (2003). As it is well-known, this Act is inspired by the UNCITRAL Model Law, which was originally conceived for commercial arbitration instead of marital arbitration. This distinctive aspect would mean that the application of the Act to marital matters is not an easy task, since solutions usually developed for commercial issues are not compatible to the family settings. In fact, the specification of the international character of the case, the precise application of the rule which regulates the validity of the international arbitration agreement, and the recognition and enforcement of the Arbitral awards are fields that sometimes need a reinterpretation of the applicable norm to give a coherent answer to the case. The aim of this essay is to find the incoherencies of the Arbitration Act relating to marital matters and to give some solutions in order to solve these interpretative problems. Therefore, and after appreciating these solutions, it might be easier to balance the advantages and disadvantages of marital arbitration against the jurisdictional answer to the issue.

**Key words:** marital arbitration, Arbitration Act, arbitrability, arbitration agreement, recognition and enforcement of arbitral awards.

**Sumario:** I. Introducción: la progresiva arbitrabilidad del Derecho de familia. II. Ley de Arbitraje y arbitraje familiar con elemento extranjero. 1. Breve referencia a las fuentes internacionales. 2. La Ley de Arbitraje. A) Ámbito de aplicación espacial. B) La arbitrabilidad de la materia. C) Carácter internacional del arbitraje. D) El convenio arbitral. III. La solución de los conflictos familiares internacionales: arbitraje v. jurisdicción. 1. La ley aplicable a la resolución de la controversia: voie directe frente al sistema conflictual de las normas de derecho internacional privado. 2. ¿Aplicabilidad de normas jurídicas al arbitraje familiar internacional? 3. Conclusiones parciales. IV. El sistema conflictual en materia matrimonial. 1. Ley aplicable al divorcio. 2. Ley aplicable a los efectos del matrimonio. V. Reconocimiento de laudos frente a reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial. 1. Reconocimiento de laudos arbitrales. 2. Reconocimiento de resoluciones judiciales. 3. El procedimiento de exequátur. VI. A modo de conclusión.

## I. Introducción: la progresiva *arbitrabilidad* del Derecho de familia

1. Es un debate actual el que gira en torno a la idoneidad de los ADR (*Alternative Dispute Resolution*) como método de resolución de conflictos en el ámbito familiar. De hecho, el interés tanto a nivel legislativo como doctrinal en torno a esta materia es tan manifiesto como justificado. En efecto, al menos teóricamente, los ADR en materia familiar son considerados como una mejor alternativa a la jurisdicción<sup>1</sup>. Ciñéndonos al arbitraje –ya sea interno o internacional–, podemos concretar una serie de ventajas propias que, básicamente, se concretan en: la especialización del árbitro en la materia; el mayor control y/o participación de las partes en la resolución de sus propios intereses; en la posibilidad de «burlar» el vetusto régimen conflictual en materia de ley aplicable a los distintos aspectos del ámbito familiar (alimentos, efectos del matrimonio...); la posibilidad de someter distintos aspectos a una misma ley; la simplificación de distintas formalidades (*ad. ex.* traducciones y notificaciones); y, en fin, en la facilidad de reconocer el laudo arbitral con independencia del lugar en el que éste haya sido dictado.

2. Las ventajas enumeradas son, en mayor o menor medida, las que en su momento llevaron a determinados Estados a promulgar leyes específicas para el arbitraje familiar, desligándolo, por un lado, del arbitraje comercial, y permitiendo, por otro, una mayor arbitrabilidad en este ámbito (admitiendo, por ejemplo, la arbitrabilidad de los derechos de guarda o visita). Especialmente significativo es, en este sentido, el ejemplo de Estados Unidos y Canadá. Así, la Ley Uniforme sobre Arbitraje adoptada en Canadá en 1990 incluyó expresamente el arbitraje familiar, si bien en algunas provincias del Estado (Ontario) se suscitó una interesante controversia en torno a su admisión (basada en los arbitrajes religiosos y la vulnerabilidad de las mujeres ante éstos<sup>2</sup>). En relación a Estados Unidos, baste con recordar que en octubre de 1999, Carolina del Norte se convirtió en el primer Estado en adoptar una ley específica al

<sup>1</sup> Sobre el tema en general, *vid.*, J. KESSLER / A. KORITZINSKY / S. SCHLISSEL, «Why Arbitrate Family Law Matters?»; M. KIRSTHARDT, «The Use of Mediation and Arbitration for Resolving Family Conflicts: What Lawyers Think About Them»; F. L. MCGUANE, JR., «Model Marital Arbitration Act: A Proposal», los tres trabajos en: *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 14, 1997, pp. 333-352; pp. 353-392 y pp. 393-417, respectivamente. En concreto, a favor de incluir la custodia como materia arbitral, C. ALBANO, «Binding Arbitration: A proper Forum for Child Custody?», *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, Vol. 14, 1997, pp. 419-446; R. COULSON, «Family Arbitration-An Exercise in Sensitivity», *Family Law Quarterly*, 1969, Vol. 3, pp. 22-30. Sobre los comienzos del arbitraje en esas materias (custodia y visita) *vid.* K. E. C. HULL / E. M. ROD, «Arbitration-A Viable alternative?», *Fordham Urban Law Journal*, Vol. III, 1974-75, pp. 53-77; S. W. SCHLISSEL, «A Proposal For Final and Binding Arbitration of Inicial Custody Determinations», *Family Law Quarterly*, Vol. XXVI, 1992-93, pp. 71-84.

<sup>2</sup> *L'arbitrage religieux en matière familiale. La Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada. Section civile.* Saint-Jean (Terre-Neuve et Labrador) Agosto, 2005. En la doctrina: N. BAKHT, «Were Muslims Barbarians Really Knocking On the Gates of Ontario?: The Religious Arbitration Controversy-Another Perspective», *Ottawa Law Review*, 2006, pp. 67-82. En relación con el problema planteado en los arbitrajes por la religión musulmana, es muy ilustrativo el Informe BOID, encargado por el Fiscal General y la Ministra de Asuntos relacionados con la Mujer: M. BOID, *Dispute Resolution in Family Law: Protecting Choice, Promoting Inclusión.* Ottawa, 2004.

respeto<sup>3</sup>, y que la arbitrabilidad de todo incidente o disputa en torno al divorcio (excepto la disolución de vínculo) es ampliamente aceptada en varios Estados del país<sup>4</sup>.

3. La importancia que va adquiriendo este modo de resolución de conflictos en países de nuestro entorno cultural, así como la cada vez más frecuente interconexión entre nacionales de distintos Estados, permite prever un mayor recurso a este tipo de resolución de conflictos; especialmente para los supuestos internacionales. De ahí nuestro interés por comenzar a estudiar las ventajas e inconvenientes que, desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, plantea el arbitraje familiar internacional frente a la vía judicial.

Para ello nos referiremos, en primer lugar, a la Ley de Arbitraje de 2003 (LA)<sup>5</sup>. En concreto, a su ámbito de aplicación y a la idoneidad de sus normas más relevantes desde la especificidad que supone el arbitraje familiar internacional (arts. 3, 9, 34 y 46 LA). Localizadas las posibles distorsiones en la aplicación de estas normas para los arbitrajes familiares internacionales y propuestas algunas soluciones al respecto, insistiremos en sus ventajas frente a la jurisdicción, mostrando, en perspectiva comparada (arbitraje v. jurisdicción), los inconvenientes que las controversias internacionales en materia de familia plantean ante la jurisdicción.

## II. Ley de Arbitraje y arbitraje familiar con elemento extranjero

### 1. Breve referencia a las fuentes internacionales

4. Pese a la relevancia de la LA como norma reguladora del arbitraje familiar internacional, no debe olvidarse que, en tanto que aplicables a este tipo de arbitrajes, el *Convenio sobre reconocimiento y de sentencias arbitrales extranjeras*, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (CNY), así como una serie de Convenios bilaterales que incluyen el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en su ámbito de aplicación material, constituyen fuentes del arbitraje familiar internacional. No es aplicable a este tipo de arbitraje, sin embargo, el *Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional* hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (por tratarse de un Convenio que sólo regula aspectos del arbitraje comercial).

Sobre el CNY baste con señalar que, en virtud de su amplísimo ámbito de aplicación material<sup>6</sup>, será de aplicación para reconocer en España un laudo arbitral que, por ejemplo, resuelva determinados efectos en materia de divorcio. El hecho de que a día de hoy no exista jurisprudencia al respecto, no empaña la afirmación anterior.

### 2. La Ley de Arbitraje

5. La inclusión del arbitraje familiar en el ámbito de aplicación material de la LA se deduce de su mismo artículo 2, a cuyo tenor: «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». Ahora bien, en la medida en que se trata de una norma concebida para regular los asuntos comerciales antes que familiares, se localizan una serie de disfunciones en su hipotética aplicación a estos últimos supuestos. A continuación estudiaremos las disfunciones que consideramos más relevantes, no sin antes insistir en el ámbito de aplicación espacial de la LA.

<sup>3</sup> L. P. BURLERSON, «Matrimonial Arbitration»; M. E. SULLIVAN, «Arbitration: A New Tool For Contested Family Law Cases». Ambos en: <http://www.aaml.org>.

<sup>4</sup> A. CALABRESE, «The Enforceability of arbitration clauses in Virginia Marital Separation Agreements», *University of Richmond Law Review*, Vol. 19, 1984-85, pp. 333-342.

<sup>5</sup> Modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley de Arbitraje 60/2003 (BOE núm. 121, 21.5.2011).

<sup>6</sup> Como es sabido, España no hizo uso de las reservas que prevé el Convenio.

## A) **Ámbito de aplicación espacial**

6. La LA adopta un criterio territorial de aplicación al señalar, en su artículo 1, que: «La ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en Tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje». De tal modo que, cuando la sede del arbitraje se localice en territorio español, la LA será aplicable al procedimiento arbitral. Lo anterior no obsta para que determinadas disposiciones de la LA sean también de aplicación aún cuando la sede del arbitraje se localice en un Estado extranjero<sup>7</sup>.

En cualquier caso, y por la relevancia que tiene para el ámbito familiar, importa destacar que los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 24 LA) deben interpretarse, obligatoriamente, a la luz de la ley y jurisprudencia española<sup>8</sup>. Lo cual no impide que el procedimiento pueda guiarse por lo estipulado por las partes en base a la autonomía de la voluntad que la LA les reconoce. Del mismo modo, la posible arbitrabilidad de materias estrechamente vinculadas al ámbito familiar (*ad. ex.* efectos del divorcio) queda supeditada, en principio (pues deben contemplarse ciertas excepciones –*infra* 18 ss), a lo establecido en la ley y jurisprudencia españolas.

## B) **La arbitrabilidad de la materia**

7. La arbitrabilidad de la materia viene determinada, en el caso de los arbitrajes internos, por la misma LA. En el caso de arbitrajes internacionales, la arbitrabilidad de la materia queda supeditada a las normas jurídicas elegidas por las partes (*infra* 12 ss.). Es por tanto de capital importancia para el arbitraje familiar determinar cuándo estamos ante un arbitraje interno o internacional (*infra* 8 ss). Entre otras cosas, porque la hipotética anulación del laudo por no arbitrabilidad de la materia puede llegar a depender del carácter internacional o no del arbitraje: mientras que en un arbitraje internacional las partes tienen la posibilidad de someter sus controversias a normas jurídicas que prevean la arbitrabilidad de ciertas materias del Derecho de familia, en el arbitraje interno esa posibilidad, en principio, no existe.

8. Conforme al derecho español, los cónyuges o futuros cónyuges pueden comprometer en convenio arbitral las diferencias que surjan en relación a sus bienes y derechos. Es pacífico tanto en la doctrina como en la jurisprudencia aceptar la arbitrabilidad de los contratos patrimoniales entre cónyuges<sup>9</sup>. Por el contrario, se sostiene que no son arbitrables las materias relativas a la personalidad, filiación, patria potestad, y, en general, las cuestiones de estado civil y aquellas otras en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal<sup>10</sup>. La base jurídica para sostener esta afirmación radica, principalmente, en el art. 1814 Cc, a cuyo tenor: «No se puede transigir sobre el estado civil de las personas, ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futuros». La norma en cuestión debe, a nuestro juicio, interpretarse a la luz de la realidad actual –tanto doctrinal como jurisprudencial–, mucho más permisiva con la arbitrabilidad de las cuestiones derivadas de las relaciones familiares (matrimoniales)<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, no encontramos inconveniente alguno para someter al juicio de árbitros una cuestión relativa a alimentos o una cuestión matrimonial que no sea la misma disolución del vínculo (*ad. ex.* sus efectos). En este contexto, debe tenerse en cuenta, además, que el hecho de que el arbitraje en materia familiar pueda ser calificado como *internacional* supone tanto como que las partes podrán elegir las normas jurídicas

<sup>7</sup> En concreto, según el párrafo segundo del artículo 1, son de aplicación a arbitrajes que se estén desarrollando o se hayan desarrollado en el extranjero: las normas que regulan la competencia judicial internacional para adoptar medidas cautelares en apoyo a un arbitraje (art. 8.3), las normas relativas a la ejecución forzosa del laudo (art. 8.4, 44 y 45), las normas relativas al exequátur del laudo extranjero (arts. 8.6, 46), las normas relativas a la forma y contenido del convenio arbitral (art. 9), y, las normas relativas a la competencia del árbitro para adoptar medidas cautelares (art. 23).

<sup>8</sup> Sobre esta cuestión, con más detenimiento, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Madrid, Colex, 2007, pp. 29-32.

<sup>9</sup> En este sentido entre otras, Sentencia AP Sevilla, 29 marzo 2001, *RCEA*, 2002, pp. 149 y ss. La solución entonces adoptada en base a la LA de 1988 es también predicable respecto de la LA 2003.

<sup>10</sup> *Vid.* E. ROCA «Crisis matrimonial y arbitraje», *Anuario de Justicia Alternativa*, Núm. 6, 2005, pp. 171-200.

<sup>11</sup> *Vid. supra* la doctrina citada en la nota a pie núm. 1, 2, 3 y 4.

aplicables al fondo de la controversia (*infra* 13 ss.). Normas jurídicas que, además, determinarán la arbitralidad de la controversia si finalmente son escogidas por las partes para ser aplicadas en el arbitraje (*ex art.* 9. 6 LA). El hecho de que la controversia gire en torno a cuestiones de familia (*ad. ex. divorcio*) no obsta para que las normas jurídicas también sean de aplicación en este sector (*infra* 14 ss.).

### C) Carácter internacional del arbitraje

9. Probablemente, la mayor distorsión que presente la LA para su correcta aplicación a los arbitrajes familiares con elemento extranjero se encuentre en su artículo 3. Precepto que, como es sabido, califica la *internacionalidad* del supuesto cuando concurren en él algunas de las tres circunstancias que prevé: (a) que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; (b) que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; y, (c) que la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional<sup>12</sup>.

10. Es evidente que la circunstancia c) no es aplicable al arbitraje familiar, por lo que para determinar la internacionalidad de un arbitraje de este tipo únicamente serán de aplicación las circunstancias previstas en los incisos a) y b); es decir, las circunstancias basadas en un criterio espacial. Debe destacarse, en este sentido, que el hecho de que el apartado c) del artículo 3 de la LA sólo esté pensado para arbitrajes comerciales supone un inconveniente para el arbitraje familiar, que no dispone de inciso alguno en este precepto a cuya luz puedan considerarse internacionales supuestos que en aplicación de las conexiones clásicas del Derecho internacional privado no se considerarían como tal. En efecto, según la Exposición de Motivos de la LA, con el inciso c) del artículo 3, «se pretende dar cabida a supuestos en que, aunque no concurren los elementos anteriormente establecidos por la ley, resulte indudable su carácter internacional a la luz de las circunstancias del caso». Pues bien, no deja de llamar la atención –por absurdo– que a la luz de las conexiones previstas en los apartados a) y b) del artículo 3 de la LA, muchas relaciones familiares no puedan considerarse *internacionales*, cuando su nivel de internacionalización sea de tal intensidad que resulte evidente. De este modo, se priva al arbitraje familiar de los beneficios propios de la internacionalidad (sumisión a normas jurídicas, eficacia del convenio arbitral, más supuestos de arbitralidad, plazos más largos...). Es por ello que, en aras de cumplir con la voluntad del legislador –cual es la de otorgar el beneficio de la internacionalidad a supuestos en los que tal circunstancia sea evidente–, debe imponerse una interpretación flexible del precepto, en cuya virtud, la relación familiar controvertida deberá considerarse internacional cuando presente vínculos relevantes con más de un ordenamiento jurídico.

No aceptar esta interpretación privaría a las partes en una controversia familiar de someter su disputa al conjunto de normas jurídicas que estimasen más adecuadas, además de abocarlas al sometimiento de un régimen conflictual que, en principio, sí sería de aplicación<sup>13</sup>. Especial relevancia tiene la afirmación anterior en el concreto ámbito de los *efectos* del matrimonio. En efecto, repárese en que un supuesto de cónyuges con nacionalidad común extranjera y residencia habitual en España no se consideraría, en aplicación estricta del artículo 3 LA *internacional*, y, en cambio, sí entraría en el ámbito de aplicación del artículo 9.2 Cc (norma de conflicto aplicable en la materia).

11. Tiene también especial interés para el arbitraje familiar el apartado 2 del citado precepto, pues recoge una cláusula de cierre para los supuestos de pluralidad de domicilios: «A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que

<sup>12</sup> Sobre la relevancia de la *internacionalidad* del arbitraje, *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización», *REDI*, 2005, pp. 605-637. Sobre el precepto en cuestión, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, pp. 49-55.

<sup>13</sup> *Vid.* no obstante, *infra* Ep. III.1.

guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual».

Como puede observarse, el criterio utilizado para determinar el domicilio efectivo de una parte en caso de pluralidad de domicilios (relación más estrecha con el convenio arbitral) no encaja bien con los supuestos familiares. Ni por la concreción fáctica que exige la conexión «relación más estrecha», ni por la conexión –a veces fortuita– que se impone con el convenio arbitral. En efecto, si nos inspiramos en las directrices que ofrece el Reglamento Roma I<sup>14</sup>, la conexión que de ordinario determinará la «relación más estrecha» será la *lex domicilii debitoris*. Y, en nuestra opinión, no es ésta la mejor conexión a retener en caso de pluralidad de domicilios.

Por el contrario, la conexión fáctica que supone la *residencia habitual* tiene mucho más sentido, pues es la conexión más sensible a la realidad social de la persona. En perspectiva de Derecho internacional privado, la conexión *residencia habitual* se basa en criterios funcionales; criterios, en cuya virtud, se pretende determinar el centro de la vida social de una persona; el lugar, en definitiva, donde mejor y en mayor medida se encuentra integrada. Por ello, la conexión *residencia habitual* es la conexión más utilizada en materia de relaciones familiares y de estatuto personal; es, además, la conexión utilizada en nuestro sistema para definir el domicilio de una persona (art. 40 Cc).

Para determinar si existe o no *residencia habitual* debe renunciarse a utilizar cualquier mecanismo jurídico. Deben tenerse en cuenta, por el contrario, los datos que ofrece la realidad para constatar que el *centro de la existencia* de una persona tanto fáctica como social (es lo que la doctrina alemana denomina en una palabra: *Daseinsmittelpunkt*)<sup>15</sup>. Y para que pueda hablarse de *centro de existencia* en un determinado entorno se requiere, además de un vínculo real, una presencia física efectiva y prolongada; regular y continuada –aun cuando sean posibles ciertas interrupciones–. En el bien entendido de que no existe un plazo preestablecido para que pueda hablarse de residencia habitual. De hecho, la mera voluntad de establecerse en un lugar determinado no es ni necesaria ni suficiente<sup>16</sup>. Así puede deducirse de la jurisprudencia del TJUE sobre este particular<sup>17</sup>.

**12.** En conclusión: es precisamente la conexión prevista en el apartado 2 del artículo 3 LA para los casos en los que el domicilio de las partes no pueda determinarse (residencia habitual) la que, en el ámbito del arbitraje familiar, también debería aplicarse en supuestos de pluralidad de domicilios, pues es la conexión que mejor refleja la realidad y los intereses de las partes.

#### **D) El convenio arbitral**

**13.** La obligación de someter la controversia a arbitraje puede producirse en distintos momentos. Bien en el momento de otorgar las capitulaciones matrimoniales (en lo que atañe a reparto de bienes), bien en cualquier momento posterior o anterior al matrimonio y anterior o posterior a la controversia. En cualquier momento pues las partes podrán firmar un convenio arbitral por el que se comprometan a someter al juicio de árbitro sus diferencias.

Como es sabido, el convenio arbitral se regula en el Título II de la LA (art. 9). Por lo que ahora importa, cuando el arbitraje sea internacional (ex. art. 3 LA), el artículo 9.6 será aplicable para determinar la validez del convenio: «Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español».

<sup>14</sup> Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales.

<sup>15</sup> Vid. entre otros, G. KEGEL, «Was ist gewöhnlicher Aufenthalt?», *Festschrift für Manfred Rehbinder*, München, 2002. p. 701; R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 6ª Ed., Köln, 2009, pp. 152-154; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 6ª Ed., Tübingen, 2006, pp. 278-292.

<sup>16</sup> Por ejemplo, la mera inscripción en un registro oficial o padrón.

<sup>17</sup> STJUE, 15 septiembre 1994, asunto C-452/93 P; STJUE, 11 noviembre 2004, asunto C-372/02; STJUE, 17 julio 2008, asunto C-66/08; y, STJUE, 2 abril 2009, asunto C-523/07.

En consecuencia, de la misma manera que ocurre con la arbitrabilidad (*supra* 8), el convenio será válido si cumple los requisitos exigidos por las «normas jurídicas» que en él se indican o por el derecho español. Este dato es importante, pues si el convenio arbitral es válido conforme a las normas jurídicas aplicables, no podrá prosperar una acción de anulación frente al laudo resultante por invalidez del convenio arbitral conforme al derecho español<sup>18</sup>.

14. La cuestión que no obstante queda por determinar es si, del mismo modo que en el ámbito comercial la expresión «normas jurídicas» va referida a la *lex mercatoria*, en el ámbito familiar también podría entenderse en sentido amplio; entendiéndose por normas jurídicas tanto las incluidas en un ordenamiento jurídico estatal, como las pertenecientes a las distintas confesiones religiosas.

En nuestra opinión, una concepción amplia de lo que debe entenderse por normas jurídicas en el ámbito familiar debe prevalecer. A continuación explicamos los motivos que justifican nuestra opinión. No sin antes insistir en el tratamiento jurídico que la LA da al sistema conflictual previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

### III. La solución de los conflictos familiares internacionales: arbitraje v. jurisdicción

15. El hecho de que el artículo 9.6 LA prevea que tanto la validez del convenio arbitral como la arbitrabilidad de la materia se determine –si así lo quieren las partes en los supuestos internacionales– conforme a lo establecido en las «normas jurídicas» por ellas elegidas, plantea, en primer término, la cuestión relativa a la aplicación imperativa del sistema de normas de conflicto en el arbitraje familiar (en tanto que Derecho, en principio, no disponible por las partes). O dicho de otro modo, en el ámbito del arbitraje familiar, ¿es posible determinar la ley –o en su caso, las *normas jurídicas*– aplicables al fondo de la controversia sin reparar en la conexión establecida por la norma de conflicto aplicable?

#### 1. La ley aplicable a la resolución de la controversia: *voie directe* frente al sistema conflictual de las normas de derecho internacional privado

16. En la jurisdicción, la aplicación de la norma de conflicto para determinar la ley aplicable al supuesto de tráfico jurídico externo es imperativa (*ex. art. 12.6 Cc*); esto es, el juez que conozca de un supuesto de derecho de familia con elemento extranjero deberá aplicar obligatoriamente la norma de conflicto pertinente para concretar el derecho aplicable al fondo de la controversia.

17. En el arbitraje, por el contrario, la aplicación de la norma de conflicto no es imperativa. En efecto, en el arbitraje las partes tienen dos opciones para obviar la aplicación imperativa del derecho determinado por la norma de conflicto. En virtud de la primera opción, las partes pueden acordar –ya sea en el seno de un arbitraje interno, ya sea en el seno de un arbitraje internacional– el sometimiento de su controversia a un arbitraje de equidad (*art. 34.1 LA*). Supuesta la arbitrabilidad del asunto, el único límite que debe respetar el árbitro que resuelve de este modo es el que gira en torno a la aplicación de las normas imperativas, pues de otro modo podría vulnerarse lo establecido en el artículo 6 Cc. El laudo así dictado no necesita de razonamientos ni motivación alguna, bastando la manifestación de la voluntad decisoria del árbitro para ser válido<sup>19</sup>.

Para el arbitraje internacional –en particular– prima *la voie directe* (o vía directa); esto es, se consagra la posibilidad de que, en defecto de elección expresa de las partes, los árbitros determinen las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia –ya sea una ley estatal, ya sean unos principios generales– sin sujeción al sistema conflictual vigente en el país donde se celebre el arbitraje (*art. 34.2 LA*). Se trata, en definitiva, de una opción expresamente querida por el legislador, pues así lo dice en la Exposición de Motivos de la LA: «La ley no sujeta a los árbitros a un sistema de normas de conflicto».

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión *in extenso*, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, pp. 153-154.

<sup>19</sup> Expresamente en este sentido, STS de 4 febrero 1983 (RJ 1983\807).

## 2. ¿Aplicabilidad de *normas jurídicas* al arbitraje familiar internacional?

18. Si, como hemos visto, el legislador ha querido que en el ámbito comercial impere un modelo directo de concreción de la ley aplicable al fondo de la controversia (exonerando al árbitro de aplicar sistema conflictual alguno), cabe preguntarse entonces hasta qué punto ha sido –o es– también voluntad del legislador aplicar el mismo modelo al arbitraje familiar. Pues bien, en defecto de manifestación en contrario, a nuestro juicio debe presumirse la misma voluntad a favor de una vía directa desligada del sistema conflictual para el arbitraje familiar. Y es que, sólo así podrán llegar las partes a aplicar *normas jurídicas* en el seno de un arbitraje familiar (internacional); opción clave para que el justiciable se decante finalmente por el arbitraje como método de resolución de su controversia. Además de la flexibilidad que esta opción de política legislativa introduce, no puede dejar de recordarse que la remisión a un ordenamiento jurídico estatal concreto no siempre es la mejor opción para resolver la controversia –familiar– internacional en su justa medida. *Mutatis mutandis*, puede extrapolarse al contexto familiar la reflexión que sobre este particular hace el legislador en la Exposición de Motivos de la LA: «la ley prefiere la expresión *normas jurídicas* aplicables a la de *derecho aplicable*, en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional».

Además, esta posibilidad de recurrir a la aplicación de normas jurídicas en el ámbito de la ley aplicable está en línea con las demandas actuales de la doctrina comparada que, en materia de Derecho de familia, aboga por implantar un sistema conflictual basado en la autonomía de la voluntad de las partes<sup>20</sup>.

Por otro lado, no debe olvidarse que lo anterior está previsto, en principio, para supuestos de arbitraje internacional. De tal modo que, si no aceptamos la interpretación anteriormente propuesta en torno a la *internacionalidad* del arbitraje de familia (*supra* 10), las partes involucradas en un arbitraje con elemento de internacionalidad relevante, pero no calificable como tal a la luz de las conexiones previstas en el artículo 3 LA, no tendrán la opción de aplicar a su arbitraje las *normas jurídicas* que estimen más adecuadas para resolver su controversia. Lo cual, insistimos, no tiene mucho sentido en el contexto cultural actual.

19. Pero aun si prevalece una interpretación coherente de lo que debe entenderse por arbitraje familiar *internacional* –otorgando el beneficio de la internacionalidad a todo aquel arbitraje que contenga un elemento extranjero relevante–, queda todavía por determinar qué debe entenderse por *normas jurídicas* en este contexto. Recuérdesse que, en materia comercial, se entiende que con la expresión *normas jurídicas* se hace –siquiera sea indirectamente– referencia a la «*lex mercatoria*». No está claro, sin embargo, qué debe entenderse y qué tratamiento debe darse a la «*lex mercatoria*»<sup>21</sup>. A nuestro juicio, la expresión «*lex mercatoria*» no sólo hace referencia a un conjunto de principios internacionales, sino que, sobre todo, hace referencia a un método para alcanzar decisiones<sup>22</sup>. Desde esta perspectiva, la función del árbitro en aplicación de la «*lex mercatoria*» pasaría por resolver la controversia partiendo de un análisis comparado de las distintas legislaciones implicadas en el supuesto, para, posteriormente, adoptar una solución a la luz de los criterios que estime más relevantes. Extrapolando esta interpretación al ámbito del arbitraje familiar internacional, cabría defender que por *normas jurídicas* en este contexto debe entenderse tanto las normas previstas en los derechos estatales como las normas previstas en las distintas comunidades culturales o religiosas; normas, todas ellas, que deberían tenerse en cuenta para resolver la controversia.

Se admita o no este planteamiento, lo que en cualquier caso debe quedar fuera de toda duda es que las partes, en el seno de un arbitraje *familiar* internacional, tienen la potestad de escoger el derecho

<sup>20</sup> En la doctrina española, haciéndose eco de la doctrina comparada, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª Ed., Comares, Granada, 2011, pp. 210-212.

<sup>21</sup> La doctrina sobre el particular es muy extensa. *Vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, «*Lex mercatoria* y autonomía conflictual», *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 35-78; S. SÁNCHEZ LORENZO, «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *REDI*, 2009, pp. 39-73; A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª Ed., Comares, Granada, 2011, pp. 606-612.

<sup>22</sup> M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, p. 98.

estatal que estimen oportuno para regular el fondo de su controversia. De no hacer uso de esta prerrogativa que la LA les confiere, será el árbitro –sin sujeción a ningún sistema conflictual– quien, a la luz de las conexiones del supuesto, determine la norma o derecho aplicable (relación más estrecha). Lo anterior –claro está– con el límite que supone el juego de la cláusula del orden público, pues es manifiesto que ciertas normas de determinadas comunidades religiosas no pueden ser consideradas –por discriminatorias– aun cuando así lo soliciten las partes. Por ello, la tutela de una institución arbitral en el arbitraje familiar parece especialmente recomendable.

20. Por otro lado, no puede olvidarse en este contexto el apartado 3 del artículo 34, a cuyo tenor: «En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables». En perspectiva comercial, la expresión «usos aplicables» hace referencia a los usos comerciales propios de cada sector (agrícola, transportes, metalúrgico...). En perspectiva familiar, por «uso» deberá entenderse las formalidades propias de cada cultura implicada (básicamente, usos del lugar de residencia habitual de la pareja y usos de cada cultura implicada en supuestos de nacionalidad distinta de los cónyuges). Sin embargo, no todos deben tenerse en cuenta con la misma intensidad. De hecho, serán los usos culturales propios del lugar de residencia habitual de la pareja los que en mayor medida habrán de tenerse en cuenta (lugar que, a menudo, coincidirá con el lugar del arbitraje).

### 3. Conclusiones parciales

21. De lo hasta aquí expuesto puede deducirse que la vía arbitral familiar, pese a no estar expresamente prevista en la LA, resulta mucho más flexible que la vía jurisdiccional. Más aún, puede incluso afirmarse que las soluciones que la LA prevé se corresponden con las soluciones que la doctrina reclama en este ámbito del Derecho internacional privado: protagonismo de la autonomía de la voluntad, adaptación entre las distintas leyes en juego, soluciones específicas para cada supuesto y máxima flexibilidad del procedimiento.

## IV. El sistema conflictual en materia matrimonial

22. Para dar buena cuenta de la flexibilidad que introduce el arbitraje en el ámbito del Derecho de familia internacional, merece la pena detenerse, siquiera sea someramente, en el «vía *crucis* conflictual» que, en principio, impone la vía jurisdiccional (a la que, en cualquier caso, habrá de acudir para obtener la disolución del vínculo).

23. En efecto, ante un litigio con elemento extranjero en materia familiar habrán de consultarse, dependiendo de la controversia, varias normas de conflicto; algunas de ellas de difícil interpretación. Así, habría de determinarse, en primer lugar, la ley aplicable a las medidas previas y provisionales, la ley aplicable a la separación judicial y el divorcio y la ley aplicable a los efectos de esa separación o divorcio. Lo anterior sin olvidar que en determinadas ocasiones la controversia podrá versar sobre distintos regímenes de bienes o capitulaciones matrimoniales. En consecuencia, si lo que se plantea ante la jurisdicción es una separación judicial o divorcio con todas las cuestiones y efectos que les son propios, habría que proceder, al tratarse de un litigio con elemento extranjero relevante, a la consulta y aplicación de diversas normas de conflicto. El régimen conflictual podría dibujarse del siguiente modo.

### 1. Ley aplicable al divorcio

24. En cuanto a la *ley aplicable al fondo*, será de aplicación el *Reglamento (UE) núm. 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*. Será la ley designada por la norma de conflicto de este Reglamento la que determine si el divorcio o la separación pueden ser declarados, las causas o presupuestos que pueden ser alegados para obtenerlo, así como la eventual conversión de una separación en divorcio.

El artículo 107 apartado 2 del Código civil (modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre<sup>23</sup>) queda reducido, tras la entrada en vigor de este Reglamento, a determinar los efectos del divorcio o la separación. En cualquier caso, resulta difícil determinar cuál es el ámbito de aplicación de la ley designada por el artículo 107 del Cc; o, si se quiere, cuáles de los efectos que el divorcio o la separación tienen sobre las relaciones de los cónyuges o de éstos con los hijos, se incluyen en el supuesto del artículo 107. Nuestra legislación no dice nada al respecto, tampoco la jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse sobre ello, y la doctrina no tiene una opinión unánime. En perspectiva de Derecho internacional privado, los efectos de la separación y el divorcio pueden clasificarse en tres grupos:

El efecto principal del divorcio o separación es la disolución del vínculo. La disolución del vínculo no es arbitrable, por lo que la aplicación del Reglamento en este contexto por el juez es insoslayable.

Además de este efecto principal, la separación y el divorcio producen otros efectos sobre las relaciones entre los cónyuges y las de éstos con los hijos. Son relaciones existentes desde que el matrimonio se contrajo y en las que habrá que valorar la incidencia que sobre ellas tienen la suspensión o la relajación del vínculo. Pues bien, es la ley que rige cada concreta relación la que habrá de determinar esta incidencia. Así ocurre, por ejemplo, con la liquidación del régimen económico o con la cuestión de la patria potestad<sup>24</sup>.

Finalmente, con el divorcio o la separación surgen una serie de obligaciones nacidas de la situación nueva que éstos han producido. Estas obligaciones o, en su caso derechos, habrán de regirse por la ley que las hizo nacer (la del divorcio o la separación).

**25.** Problemas específicos plantea el hecho de que en casi todos los países occidentales existe, al igual que en la legislación española, el convenio regulador de todas estas nuevas relaciones. Será la ley aplicable al divorcio la que decida si este convenio se admite o no y también cuáles son las materias sobre las que puede versar y cuáles son o no disponibles por las partes. En estos casos, y si la ley aplicable lo admite, será el convenio el que regule las relaciones entre las partes. En cualquier caso, las cláusulas del convenio relativas a relaciones matrimoniales previas (régimen de bienes, patria potestad, etc.) serán válidas siempre que su contenido sea compatible con las leyes que rijan cada efecto determinado. Así, por ejemplo, las cláusulas del convenio regulador relativas al régimen económico matrimonial habrán de ser compatibles con lo que estipule la ley que rige tal régimen (art. 9.3 Cc).

**26.** Como de lo hasta aquí dicho podrá observarse, la vía arbitral para resolver todo aquel efecto que no sea la estricta disolución del vínculo simplifica extraordinariamente las cosas. Y es que, la dificultad de determinar cuál es la ley aplicable a cada efecto, así como la inseguridad jurídica que genera su hipotética aplicación, son factores muy a tener en cuenta a la hora de decidir entre la vía arbitral o la vía jurisdiccional.

## 2. Ley aplicable a los efectos del matrimonio

**27.** Hasta ahora nos hemos referido a los supuestos en los que está en juego un divorcio y las ventajas o desventajas que puede suponer para las partes el acudir, antes o después de iniciado el litigio -y en las materias arbitrables-, a un arbitraje.

Pero también es posible que el litigio no gire en torno a un divorcio o separación sino que trate de desacuerdos sobre el régimen de bienes y su titularidad, bien pendiente el matrimonio o tras el fallecimiento de uno de los cónyuges.

Nada impide el recurso al arbitraje para resolver este tipo de controversias. De hecho, es la vía más sencilla; pues si se opta por la vía jurisdiccional, el juego de las distintas normas de conflicto complica extraordinariamente las cosas. En efecto, para la resolución del litigio (con elemento extranjero), debería acudirse a los artículos 9.2 y 9.3 del Cc. Y ello implica determinar el ámbito de aplicación de la norma y resolver sus problemas de adaptación.

---

<sup>23</sup> Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234, de 30.9.2003).

<sup>24</sup> Vid. no obstante, la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*. Bruselas, 16.3.2011. COM (2011) 126 final.

28. Como es sabido, el artículo 9.2 Cc<sup>25</sup> incluye bajo su ámbito de aplicación las relaciones conyugales denominadas «estatuto general de los casados». El contenido de este estatuto es básicamente patrimonial. Y por lo que ahora importa, en la medida en que las disposiciones que lo regulan (arts. 1315-1324 Cc) son disponibles para las partes (aún tratando materias tales como la protección al hogar familiar y al cónyuge más débil), podrán ser objeto de arbitraje.

No obstante, es dudosa la inclusión en el ámbito de aplicación del artículo 9.2 de la autorización o prohibición de los contratos entre esposos. En este punto es necesario diferenciar entre aquellos contratos que están dentro del ámbito del régimen económico matrimonial y aquellos otros que están incluidos en el ámbito patrimonial de cada cónyuge. Respecto de los primeros, su inclusión en el supuesto del artículo 9.2 es indudable, ya que afectan al régimen económico. Respecto de los segundos, entendemos que quedan sometidos al régimen general de los contratos (en nuestro caso, Reglamento Roma I). Ambos son, a nuestro juicio, susceptibles de ser sometidos al juicio de árbitros (*ex. art. 2 LA*).

29. Tampoco son despreciables los problemas de *adaptación* que, en vía judicial, pueden plantearse. Sin ánimo de extendernos sobre esta cuestión<sup>26</sup>, baste ahora con apuntar que el problema de la adaptación en perspectiva conflictual se da cuando distintos ordenamientos son aplicables, por ejemplo, al régimen sucesorio y al régimen económico matrimonial (generalmente ligados entre sí). La aplicación de distintas leyes a estos dos supuestos –régimen sucesorio y régimen económico matrimonial– puede dar lugar a situaciones injustas para uno u otro de los cónyuges y/o herederos. En el ámbito arbitral, este problema se resuelve en aplicación de las normas jurídicas, entendidas en los términos aquí descritos (*supra* 19).

## V. Reconocimiento de laudos frente a reconocimiento de resoluciones judiciales en materia matrimonial

### 1. Reconocimiento de laudos arbitrales

30. Como es bien sabido, todo laudo dictado en el extranjero deberá obtener el exequátur en España para desplegar efectos. La norma de aplicación en este contexto es el CNY (*infra* 4). Los convenios bilaterales en vigor, al estar concebidos para regular el exequátur de sentencias judiciales, prevén un régimen de reconocimiento menos favorable al laudo<sup>27</sup>. No son, por tanto, relevantes en este contexto.

31. El artículo IV del Convenio recoge los *requisitos* para obtener el exequátur del laudo arbitral: presentación, junto con la demanda, del laudo y del convenio arbitral debidamente autenticados y traducidos. En principio, la autenticidad del laudo o del convenio se rige por la ley del país donde se pide el reconocimiento. En el caso español, habrá de estarse al artículo 954.4 de la LEC<sup>28</sup>.

32. Los *motivos* para otorgar o denegar el reconocimiento del laudo (art. V CNY) son comunes a los motivos previstos en el art. 41 LA para la anulación del laudo. No obstante, debe destacarse que el TS ha considerado como motivo de denegación del reconocimiento la existencia de litispendencia internacional<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> A cuyo tenor: «Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio».

<sup>26</sup> Sobre esta cuestión, con todo detalle, *vid.*, D. LOOSCHELDERS, *Die Anpassung im Internationalen Privatrecht*, C. F. Müller, Heidelberg, 1995.

<sup>27</sup> *Vid.* M<sup>a</sup>. V. CUARTERO RUBIO, «Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España: la vía de los Convenios bilaterales», *RCEA*, 1996, pp. 29-52; *Id.* «Utilidad para el arbitraje de los últimos convenios bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones celebrados en España», *RCEA*, 1998, pp. 279-286.

<sup>28</sup> «Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España».

<sup>29</sup> Sobre este particular, M. GÓMEZ JENE, *El arbitraje...*, *cit.*, p. 165.

De entre los motivos de denegación del reconocimiento previstos en el CNY, merecen ser destacados, por la especificidad que representa el arbitraje familiar internacional, los siguientes:

(i) El artículo V.1 (a) prevé la denegación del exequátur del laudo cuando alguna de las partes sea incapaz conforme a su ley personal. Pues bien, en este punto, debe considerarse que determinadas incapacitaciones conforme a la ley personal, no deberían repercutir en el exequátur de un hipotético laudo en materia familiar. Así, por ejemplo, cualquier restricción que se imponga a una mujer según su ley personal, no debería tenerse en cuenta en sede de exequátur de un hipotético laudo. Y ello, obvio es, porque aceptar tal restricción sería contrario al orden público español.

(ii) El artículo V.1 (c) prevé el no reconocimiento del laudo cuando éste dirima sobre una diferencia que exceda de lo acordado en el convenio arbitral. Relevante a los efectos del arbitraje familiar en este punto es que, aquellos extremos del laudo que sí resuelvan sobre asuntos incluidos en el ámbito del convenio, pueden ser reconocidos mediante un exequátur parcial.

(iii) El artículo V.1 (e) prevé el no reconocimiento del laudo cuando éste haya sido anulado por los tribunales del Estado de origen. En efecto, por más que se haya escrito hasta la saciedad sobre el carácter optativo o no que se reserva a los tribunales del Estado de destino para decidir sobre esta cuestión (el tenor del precepto dice que «podrá denegarse el reconocimiento»), es incuestionable que la jurisprudencia comparada se ha decantado de forma unánime por interpretar el precepto de una forma particularmente férrea, denegando, sistemáticamente, el exequátur del laudo anulado en el país de origen (por lo menos, en aplicación del CNY)<sup>30</sup>. No obstante, la jurisprudencia ha flexibilizado su postura en un supuesto muy concreto; supuesto, por lo demás, particularmente relevante para el ámbito familiar. Así, se ha concedido el exequátur del laudo arbitral extranjero anulado en su país de origen en un supuesto en el que se consideró que la sentencia que anulaba dicho laudo no era reconocible en el Estado donde se solicitó el exequátur del laudo: en el supuesto concreto, se estimó que la sentencia que anuló el laudo no podría ser reconocida en Holanda porque aquélla (la sentencia que anulaba el laudo) fue dictada por un tribunal parcial<sup>31</sup>.

Este argumento –tan excepcional como coherente– puede tener especial relevancia en el ámbito del arbitraje familiar internacional, pues son concebibles supuestos en lo que se anule un laudo en el país de origen en base a algún tipo de restricción impuesta a la mujer; restricción, como hemos dicho ya, inconciliable con nuestro orden público.

(iv) El artículo V.2 (a) prevé el no reconocimiento del laudo cuando éste resuelva sobre materias no arbitrables conforme a la ley del Estado de destino. Como apuntamos anteriormente, la progresiva arbitrabilidad del Derecho de familia es un hecho a nivel comparado (*supra* 2). En efecto, guarda y vista, alimentos, pensión compensatoria y, por supuesto, cuestiones patrimoniales son objeto de arbitraje. A nuestro juicio, dichas materias también deberían ser arbitrables a la luz del Derecho español (ex. art. 2 LA). De no compartirse esta opinión, debe tenerse como mínimo presente que el artículo 9.6 LA admite la arbitrabilidad de la materia cuando así lo prevean las normas jurídicas a las que las partes hayan acordado someterse. Siendo esto así, y por coherencia del sistema, debería aceptarse el reconocimiento en España de laudos arbitrales que, a la luz de las normas elegidas por las partes, resolvieran sobre materias consideradas arbitrables. Todo ello, claro está, con el límite inherente del orden público.

## 2. Reconocimiento de resoluciones judiciales

**33.** Las resoluciones judiciales tienen dos sistemas de reconocimiento según provengan o no de un tribunal comunitario. En efecto, únicamente en el supuesto de que no sea aplicable el Derecho comunitario se estará a lo que dispongan los Convenios internacionales y, en su defecto, se acudirá a las normas internas. Derecho comunitario, Derecho convencional y Derecho autónomo son, pues, por este orden jerárquico de aplicación, las fuentes del sistema español de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras.

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* M. GÓMEZ JENE, «Exequátur del laudo *suspendido* en el Estado de origen», *Arbitraje*, Vol. III, 2010 (1), pp. 93-96.

<sup>31</sup> Se trata del célebre asunto *Yukos*, *Cour of Appeal* de Ámsterdam, 28 abril 2009, *Rev. Arb.*, 2009, pp. 557-561 (con nota de S. BOLLÉE).

Para el reconocimiento de una sentencia dictada en el ámbito familiar habría de acudir, en principio, a uno de los sistemas citados. La dificultad está, sin embargo, en que en ciertos supuestos habrá de acudir a un régimen, a dos o a tres simultáneamente, dependiendo de las materias en litigio. Este es el mayor inconveniente que presenta la sentencia judicial frente al laudo: el reconocimiento de una sentencia en el ámbito familiar puede exigir la aplicación de distintos instrumentos tanto comunitarios, como convencionales, como de fuente interna.

**34.** Así, por ejemplo, si el reconocimiento de la sentencia tratara sobre un pronunciamiento en materia de divorcio e incluyera alimentos y temas de régimen de bienes, los instrumentos jurídicos necesarios para llevar a cabo su correcto reconocimiento serían varios. En concreto, para el reconocimiento del divorcio o la separación (únicamente en lo referente a la modificación del vínculo) así como a la responsabilidad parental se aplicaría el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (Reglamento Bruselas II). Para el reconocimiento de la resolución en materia de alimentos habría de estarse al Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Y, en fin, para el reconocimiento de la parte de la sentencia que estableciese el régimen de bienes sería de aplicación –de momento<sup>32</sup>–, en defecto de régimen convencional multilateral o bilateral, el régimen previsto en el Derecho de fuente interna (arts. 952 ss LEC 1881).

En caso de laudo arbitral, lo anterior se «reduciría» al reconocimiento de la sentencia judicial que disuelve el vínculo y al reconocimiento del laudo que resuelve sobre todas las demás pretensiones.

### 3. El procedimiento de exequátur

**35.** La pluralidad de normas a aplicar –distintos reglamentos y normas de fuente interna– conduce, lamentablemente, a regímenes de exequátur distintos. Tan distintos, que ni siquiera los procedimientos previstos en los reglamentos comunitarios (Bruselas II y alimentos) son uniformes. El Reglamento Bruselas II regula distintos tipos de reconocimiento: registral, incidental y a título principal. El Reglamento en materia de alimentos, por su parte, diseña dos escenarios distintos en función de que el Estado de origen esté vinculado o no al Protocolo de La Haya de 2007<sup>33</sup>. Debe señalarse, no obstante, que las resoluciones dictadas en un Estado de origen vinculado al citado Protocolo serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento.

Excepción hecha de este último supuesto (en materia de alimentos, Estado de origen vinculado al Protocolo de La Haya), los procedimientos de exequátur son prácticamente idénticos en el Reglamento Bruselas II y alimentos. *Grosso modo*, podría sintetizarse así: son competentes para conocer del exequátur los Juzgados de Primera Instancia y contra su decisión cabe recurso ante la Audiencia Provincial. Frente a la resolución de la Audiencia cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En la primera fase (ante el Juez de Primera Instancia) no se prevé la comparecencia de la parte contra la que se solicita el exequátur. Una vez concedido o denegado, cualquiera de las partes podrá recurrir la decisión. Este recurso se substanciará según las normas que rigen el procedimiento contradictorio.

El procedimiento tanto para las resoluciones judiciales que no se beneficien del régimen comunitario (*ad. ex.* sentencias de divorcio dictadas en terceros países como sentencias que resuelvan efectos patrimoniales de la pareja) se llevará a cabo conforme a lo previsto en los artículos 952 ss LEC 1881. Se trata de un procedimiento contradictorio (que no *inaudita parte*) que, por lo demás, es el mismo que

<sup>32</sup> *Vid.* la Propuesta citada en la nota a pie núm. 24.

<sup>33</sup> Sobre estos procedimientos, A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª Ed., Comares, Granada, 2011, pp. 466-471.

debe desarrollarse para el reconocimiento del laudo arbitral. En virtud de los artículos 955<sup>34</sup> y 956<sup>35</sup> LEC 1881 para conocer de este exequátur conocerán los Juzgados de Primera Instancia. Frente a la resolución del Juzgado cabrá recurso de apelación.

Por el contrario, para el reconocimiento del laudo arbitral son competentes los Tribunales Superiores de Justicia (art. 8.5. LA<sup>36</sup> y 955 LEC 1881). Además, y a diferencia de lo que ocurre en el ámbito del reconocimiento de la sentencia judicial, frente a su resolución otorgando o denegando el exequátur no cabe recurso alguno. Se trata, por tanto, de un procedimiento más rápido (sin posibilidad de recurso) reservado a un órgano judicial jerárquicamente superior.

**36.** En consecuencia, excepto para aquellos supuestos que se sustancien en un solo exequátur (sentencia de divorcio con pronunciamientos posteriores dictada en terceros países), en los supuestos de sumisión a arbitraje habrá de recurrirse, en principio y según la intención de las partes, a dos procedimientos de exequátur distintos: aquel en el que se resolverá sobre el exequátur de la sentencia judicial que resuelve el vínculo y aquél otro en el que se resolverá sobre el exequátur del laudo. Lo anterior sin perjuicio de que el actor sólo pretenda reconocer una cuestión sometida a arbitraje, ante lo cual no sería necesario el exequátur de la sentencia judicial extranjera que disuelve el vínculo.

En los supuestos *comunitarios* de no sumisión a arbitraje habrá de recurrirse a un triple régimen de exequátur, si bien los dos primeros podrían ser acumulables. El triple régimen consistiría en un exequátur para la disolución del vínculo, otro para el hipotético reconocimiento del pronunciamiento sobre alimentos; y, un tercer exequátur –distinto completamente a los dos anteriores (en tanto que previsto en los arts. 952 ss LEC 1881)– para el resto de los pronunciamientos.

## VI. A modo de conclusión

**37.** El sometimiento a arbitraje de las cuestiones estrechamente vinculadas con el ámbito del Derecho de familia es una opción cada vez más aceptada a nivel comparado. Especialmente en los países de nuestro entorno cultural. Tal circunstancia, junto con otros elementos, permite presagiar un desarrollo del arbitraje familiar internacional en nuestro país, ya sea por la vía de los efectos que podrán desplegar los laudos arbitrales extranjeros en nuestro país, ya sea por la misma sumisión a arbitraje en España. Por ello, debe estudiarse hasta qué punto la Ley de Arbitraje española sirve como marco jurídico para este tipo de arbitrajes.

**38.** La Ley de Arbitraje española, al inspirarse en la Ley Modelo de UNCITRAL, dejó de lado las cuestiones relativas al arbitraje familiar. Lo cual no obsta, sin embargo, para que pueda aplicarse a este tipo de arbitrajes. En efecto, una interpretación de sus preceptos más relevantes (*ad. ex.* arts. 2, 3, 9, 41 y 46) a la luz de las circunstancias propias de los supuestos de familia, permitiría aplicar la LA a este tipo de arbitrajes sin mayores problemas; sin necesidad de modificar la misma Ley.

En concreto, para asegurar una aplicación coherente de la LA a arbitrajes familiares internacionales sería conveniente: (i) una interpretación amplia del artículo 2 LA, para considerar *arbitrables* aquellas materias que tanto el Derecho como la jurisprudencia comparadas están considerando arbitrables; (ii) una reinterpretación de los criterios de *internacionalidad* previstos en el artículo 3 LA, para considerar *internacionales* supuestos que a la luz de las conexiones clásicas del Derecho internacional privado sí lo son, pero que en aplicación estricta del artículo 3 no alcanzarían tal calificación; (iii) una reinterpretación del artículo 9.6 LA en relación con el artículo 34 LA, para considerar *arbitrables* y poder someter a las *normas jurídicas* que las partes estimen convenientes las disputas relacionadas con

<sup>34</sup> En su redacción dada por la *Ley 11/2011 de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (BOE núm. 121, 21.5.2011).

<sup>35</sup> En su redacción dada por la *Ley 13/2009 para la implantación de la nueva Oficina judicial* (BOE núm. 266, 4.11.2009).

<sup>36</sup> En su redacción dada por la *Ley 11/2011 de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje* (BOE núm. 121, 21.5.2011).

el ámbito familiar. En este sentido, se impone también una reinterpretación de lo que debe entenderse por *normas jurídicas*, desligándolo de lo que tradicionalmente viene considerándose *lex mercatoria* y refiriéndolo a un método para alcanzar decisiones.

**39.** Aceptar las interpretaciones anteriores podría contribuir a fomentar el recurso de esta forma extrajudicial de resolución de controversias; cuestión especialmente deseable para los supuestos internacionales. Así es; en la medida en que el arbitraje familiar internacional exonera a las partes del férreo –y no siempre justo– régimen conflictual que impone el ordenamiento jurídico español, el recurso al arbitraje supone tanto como que las partes podrán designar libremente el conjunto de normas y tradiciones culturales que estimen aplicables a su controversia. Lo cual coadyuvaría a una resolución más sencilla y justa de la misma.

Particularmente importantes son las ventajas que el laudo arbitral internacional ofrece en sede de reconocimiento y ejecución (exequátur). Y es que, no puede obviarse que el régimen comunitario europeo en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio con pronunciamientos relativos a alimentos y otros efectos patrimoniales es especialmente complejo. Tan complejo que hasta tres tipos de regímenes normativos pueden llegar a ser de aplicación en un mismo supuesto. Por el contrario, el régimen uniforme, sencillo y claro que prevé el CNY es de particular eficacia en este contexto.

# ALCUNI CARATTERI GENERALI DEL *FORUM NECESSITATIS* NELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO

GIACOMO BIAGIONI

*Ricercatore di diritto internazionale*  
*Università di Cagliari*

Recibido: 23.01.2012 / Aceptado: 30.01.2012

**Riassunto:** Sin dall'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles del 1968, gli Stati membri posseggono un insieme di regole uniformi sulla giurisdizione nella materia civile e commerciale. In anni recenti nuove misure sono state adottate per promuovere la compatibilità delle regole sui conflitti di giurisdizione, mentre alcune proposte sono ancora in discussione. Ma tali misure non sono completamente coerenti tra loro, poiché ciascuno pone l'accento su principi e valori differenti. Mentre il regolamento CE n. 44/2001 è ispirato principalmente ai principi di certezza del diritto e di prevedibilità del titolo di giurisdizione, i regolamenti CE n. 2201/2003 e n. 4/2009 sono diretti a salvaguardare valori materiali, come il *favor divortii* o la protezione dei creditori di alimenti. Le proposte recenti stanno peraltro sviluppando almeno una regola uniforme in materia di competenza giurisdizionale, basata sul *forum necessitatis* e già prefigurata dall'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009. Tale innovazione costituisce anche una conseguenza della proposta abolizione dei fori nazionali esorbitanti. Il presente scritto descrive le caratteristiche generali di tale meccanismo, che può essere usata solo su base sussidiaria ed eccezionale, e precisamente quando nessuna disposizione attribuirebbe altrimenti giurisdizione a uno Stato membro. Di conseguenza, tale meccanismo deroga ai principi di prevedibilità e prossimità del titolo di giurisdizione, in quanto si applica quando la controversia ha uno stretto collegamento con uno Stato terzo. In tale contesto l'uso del *forum necessitatis* è richiesto per evitare o rimediare ad un diniego di giustizia che potrebbe aver luogo (o ha già avuto luogo) nello Stato terzo. Quando il diniego di giustizia pregiudichi diritti fondamentali, procedurali o sostanziali, dell'attore, il meccanismo del *forum necessitatis* consente a questi di avviare la sua azione dinanzi alle corti degli Stati membri. Requisiti più specifici riguardo all'esistenza di un diniego di giustizia sono prefigurati nella proposta di revisione del regolamento CE n. 44/2001. Inoltre, la controversia deve avere un «sufficiente collegamento» con lo Stato membro del foro; tale condizione è necessaria al fine di assicurare la ripartizione della competenza giurisdizionale tra gli Stati membri.

**Parole chiave:** giurisdizione, regolamento CE n. 44/2001, regolamento CE n. 2201/2003, regolamento CE n. 4/2009, *forum non conveniens*, collegamento stretto, prevedibilità, diniego di giustizia, diritti fondamentali.

**Abstract:** Since the entry into force of the 1968 Brussels Convention, Member States of the European Union possess a common set of rules concerning jurisdiction in civil and commercial matters. In recent years new measures have been adopted in order to promote the compatibility of the rules concerning conflicts of jurisdiction and some proposals are still pending. However, those measures are far from being coherent and consistent, since each one emphasizes different principles and values. While the EC regulation No. 44/2001 is mostly concerned with legal certainty and predictability of the head of jurisdiction, the EC regulation No. 2201/2003 and the EC regulation No. 4/2009 are intended to foster substantive values, such as *favor divortii* or protection of maintenance creditors. Recent proposals are going to develop at least a uniform rule about jurisdictional competence, based on the mechanism of the *forum necessitatis*, already envisaged by article 7 of the EC regulation No. 4/2009. That innovation is

also a consequence of the proposed abolition of national exorbitant *fora*. The paper describes the general characteristics of the mechanism, that can be used only on a subsidiary and exceptional basis, i.e. when no provision would otherwise confer jurisdiction on a Member State. Accordingly, such a mechanism departs from the principles of predictability and proximity of the head of jurisdiction, because it applies when the dispute is closely connected to a third State. In that context the use of *forum necessitatis* is required in order to prevent or to remedy a denial of justice that could take place (or has already taken place) in the third State. When the denial of justice would affect procedural or substantive fundamental human rights of the claimant, the *forum necessitatis* mechanism allows him/her to bring his/her action before the courts of the Member States. More detailed requirements as to the existence of a denial of justice are envisaged in the proposal to revise EC regulation No. 44/2001. In addition, the dispute must have a «sufficient connection» to the Member State of the forum; such a requirement is needed in order to provide the allocation of jurisdictional competence between Member States.

**Key words:** jurisdiction, EC regulation No. 44/2001, EC regulation No. 2201/2003, EC regulation No. 4/2009, *forum non conveniens*, predictability, close connection, denial of justice, fundamental rights.

**Sommario:** I. Premessa. II. Il quadro generale delle norme dell'Unione europea in materia di giurisdizione: la costruzione progressiva del sistema... III. ...e i suoi riflessi sulla coerenza interna dello stesso. IV. L'avvio del processo di adozione di norme universali sulla giurisdizione e l'introduzione del *forum necessitatis*. V. Alcuni lineamenti generali del *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo. 1. Il carattere sussidiario ed eccezionale. 2. La localizzazione della controversia. 3. Il diniego di giustizia. 4. (segue) Il diniego di giustizia nella proposta di revisione del regolamento CE n. 44/2001. 5. Il collegamento sufficiente. VI. Spunti conclusivi in tema di applicazione pratica del *forum necessitatis*.

## I. Premessa

1. Negli ultimi due anni la Commissione europea ha presentato ben quattro proposte fondate sull'art. 81 TFUE e relative, tra l'altro, al settore dei «conflitti di giurisdizione». Tre di queste proposte riguardano in effetti materie fino ad oggi rimaste estranee alla cooperazione giudiziaria civile europea –e precisamente, successioni e testamenti<sup>1</sup>; regime patrimoniale tra coniugi<sup>2</sup> ed effetti patrimoniali delle unioni registrate<sup>3</sup>– mentre l'altra prefigura una ampia revisione del regolamento CE n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale<sup>4</sup>. Tuttavia, queste proposte hanno almeno una caratteristica in comune, in quanto tutte individuano come criterio di giurisdizione il c.d. *forum necessitatis*.

Si tratta naturalmente di un istituto ormai non nuovo al diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea (oltre che degli Stati membri<sup>5</sup>), poiché l'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009 del

<sup>1</sup> Proposta di regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e degli atti pubblici in materia di successioni e alla creazione di un certificato successorio europeo, COM/2009/154/def.

<sup>2</sup> Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, COM/2011/126/def.

<sup>3</sup> Proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, COM/2011/127/def.

<sup>4</sup> Il regolamento è pubblicato in *G.U.C.E.* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. Per la revisione v. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, COM/748/2010/def. Per un'analisi generale di questa proposta, v., in particolare, C. KESSEDIAN, «Commentaire de la refonte du règlement n° 44/2001», in *Rev. trim. dr. eur.*, 2011, p. 117 ss.; F. POCAR, «Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approche uniforme?», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 591 ss.

<sup>5</sup> Per un'ampia rassegna sul punto, v. V. RÉTORNAZ, B. VOLDERS, «Le for de nécessité: tableau comparatif et évolutif», in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2008, p. 225 ss.; G. ROSSOLILLO, «*Forum necessitatis* e flessibilità dei criteri di giurisdizione nel diritto internazionale privato nazionale e dell'Unione europea», in questa *Rivista*, 2010, 1, p. 403 ss., in specie p. 404 ss.

Consiglio del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari<sup>6</sup>, consente già a un creditore di alimenti di fondarsi sul criterio del *forum necessitatis* per promuovere la sua azione in materia di obbligazioni alimentari. Disposizioni dalla formulazione perlopiù modellata proprio sul citato art. 7 sono state riproposte nelle successive iniziative dirette all'adozione di strumenti ai sensi dell'art. 81 TFUE. In particolare, anche nell'originaria proposta della Commissione in materia di successioni, che non conteneva alcuna disposizione concernente il foro di necessità, essa è stata poi inserita nel corso della procedura legislativa<sup>7</sup>.

2. Dal processo normativo in corso si ricava dunque la chiara impressione che a partire dal 2009 le istituzioni dell'Unione europea abbiano maturato la decisione di fare del *forum necessitatis* una previsione tendenzialmente generale del sistema europeo di cooperazione giudiziaria civile. Il presente contributo mira a tentare un primo esame sul piano generale delle caratteristiche del foro di necessità come prefigurate dal regolamento CE n. 4/2009.

## II. Il quadro generale delle norme dell'Unione europea in materia di giurisdizione: la costruzione progressiva del sistema...

3. Prima di esaminare le caratteristiche concrete del *forum necessitatis* quale prospettato nel regolamento CE n. 4/2009 e nelle proposte sopra riportate, occorre brevemente descrivere il quadro delle norme dell'Unione europea sui conflitti di giurisdizione in materia civile e commerciale, all'interno del quale il nuovo istituto deve inserirsi.

Allo stato, le norme in materia di conflitti di giurisdizione si trovano prevalentemente raccolte in quattro strumenti, che costituiscono tuttavia un *corpus* non organico, per il fatto che l'adozione degli atti normativi in questo settore è avvenuta sino ad oggi con metodo tutt'altro che sistematico: ciò è dimostrato dallo stesso disegno iniziale delle istituzioni europee, fondato sulla centralità del modello della Convenzione di Bruxelles del 1968 e sull'intenzione di colmare progressivamente, con separati strumenti, le lacune nel campo di applicazione di quest'ultima<sup>8</sup>.

Non stupisce dunque che, nel periodo iniziale, l'attuazione del previgente art. 65 TCE si sia concretizzata nella revisione e trasformazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 e delle due convenzioni in materia di procedure di insolvenza e di cause matrimoniali (precedentemente approvate sulla base dell'art. K.3 TUE, ma mai entrate in vigore), rispettivamente, nel regolamento CE n. 44/2001; nel regolamento CE n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza; e nel regolamento CE n. 1347/2000 del Consiglio, del 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi<sup>9</sup>.

4. I successivi progressi della cooperazione giudiziaria civile in materia si sono mossi (e si stanno muovendo) nella stessa direzione. Dapprima, col regolamento CE n. 2201/2003 del Consiglio, del 27 novembre 2003, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia

<sup>6</sup> In G.U.C.E. n. L 7 del 10 gennaio 2009, p. 1 ss. Sul regolamento v. B. ANCEL, H. MUIR-WATT, «Aliments sans frontières. Le règlement CE n°4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires», in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2010, p. 457 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 805 ss.

<sup>7</sup> Il richiamo è contenuto già nelle linee guida politiche del Consiglio relative alla proposta (il documento, contrassegnato col n. 11067/11, è reperibile sul sito [web http://register.consilium.europa.eu](http://register.consilium.europa.eu)); v. ora la formulazione dell'art. 6a dell'articolato sottoposto all'esame del Consiglio nella riunione del 12 dicembre 2011 (anche questo documento, recante il n. 18475/11, è reperibile sul medesimo sito *web*).

<sup>8</sup> V., ad esempio, in questo senso il 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. n. C 12 del 15 gennaio 2001, p. 1 ss., punto I.

<sup>9</sup> Entrambi pubblicati in G.U.C.E. n. L 160 del 30 giugno 2000, p. 1 ss.

matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, che abroga il regolamento (CE) n. 1347/2000<sup>10</sup>, è stata disciplinata integralmente anche la materia della responsabilità genitoriale, di cui il previgente regolamento n. 1347/2000 si occupava limitatamente alle controversie collegate ad una causa matrimoniale. Mentre il regolamento CE n. 4/2009 si occupa delle obbligazioni alimentari, «scorporando» tale materia dal regolamento CE n. 44/2001 (di cui è stato abrogato l'art. 5, n. 2), anche le proposte delle quali si è riferito in premessa riguardano, a loro volta, materie escluse dalla Convenzione di Bruxelles del 1968 ed oggi dal regolamento CE n. 44/2001.

### III. ...e i suoi riflessi sulla coerenza interna dello stesso

5. Una simile costruzione progressiva delle regole uniformi in materia di giurisdizione, pur fondata su ragioni comprensibili, è suscettibile di produrre nel sistema effetti di frammentarietà e di incoerenza.

In primo luogo, gli strumenti adottati dall'Unione europea appaiono tuttora fortemente ancorati a una concezione tradizionale per quanto riguarda la loro struttura: tanto si evince dalla circostanza che in ciascuno di essi si trova una separata, anche se talvolta analoga, disciplina di questioni di carattere generale (litispendenza, connessione, provvedimenti provvisori o cautelari, ecc.). Le difficoltà insite in tale frammentazione normativa sono state d'altronde già riconosciute dal Consiglio europeo, che ha richiesto, col Programma di Stoccolma del 2009, «l'avvio dei lavori di consolidamento degli strumenti adottati finora nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile»<sup>11</sup>.

6. Ma la ragione di tale disomogeneità va ricercata anche altrove: non può infatti non rilevarsi che per lungo tempo l'adozione di regole uniformi di giurisdizione non è stata considerata un obiettivo a sé stante della cooperazione giudiziaria civile.

A seguito della c.d. comunitarizzazione della cooperazione giudiziaria civile intervenuta col Trattato di Amsterdam, la materia dei conflitti di giurisdizione è stata considerata dalle istituzioni politiche dell'Unione europea in stretta connessione col tema del mutuo riconoscimento delle decisioni. Dagli atti programmatici assunti<sup>12</sup> emerge chiaramente che l'obiettivo finale in materia di diritto processuale civile internazionale appariva costituito dalla completa abolizione delle procedure attualmente necessarie al fine di garantire l'efficacia delle decisioni straniere nei rapporti tra gli Stati membri. L'armonizzazione delle regole sulla competenza internazionale veniva dunque individuata come un passaggio strumentale allo scopo di facilitare la realizzazione del principio del reciproco riconoscimento.

Ma tale posizione non fa altro che riflettere l'atteggiamento inizialmente assunto dagli Stati membri in sede di elaborazione della Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>13</sup>: in questo senso d'altronde deponava lo stesso tenore testuale dell'art. 220 del Trattato CEE, che aveva costituito la base giuridica della Convenzione di Bruxelles.

7. Questo approccio non aveva peraltro mancato di esercitare una certa influenza anche sulla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'interpretazione di tale Convenzione. Quest'ultima, infatti, ha ripetutamente privilegiato, soprattutto rispetto ai fori speciali alternativi previsti dall'art. 5 della Convenzione, la tendenza a individuare soluzioni ermeneutiche ispirate al principio della certezza del diritto, idonee a rendere meno probabile una indiscriminata moltiplicazione dei fori competenti<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Pubblicato in *G.U.C.E.* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1 ss.

<sup>11</sup> Cfr. *Programma di Stoccolma. Un'Europa aperta e a servizio di tutti i cittadini*, punto 3.1.2, reperibile sul sito <http://register.consilium.europa.eu> e allegato al doc. n. 17024/09.

<sup>12</sup> Cfr. punto 34 delle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999: «in materia civile, il Consiglio europeo chiede alla Commissione di presentare una proposta al fine di ridurre ulteriormente le procedure intermedie tuttora necessarie per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni o sentenze nello Stato richiesto».

<sup>13</sup> Cfr. anche P. JENARD, *Relazione sulla Convenzione del 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *G.U.C.E.* n. C 59 del 5 marzo 1979, p. 7 (sottolineato aggiunto).

<sup>14</sup> Così, la Corte di giustizia ha escluso, sin dalla sent. 11 gennaio 1990, causa 220/88, *Dumez France*, in *Racc.*, 1990,

Specialmente in decisioni meno recenti, la Corte ha giustificato tale scelta ricollegandola esplicitamente all'obiettivo di facilitare il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni, e dunque alla necessità di ridurre *ex ante* il rischio di conflitti positivi di giurisdizione, che potessero condurre all'applicazione della causa di non riconoscimento prevista dall'art. 27, n. 3, della Convenzione<sup>15</sup>.

Ciò nondimeno, nell'ambito della sua attività di interpretazione pregiudiziale, fondandosi sulle caratteristiche e sulle finalità del sistema delle competenze giurisdizionali contenuto nella Convenzione di Bruxelles, la Corte di giustizia ne aveva già enucleato chiaramente alcuni principi ispiratori.

**8.** Tale tendenza si è naturalmente consolidata con l'adozione del regolamento n. 44/2001, in cui la posizione delle norme sulla competenza giurisdizionale sembra aver raggiunto un maggiore grado di autonoma rilevanza sul piano del diritto positivo<sup>16</sup>. Alla luce di tale evoluzione normativa la Corte di giustizia si è mostrata ancor più chiaramente incline a sottolineare le esigenze proprie del sistema delle norme sulla competenza giurisdizionale, valorizzando in proposito proprio il contenuto del preambolo<sup>17</sup>. Ciò non sembra peraltro escludere che rispetto a singole disposizioni del regolamento possa tuttora sussistere un legame particolarmente forte, sul piano interpretativo ed applicativo, con le norme sull'efficacia delle decisioni, come accade per l'art. 6, n. 1<sup>18</sup>, o per l'art. 5, n. 1<sup>19</sup>.

**9.** In sostanza, sulla base della struttura e della finalità delle norme di competenza giurisdizionale contenute ad oggi nel regolamento n. 44/2001 la Corte di giustizia ha delineato i principi generali sottesi a tale strumento. In particolare, essa ha fortemente enfatizzato la rilevanza del foro del domicilio del convenuto e la correlata garanzia di prevedibilità del titolo, che costituisce anche il principale canone di interpretazione delle norme sulla giurisdizione. Nell'ambito di questa concezione gerarchica di tali norme una deroga al *forum rei* è stata ammessa, sia pure con diversi gradi di intensità, solo per la necessità di tutelare alcuni valori concorrenti con la certezza del diritto, come l'osservanza del principio di prossimità, la buona amministrazione della giustizia, la protezione del contraente debole e la volontà delle parti.

Ora, tale quadro normativo non si trova affatto riproposto negli altri strumenti *ex art. 81 TFUE*, dai quali emergono anzi puntualmente rilevanti differenze nel sistema delle regole sulla giurisdizione.

**10.** Certamente diverso è anzitutto il sistema istituito dal regolamento CE n. 1346/2000, che prevede la competenza esclusiva per l'apertura della procedura d'insolvenza principale al giudice dello Stato membro in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore. Tale titolo di giurisdizione presenta, tra l'altro, una particolare portata estensiva rispetto alle azioni connesse alla procedura di

---

p. I-49, che la nozione di luogo dell'evento richiamata dall'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles comprendesse anche il luogo ove si fossero verificati danni che fossero conseguenza indiretta dell'azione illecita; allo stesso modo, in materia contrattuale si è ritenuto che, in presenza di un'obbligazione plurilocalizzata, l'art. 5, n. 1, fosse inapplicabile nella sent. 19 febbraio 2002, causa C-256/00, *Besix*, in *Racc.*, 2002, p. I-1699. Per il principio v. anche Corte giust., sent. 4 marzo 1982, causa 38/81, *Effer*, in *Racc.*, 1982, p. 825.

<sup>15</sup> Corte giust., sentenze 13 luglio 1993, causa C-125/92, *Mulox IBC*, in *Racc.*, 1993, p. I-4075; 9 gennaio 1997, causa C-383/95, *Rutten*, in *Racc.*, 1997, p. I-57, alle quali vanno aggiunte le citate sentenze 11 gennaio 1990, *Dumez France*, e 19 febbraio 2002, *Besix*. In tema, v. anche P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova 2006, p. 136 ss.

<sup>16</sup> Chiare indicazioni in tal senso vengono dal preambolo del regolamento stesso, ove l'unificazione delle norme sulla competenza internazionale viene individuata, accanto alla semplificazione del riconoscimento delle decisioni, come un obiettivo a sé stante del sistema europeo di cooperazione giudiziaria civile (cfr. secondo e sesto considerando). In questo contesto vengono anche articolati più esplicitamente alcuni principi propri del sistema delle norme sulla giurisdizione, comunque ricavabili dall'elaborazione precedente della Corte di giustizia, richiamati espressamente nell'undicesimo e dodicesimo considerando.

<sup>17</sup> Cfr., tra le tante, Corte giust., sentenze 23 aprile 2009, causa C-533/07, *Falco Privatstiftung*, in *Racc.*, 2009, p. I-3327, punto 21 s.; 17 settembre 2009, causa C-347/08, *Vorarlberger Gebietskrankenkasse*, in *Racc.*, 2009, p. I-8661, punto 36; 11 marzo 2010, causa C-19/09, *Wood Floor*, in *Racc.*, 2010, p. I-2121, punto 38; 12 maggio 2011, causa C-144/10, *BVG*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 33.

<sup>18</sup> V., da ultimo, Corte giust., sent. 1° dicembre 2011, causa C-145/10, *Painer*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 77. Per considerazioni più generali, sia consentito rinviare a G. BIAGIONI, *La concessione attributiva di giurisdizione nel regolamento CE n. 44/2001*, Padova, 2011, p. 162 ss.

<sup>19</sup> Per un'ampia disamina del legame tra la competenza giurisdizionale in materia contrattuale ai sensi dell'art. 5, n. 1, del regolamento e il principio di armonia delle decisioni, v. ancora P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, cit., in specie p. 139 ss.

insolvenza, restando salva per i giudici degli altri Stati membri di avviare una procedura d'insolvenza secondaria.

**11.** Ma anche il regolamento CE n. 2201/2003 presenta un contesto fortemente differenziato, addirittura al suo stesso interno. In materia matrimoniale la disciplina della giurisdizione si fonda su numerosi titoli di giurisdizione, posti tra loro in rapporto di pura alternatività e fortemente improntati al *favor* per lo scioglimento o l'attenuazione del vincolo matrimoniale<sup>20</sup>. In tale contesto risulta peraltro pretermesso ogni riferimento sia all'autonomia della volontà, sia alla protezione della parte debole; ed anche la prossimità dei titoli appare molto attenuata.

Peraltro, se ci si sposta ad esaminare la materia della responsabilità genitoriale, il sistema della giurisdizione appare tendenzialmente basato su un unico criterio (la residenza abituale del minore<sup>21</sup>), ma allo stesso tempo vengono introdotti meccanismi ispirati a grande flessibilità. Da un lato, si lascia spazio, infatti, a una limitata autonomia delle parti, che viene però circondata di molteplici cautele; dall'altro, si attribuisce rilievo dirimente all'interesse superiore del minore, tanto da consentire sulla base di tale valore il trasferimento della controversia da un giudice internazionalmente competente in base al regolamento ad un altro, anche non individuato dal regolamento ma ritenuto più adatto a trattare il caso.

**12.** Da ultimo, il regolamento CE n. 4/2009, nel sostituire in materia di obbligazioni alimentari l'art. 5, n. 2, del regolamento CE n. 44/2001, ripropone una disciplina fortemente ispirata alla protezione del creditore di alimenti e alla garanzia del suo accesso alla giustizia, con la previsione di vari fori tra loro alternativi. Peraltro, sebbene venga conservata anche in questa materia la possibilità di pattuire una proroga di competenza, l'autonomia delle parti risulta più limitata rispetto al regolamento CE n. 44/2001, potendo la scelta cadere solo su determinati fori<sup>22</sup>.

**13.** Appare dunque chiara la scelta del legislatore dell'Unione di non adottare un sistema uniforme di regole sulla giurisdizione, ma piuttosto una molteplicità di sottosistemi, ispirati di volta in volta alle esigenze prevalenti nella materia trattata. Sebbene in tempi recenti si registri il tentativo della Commissione di garantire un maggiore coordinamento tra i diversi strumenti<sup>23</sup>, allo stato la varietà delle soluzioni normative adottate nell'ambito dei conflitti di giurisdizione non solo comporta la frammentazione del sistema ma riduce anche le opportunità di soluzioni intertestuali<sup>24</sup>.

Va qui aggiunto che le proposte attualmente in discussione non risultano in contrasto con questo approccio «ibrido»: in particolare, in materia di successioni e testamenti il foro, definito generale, dell'ultima residenza abituale del *de cuius* appare suscettibile di notevole flessibilità anche in relazione agli ampi margini di autonomia delle parti sia per la proroga di competenza sia per la designazione della legge applicabile<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> V., in tal senso, R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 150.

<sup>21</sup> La Corte di giustizia si è anche pronunciata nel senso che in caso di sottrazione di minori la disposizione dell'art. 10, lett. b, punto iv), che ammette il trasferimento della residenza abituale e dunque della giurisdizione nello Stato della sottrazione, dev'essere interpretata restrittivamente: v. sent. 1° luglio 2010, causa C-211/10 PPU, *Povse*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 45. Cfr. anche B. NASCIBENE, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 80, in nota.

<sup>22</sup> V. anche F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009», cit., p. 813 s.

<sup>23</sup> Ad esempio, l'art. 3 della proposta di regolamento in materia di regimi patrimoniali tra coniugi prevede, per la determinazione della giurisdizione, nell'ipotesi di morte di uno dei coniugi, un richiamo al futuro regolamento in materia di successioni e testamenti (come anche l'art. 3 della proposta di regolamento in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate); parimenti, l'art. 4 richiama, per l'ipotesi che la controversia sul regime patrimoniale sia accessoria a una causa di separazione personale, divorzio, annullamento del matrimonio, le norme del regolamento CE n. 2201/2003. Per un esempio di coordinamento mancato, v. l'art. 3, lettere c) e d), del regolamento CE n. 4/2009, relativo alle controversie in materia di obbligazioni alimentari accessorie a una causa matrimoniale o a una causa sulla responsabilità genitoriale, che richiama genericamente la legge del foro, anziché il regolamento CE n. 2201/2003.

<sup>24</sup> Sull'interpretazione intertestuale come strumento centrale della cooperazione giudiziaria civile dell'Unione europea, v. F. SALERNO, «La cooperazione giudiziaria in materia civile», in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, p. 493 s.

<sup>25</sup> Cfr. il citato allegato al doc. n. 18475/11, il quale prevede, oltre al foro generale della residenza abituale del *de cuius*, la possibilità di concludere un accordo di scelta del foro (art. 5a); la declinatoria di giurisdizione del giudice del

#### IV. L'avvio del processo di adozione di norme universali sulla giurisdizione e l'introduzione del *forum necessitatis*

14. Peraltro, col regolamento CE n. 4/2009 è stata introdotta una significativa novità rispetto ai precedenti strumenti di cooperazione giudiziaria civile contenenti norme sulla giurisdizione.

Nel rispetto del modello della Convenzione di Bruxelles, i regolamenti inizialmente adottati sulla base dell'art. 65 TCE sono destinati ad applicarsi entro un ambito predeterminato *ratione personae*, sia pure sulla base di criteri che variano per ciascuno strumento: il domicilio del convenuto nel regolamento CE n. 44/2001, il centro degli interessi principali nel regolamento CE n. 1346/2000 e la residenza abituale e la cittadinanza dei coniugi nel regolamento CE n. 2201/2003 sono utilizzati, tra l'altro, per individuare le situazioni ritenute di stretta rilevanza per il mercato interno, nelle quali è necessario applicare le regole uniformi sulla giurisdizione. Per conseguenza, laddove non ricorrano le condizioni indicate in ciascun regolamento per la sua applicazione *ratione personae*, si prevede un rinvio alle norme nazionali di giurisdizione c.d. esorbitante.

15. Il regolamento CE n. 4/2009 non risulta invece ispirato a tale modello, poiché non contiene specifiche condizioni di applicazione *ratione personae* né un espresso richiamo a regole nazionali di giurisdizione. Al contrario, esso è concepito come un sistema completo di titoli di giurisdizione, che sostituisce integralmente le norme interne degli Stati membri. Ne consegue che, in mancanza di designazione di un giudice internazionalmente competente da parte del regolamento rispetto a una determinata controversia, nessuna corte di uno Stato membro potrà conoscerne.

Una simile scelta implica dunque l'attribuzione di un'ulteriore funzione alle norme uniformi sulla giurisdizione: non si tratta più soltanto di ripartire, in un ambito dato, la *potestas iudicandi* tra gli Stati membri, ma anche di determinarne la sussistenza anche nei rapporti tra questi e gli Stati terzi<sup>26</sup>.

16. La scelta, inizialmente introdotta nel ristretto ambito di applicazione materiale del regolamento CE n. 4/2009, sembra ormai destinata a permeare, in progresso di tempo, l'intero sistema europeo della cooperazione giudiziaria civile<sup>27</sup>, poiché tutte le proposte successivamente formulate contemplano norme sulla giurisdizione destinate a sostituirsi completamente alle norme nazionali ed omettono qualunque richiamo a queste ultime in via sussidiaria.

17. È in questo contesto che il regolamento CE n. 4/2009 prospetta, per la prima volta nella cooperazione giudiziaria europea, il ricorso al *forum necessitatis*, che si rivela prima di tutto come una soluzione diretta a porre rimedio a un problema pratico, e precisamente la necessità di individuare una norma di chiusura in tale sistema completo di titoli di giurisdizione.

Infatti, per la materia delle obbligazioni alimentari spetta soltanto alle disposizioni del regolamento CE n. 4/2009 di consentire la realizzazione delle aspettative di accesso alla giustizia negli Stati

---

foro generale in presenza di una scelta della legge applicabile (art. 5b); l'attribuzione della giurisdizione, in presenza di una scelta di legge, al giudice dello Stato membro dell'ordinamento designato col consenso delle parti (art. 5c); la chiusura del procedimento in presenza di una scelta di legge e nella prospettiva di un accordo amichevole tra le parti (art. 5d); l'accettazione tacita della giurisdizione (art. 5e); e, di seguito, vari criteri di giurisdizione sussidiaria (art. 6) e infine il *forum necessitatis* (art. 6a).

<sup>26</sup> È pur vero che la Corte di giustizia, con la sent. 1° marzo 2005, causa C-281/02, *Owusu*, in *Racc.*, 2005, p. I-1383, ha espressamente affermato che la Convenzione di Bruxelles era idonea a determinare la giurisdizione di uno Stato membro anche quando gli elementi di collegamento diversi dal domicilio del convenuto riguardassero soltanto Stati terzi. Tuttavia, le norme della Convenzione, come del vigente regolamento CE n. 44/2001, non erano idonee a delimitare completamente l'ambito della giurisdizione degli Stati membri nei rapporti con gli Stati terzi: infatti, anche quando esse non fossero in grado di individuare uno Stato membro internazionalmente competente, ciò non escludeva che potessero entrare in gioco fori nazionali esorbitanti. D'altra parte, la Corte sembra anche aver escluso che le norme del regolamento CE n. 44/2001, in particolare quando prevedono fori definiti esclusivi, possano produrre un effetto meramente privativo: cfr. parere n. 1/03 del 7 febbraio 2006, in *Racc.*, 2006, p. I-1145, punto 153.

<sup>27</sup> Un siffatto indirizzo di politica del diritto non sembra d'altronde destare speciali perplessità nonostante che l'art. 81 TFUE presupponga che le misure possano essere adottate «in particolare se necessario al buon funzionamento del mercato interno»; sul peso non decisivo di tale indicazione v.

membri: ciò impone altresì di individuare il limite estremo oltre il quale a tali aspettative non è possibile ed accettabile, dal punto di vista delle norme uniformi, dare seguito.

Rispetto a tale problema il *forum necessitatis* può costituire una soluzione coerente con la politica del diritto dell'Unione europea, poiché assicura agli Stati membri un ambito di giurisdizione particolarmente estensivo, dal momento che, com'è stato già notato, esso ammette che il giudice possa decidere una controversia non significativamente localizzata rispetto allo Stato del foro<sup>28</sup>.

**18.** Questo assetto è idoneo, alla luce dell'innovativo metodo di formulazione delle norme sulla giurisdizione, a soddisfare due esigenze tra loro distinte, seppur collegate.

In primo luogo, l'attribuzione agli Stati membri della possibilità di esercitare la loro *potestas iudicandi* sulla base di considerazioni di «necessità» vale a compensare l'eliminazione dei fori esorbitanti. Pertanto, nel mentre si supera la frammentazione indotta dall'applicazione delle norme nazionali a titolo sussidiario<sup>29</sup>, allo stesso tempo si evita una contrazione del complessivo ambito di giurisdizione degli stessi.

**19.** Questo ultimo effetto è d'altronde funzionale anche alla realizzazione di un altro interesse generale dell'Unione europea, la quale pone una particolare enfasi sul diritto di accesso alla giustizia<sup>30</sup>, come dimostra oggi anche l'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. D'altra parte, tale esigenza risulta ancora più pressante, dal momento che tale garanzia costituisce uno degli obiettivi espressi della cooperazione giudiziaria civile, previsto dall'art. 81, par. 2, lettera e, TFUE. Il collegamento con un pericolo di «diniego di giustizia» è infatti espressamente evocato nel preambolo del regolamento CE n. 4/2009 (sedicesimo *considerando*).

In questa prospettiva può senz'altro dirsi che alla realizzazione di tale finalità possa contribuire anche la circostanza che l'ambito della giurisdizione degli Stati membri rispetto agli Stati terzi sia improntato a particolare latitudine, specialmente laddove i primi risultino –come le istituzioni dell'Unione europea mostrano di supporre<sup>31</sup>– meglio in grado di dare attuazione a determinati interessi sostanziali.

**20.** Ciò sembra ben spiegare le ragioni per cui il *forum necessitatis* è stato considerato una norma di chiusura particolarmente adeguata alle esigenze del sistema europeo di cooperazione giudiziaria civile, e dunque idonea ad essere estesa anche agli altri strumenti in corso di adozione o di revisione<sup>32</sup>.

Prima di tentare una prima valutazione critica dell'istituto in chiave sistematica, occorre a questo punto cercare di tracciare taluni caratteri generali del *forum necessitatis*: tale compito appare reso più agevole per il fatto che la formulazione delle disposizioni contenute nelle proposte in discussione è essenzialmente modellata sulle indicazioni contenute nell'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009, salvo alcuni elementi propri della sola proposta di revisione del regolamento CE n. 44/2001, che saranno esaminati separatamente.

<sup>28</sup> Cfr. P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», in *Riv. dir. int.*, 2009, p. 1121 ss., in specie p. 1122.

<sup>29</sup> Peraltro, per la considerazione che la valutazione basata sul foro di necessità potrebbe non essere uniforme nei vari Stati membri, «in quanto condizionata dal punto di vista dello Stato del giudice», v. ancora P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1125.

<sup>30</sup> Per alcuni profili generali, v. M. GESTRI, «Portata e limiti del diritto individuale di accesso alla giustizia nell'ordinamento dell'Unione europea», in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 463 ss., in specie p. 466 ss.

<sup>31</sup> Cfr. in tal senso la relazione alla proposta di revisione del regolamento CE n. 44/2001, COM/748/2010/def., punto 3.1.2: «il *forum necessitatis* garantisce il diritto degli attori dell'UE a un giudice imparziale, diritto particolarmente rilevante per le imprese dell'UE che investono in paesi con un ordinamento giuridico non ancora ben sviluppato».

<sup>32</sup> D'altra parte, anche nei lavori di revisione del regolamento CE n. 2201/2003 –poi interrotti per l'impossibilità di adottare regole condivise da tutti gli Stati membri in materia di legge applicabile alla separazione personale e al divorzio– era stata da ultimo prospettata l'introduzione del *forum necessitatis* in materia matrimoniale: cfr. l'art. 7a del testo redatto dalla Presidenza del Consiglio e datato 23 maggio 2008, reperibile sul sito [web http://register.consilium.europa.eu](http://register.consilium.europa.eu) e contrassegnato col n. 9712/08.

## V. Alcuni lineamenti generali del *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo

21. Rispetto agli strumenti sin qui adottati la Corte di giustizia ha individuato alcuni principi ispiratori dei titoli di giurisdizione: uno dei principali criteri è costituito senz'altro dalla prevedibilità del titolo per il convenuto, che è normalmente posto a base di previsioni di carattere generale (il foro del domicilio del convenuto nel regolamento CE n. 44/2001; il centro degli interessi principali nel regolamento CE n. 1346/2000; la residenza abituale dei coniugi o del convenuto in materia matrimoniale e quella del minore in materia di responsabilità genitoriale nel regolamento CE n. 2201/2003<sup>33</sup>), ma che, come detto, incide anche sull'interpretazione di fori di carattere alternativo.

22. Accanto a questo principio, i titoli di giurisdizione, quando non dipendano dalla volontà delle parti, mirano a realizzare esigenze di altro genere, comunque ritenute rilevanti dal legislatore dell'Unione e costituite in particolare dalla prossimità tra lo Stato del foro e la controversia e dalla buona amministrazione della giustizia, in quanto l'attribuzione della giurisdizione a un determinato giudice possa favorire l'armonia delle decisioni ovvero determini effetti di economia processuale.

In particolari materie, peraltro, la determinazione dei titoli di giurisdizione mira a realizzare specifici interessi sostanziali: in questo senso, sono ad esempio orientate le disposizioni del regolamento CE n. 44/2001 ispirate al principio della protezione del contraente debole; le disposizioni del regolamento CE n. 2201/2003 ispirate al *forum actoris* in materia matrimoniale e quelle dirette a determinare gli effetti del trasferimento della residenza abituale del minore sulla giurisdizione<sup>34</sup>, ma anche quelle sulla giurisdizione fondata sulla presenza del minore<sup>35</sup>; le disposizioni del regolamento CE n. 4/2009 parimenti ispirate al principio del *forum actoris* (in particolare, l'art. 3, lett. b)<sup>36</sup>.

23. Come si vedrà, l'istituto del foro di necessità risulta invece peculiare nel sistema europeo della cooperazione giudiziaria civile, poiché appare difficilmente iscrivibile in tale paradigma concettuale.

### 1. Il carattere sussidiario ed eccezionale

24. Una prima caratteristica generale è costituita dalla natura sussidiaria di tale titolo di giurisdizione, poiché in tutti i testi normativi sopra indicati il ricorso ad esso è ammesso solo quando nessuno degli Stati membri sia internazionalmente competente sulla base delle altre norme uniformi<sup>37</sup>. Questa indicazione appare perfettamente in linea con la giustificazione fondata sulla garanzia dell'accesso alla giustizia, poiché dimostra che le considerazioni di necessità appaiono imperiose unicamente per il rischio che quella determinata controversia non possa essere esaminata da alcuno Stato membro. Al contrario, laddove esista almeno uno Stato membro munito di giurisdizione, il principio della reciproca

<sup>33</sup> Cfr. il dodicesimo considerando del regolamento.

<sup>34</sup> Cfr. Corte di giustizia, sent. 1° luglio 2010, *Povse*, cit.: «va rilevato che il regolamento mira a dissuadere dal commettere sottrazioni di minori tra Stati membri e, in caso di sottrazione, ad ottenere che il ritorno del minore sia effettuato al più presto[...] Ne consegue che il trasferimento illecito di un minore non dovrebbe, in linea di principio, comportare il trasferimento della competenza dai giudici dello Stato membro in cui il minore aveva la residenza abituale immediatamente prima del trasferimento a quelli dello Stato membro in cui è stato condotto, e ciò nemmeno nell'ipotesi in cui, a seguito del trasferimento, il minore abbia acquisito la residenza abituale in quest'altro Stato membro» (punti 43 e 44).

<sup>35</sup> Cfr. anche P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1124.

<sup>36</sup> La Corte di giustizia aveva già rilevato che l'art. 5, n. 2, della Convenzione di Bruxelles e poi del regolamento CE n. 44/2001 era improntato alla tutela della parte debole (ossia il creditore di alimenti) nella sent. 20 marzo 1997, causa C-295/95, *Farrell*, in *Raccolta*, 1997, p. I-1706, ed aveva anzi chiarito, nella successiva sent. 15 gennaio 2004, causa C-433/01, *Blijdenstein*, in *Raccolta*, 2004, p. I-1002, che il foro speciale dell'art. 5, n. 2, era azionabile ad opera del solo creditore di alimenti, e non da un ente pubblico che agisca in rivalsa verso il debitore di alimenti. F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», cit., p. 812 s., segnalano peraltro che il regolamento CE n. 4/2009, eliminando il riferimento al domicilio del creditore di alimenti contenuto nel previgente art. 5, n. 2, riduce i possibili fori a disposizione di quest'ultimo.

<sup>37</sup> Ciò dovrebbe valere anche quando le parti abbiano designato, sulla base della loro autonomia, il giudice di uno Stato terzo come esclusivamente competente, poiché l'ammissibilità di simili patti di proroga è già stata riconosciuta dalla Corte di giustizia con la sent. 9 novembre 2000, causa C-387/98, *Coreck Maritime*, in *Racc.*, 2000, p. I-9337.

fiducia, come espresso dalla Corte di giustizia, tra l'altro, nella nota sentenza *Gasser*<sup>38</sup>, dovrebbe impedire di escludere qualunque considerazione di necessità<sup>39</sup>.

Tale caratteristica si spiega dunque facilmente trattandosi di un titolo di giurisdizione peculiare, in quanto il suo principale effetto non è la ripartizione della competenza giurisdizionale tra gli Stati membri, come tradizionalmente si ritiene per le norme europee sulla giurisdizione<sup>40</sup>, ma l'attribuzione della stessa agli Stati membri nelle relazioni con Stati terzi. Com'è già stato rilevato, tale titolo costituisce insomma espressione del metodo unilaterale, che è tipico degli ordinamenti nazionali<sup>41</sup>.

**25.** D'altra parte, il carattere sussidiario del foro di necessità consente di distinguerlo chiaramente da istituti latamente ispirati al principio del *forum non conveniens*, come il c.d. trasferimento ad un giudice più adatto a trattare il caso, previsto dall'art. 15 del regolamento CE n. 2201/2003. Tale disposizione stabilisce che, in circostanze eccezionali e ove ricorrano particolari condizioni, il giudice munito di giurisdizione in base a tale regolamento possa decidere di trasferire un procedimento in materia di responsabilità genitoriale (o parte di esso) al giudice di altro Stato membro<sup>42</sup>.

Sebbene anche in tal caso sia possibile attribuire giurisdizione ad uno Stato membro che ne sarebbe astrattamente privo sulla base delle norme del regolamento CE n. 2201/2003, ben diversa è la portata di una simile disposizione, che produce esplicitamente l'effetto di derogare agli ordinari titoli di giurisdizione (in particolare, la residenza abituale del minore), sia pure in via eccezionale. In caso di ricorso al *forum necessitatis* presupposto essenziale è proprio l'assenza di altri titoli di giurisdizione in favore di uno Stato membro; e ciò giustifica anche la maggior tenuità del collegamento richiesto tra la controversia e lo Stato del foro<sup>43</sup> (che, peraltro, assolve, come si vedrà, anche una diversa funzione rispetto all'art. 15).

**26.** Il carattere sussidiario determina dunque *ex se* una limitazione all'uso del *forum necessitatis*, che è resa tanto più palese dal richiamo ad «ipotesi eccezionali» contenuto tanto nell'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009 quanto nelle proposte in corso di esame. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia rispetto alla Convenzione di Bruxelles e al regolamento CE n. 44/2001, questo genere di norme sulla giurisdizione è soggetta a un'interpretazione restrittiva in favore di norme di carattere più generale<sup>44</sup>.

Il carattere sussidiario ed eccezionale del foro di necessità nell'architettura dei titoli di giurisdizione ben si spiega, d'altronde, ove si tenga conto delle peculiari condizioni nelle quali a tale istituto si può far ricorso.

<sup>38</sup> Sent. 9 febbraio 2003, causa C-116/02, *Gasser*, in *Raccolta*, 2003, p. I-14693, punto 70 s.

<sup>39</sup> Cfr. anche G. ROSSOLILLO, «*Forum necessitatis* e flessibilità», cit., p. 416 s., la quale peraltro ammette che il foro di necessità possa essere utilizzato anche nei rapporti tra Stati membri, oltre che nell'ipotesi (su cui si tornerà) in cui sia stata emessa una sentenza di uno Stato membro non riconoscibile negli altri Stati membri, pure quando l'impossibilità di rivolgersi allo Stato membro munito di giurisdizione sulla base delle norme uniformi dipenda da una causa di forza maggiore. Il già ricordato carattere cogente delle norme sulla giurisdizione sembra tuttavia impedire una simile ricostruzione.

<sup>40</sup> Nella giurisprudenza della Corte di giustizia v. sentenze 5 febbraio 2004, causa C-18/02, *DFDS Torline*, in *Raccolta*, 2004, p. I-1417, punto 23; 17 novembre 2011, causa C-327/10, *Hypotečni Banka s.a.s.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 37.

<sup>41</sup> Così, G. ROSSOLILLO, «*Forum necessitatis* e flessibilità», cit., p. 404.

<sup>42</sup> Sull'art. 15 v., tra gli altri, M.C. BARUFFI, «Osservazioni sul regolamento Bruxelles II-bis», in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 175 ss., in specie p. 189; C. CAMPIGLIO, F. MOSCONI, «Giurisdizione e riconoscimento di sentenze straniere in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale», in *Digesto discipline pubblicistiche (aggiornamento)*, 4<sup>a</sup> ed., Torino, 2005, p. 336 ss., in specie p. 355. Sugli articoli 8 e 9 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 sulla giurisdizione, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e misure per la protezione dei minori, v. P. PICONE, «La nuova Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1996, p. 705 ss., in specie p. 715 ss.

<sup>43</sup> L'art. 15 del regolamento CE n. 2201/2003 indica che deve sussistere un «legame particolare» tra il minore e lo Stato membro ove il caso dev'essere trasferito; tuttavia, tale legame viene tipizzato dalla norma ed infatti si ritiene esistente «se tale Stato membro a) è divenuto la residenza abituale del minore dopo che l'autorità giurisdizionale [a qua] è stata adita; o b) è la precedente residenza abituale del minore; o c) è il paese di cui il minore è cittadino; o d) è la residenza abituale di uno dei titolari della responsabilità genitoriale; o e) la causa riguarda le misure di protezione del minore legate all'amministrazione, alla conservazione o all'alienazione dei beni del minore situati sul territorio di questo Stato membro».

<sup>44</sup> Sul punto, v., per tutti, F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere*, cit., p. 107 s.

## 2. La localizzazione della controversia

27. Un profilo rispetto al quale possono sorgere dubbi di compatibilità del *forum necessitatis* con il sistema europeo di cooperazione giudiziaria civile (o almeno con alcuni degli strumenti sinora adottati) è quello della localizzazione della controversia. Infatti, come risulta già dall'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009, perché l'attore possa avvalersi del foro di necessità, occorre che la controversia –oltre a non presentare alcuno dei collegamenti tipizzati con il territorio di uno Stato membro che sarebbero idonei ad attribuire a questo la giurisdizione– risulti anzi strettamente collegata con uno Stato terzo<sup>45</sup>.

Sebbene la portata applicativa di tale previsione non sia del tutto chiara, sia per la sua formulazione testuale<sup>46</sup>, sia per il carattere necessariamente generico del riferimento allo «stretto collegamento»<sup>47</sup>, è sicuro che essa presuppone che la fattispecie sia collocata, nella maggior parte dei suoi elementi costitutivi, al di fuori del territorio dell'Unione europea.

28. Appare dunque evidente che il *forum necessitatis* implica una significativa deroga rispetto al principio di prossimità, in quanto la giurisdizione viene attribuita ad un giudice che sarà per definizione «lontano» dalla controversia. Naturalmente, questa circostanza potrà anche determinare alcune difficoltà nell'applicazione pratica dell'istituto (si pensi all'assunzione delle prove o ai possibili problemi di conoscenza del diritto straniero), e ciò non può che rafforzarne il carattere eccezionale.

29. D'altra parte, il foro di necessità non risulta neppure ispirato all'altro principio generale del sistema europeo della cooperazione giudiziaria civile, e precisamente quello di prevedibilità del titolo da parte del convenuto.

Infatti, la mancanza di un criterio localizzatore tradizionale<sup>48</sup>, surrogato dal mero riferimento a un «sufficiente collegamento», rende difficile per un convenuto normalmente accorto immaginare in quale Stato membro potrà essere citato. Peraltro, il carattere eccezionale di questo foro e la discrezionalità valutativa rimessa al giudice nell'accertamento del titolo di giurisdizione assicurano una spiccata flessibilità dell'istituto.

30. Non sembra peraltro che questi elementi possano indurre a concludere nel senso di una incompatibilità del *forum necessitatis* con gli strumenti vigenti e specialmente col regolamento CE n. 44/2001, in cui il principio di prevedibilità del titolo e quello di prossimità sono, come detto, enfatizzati.

Sotto il primo profilo, il foro di necessità è destinato ad applicarsi a convenuti estranei allo spazio giudiziario europeo e dunque meno meritevoli di tutela, in un'ottica unilaterale come quella perseguita a partire dal 2009 dalle istituzioni dell'Unione europea; d'altra parte, anche nell'attuale testo del regolamento CE n. 44/2001 la prevedibilità non costituisce un valore necessariamente assoluto, potendo essere derogata in favore di altri interessi altrettanto pressanti<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Tale requisito non è peraltro indicato –ma senza espressa giustificazione– nelle proposte di regolamento in materia di regimi patrimoniali tra coniugi e di effetti patrimoniali delle unioni registrate.

<sup>46</sup> Il tenore letterale dell'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009 (e delle disposizioni sullo stesso modellate ed oggi ancora allo stadio di proposta) indurrebbe a ritenere la disposizione inapplicabile se la controversia presenta uno stretto collegamento con *vari* Stati terzi; ma tale soluzione è evidentemente insoddisfacente nel caso, pur non probabile, in cui rispetto a tutti gli Stati terzi possa verificarsi un'ipotesi di diniego di giustizia, come ritengono anche F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», cit., p. 817. Sarebbe altrimenti davvero singolare l'uso del criterio del «collegamento più stretto» con effetti privativi, cioè nel senso di consentire il ricorso al *forum necessitatis* solo laddove tutti gli elementi rilevanti fossero concentrati in un unico Stato terzo.

<sup>47</sup> Nessuna delle disposizioni in questione precisa che cosa si debba intendere per «stretto collegamento» con lo Stato terzo, anche se è chiaro che in tale Stato dovranno essere collocati gli elementi che, ove riferiti a uno Stato membro, gli attribuirebbero giurisdizione.

<sup>48</sup> Tale mancanza è rilevata anche da P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1122.

<sup>49</sup> Ciò può verificarsi, ad esempio, in ossequio al principio dell'autonomia della volontà, rispetto a un accordo di proroga della giurisdizione concluso tra le parti per designare un foro privo di qualunque collegamento con la fattispecie: possibilità, questa, che la Corte di giustizia ha riconosciuto, sulla base dell'allora art. 17 della Convenzione di Bruxelles con la sent. 16 marzo 1999, causa C-159/97, *Trasporti Castelletti*, in *Raccolta*, 1999, p. I-1656, sulla quale v. anche F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere*, cit., p. 198 s.

Per quanto attiene al principio di prossimità, la necessità di tutelare per questa via il diritto fondamentale dell'accesso alla giustizia ben spiega tale deviazione; infatti, anche in altri strumenti la rilevanza di altri valori sostanziali<sup>50</sup> o processuali<sup>51</sup> può indurre il legislatore europeo ad ammettere titoli di giurisdizione che presentino un grado assai flebile di vicinanza tra Stato del foro e controversia.

### 3. Il diniego di giustizia

**31.** Ma il principale elemento richiesto —e comune a tutti i testi normativi in questione— perché possa essere utilizzato il foro di necessità è dato dal serio pericolo di un diniego di giustizia, che possa aver luogo nello Stato terzo col quale la controversia risulti collegata. Ciò potrebbe verificarsi in tre ipotesi, e cioè quando un procedimento non possa «ragionevolmente essere intentato» o essere «svolto» o risulti «impossibile».

Il criterio distintivo tra queste fattispecie si trova prefigurato nel sedicesimo considerando del regolamento CE n. 4/2009. In primo luogo, l'impossibilità di dar corso al procedimento dovrebbe essere intesa quale impossibilità materiale, dovuta ad un particolare stato di fatto sussistente nello Stato terzo (nel regolamento si menziona l'esempio di una guerra civile), ovvero come conseguenza di un conflitto negativo di giurisdizione<sup>52</sup>.

**32.** Le altre ipotesi sembrano invece destinate a lasciare spazio a una assai maggiore discrezionalità valutativa da parte del giudice adito<sup>53</sup>, poiché si richiamano a una situazione in cui non si potrebbe ragionevolmente richiedere all'attore di avviare o proseguire un procedimento nello Stato terzo.

È apparso sin da subito chiaro, a seguito dell'adozione del regolamento CE n. 4/2009, che la norma è suscettibile di due differenti interpretazioni<sup>54</sup>: da un lato, essa potrebbe ritenersi diretta a porre rimedio ad una disfunzione del processo civile nello Stato terzo, che, per l'impossibilità di accesso alla giustizia dovuta a circostanze di fatto o di diritto, renderebbe in sostanza inutile lo svolgimento del giudizio nelle sue corti.

Dall'altro, potrebbe ipotizzarsi che il *forum necessitatis* sia, almeno implicitamente, funzionale alla tutela di interessi sostanziali e dunque possa essere azionato anche quando, pur essendo astrattamente possibile avviare un giudizio nello Stato terzo, esso sia comunque destinato a concludersi col rigetto delle pretese dell'attore<sup>55</sup>.

**33.** In proposito, non v'è dubbio che il *forum necessitatis* sia destinato, in ultima analisi, a proteggere la posizione dell'attore, nel senso di garantire tutela giurisdizionale ai suoi diritti ove questi esistano, ma ciò non significa che, sotto questo punto di vista, esso costituisca un titolo di giurisdizione diverso dagli altri. La sua funzione non è dunque quella di anticipare, in forma prognostica, alla fase dell'accertamento del titolo anche la valutazione del merito della tutela<sup>56</sup>; ma di conferire la giurisdizione a uno Stato membro.

<sup>50</sup> Sulla deroga al principio di prossimità apportata dalle norme sulla protezione del contraente debole, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4<sup>e</sup> ed., Paris, 2010, p. 274; S. MARINO, *Metodi di diritto internazionale privato e tutela del contraente debole nel diritto comunitario*, Milano, 2010, p. 153 ss. Sull'art. 3 del regolamento CE n. 2201/2003, v. R. BARATTA, «Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia», in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 163 ss., in specie p. 174 s.

<sup>51</sup> Sul carattere attenuato del principio rispetto alle norme sulla competenza giurisdizionale per connessione, sia consentito ancora rinviare a G. BIAGIONI, *La connessione attributiva di giurisdizione nel regolamento CE n. 44/2001*, cit., p. 96 ss.

<sup>52</sup> In realtà, nessuna delle disposizioni citate si riferisce espressamente a tale ipotesi, ma pare che, anche qualora il giudice munito di giurisdizione (almeno dal punto di vista dell'ordinamento dell'Unione europea) abbia rifiutato di esercitarla, si versi in una fattispecie riconducibile al concetto di «impossibilità».

<sup>53</sup> Segnala la necessità di un'attenta ponderazione, da questo punto di vista, tra l'esigenza di una disposizione che copra tutte le ipotesi rilevanti e la necessità di evitare un impiego abusivo del titolo di giurisdizione F. POCAR, «Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approches uniforme?», cit., p. 597 s.

<sup>54</sup> Per questa dicotomia, v. G. ROSSOLILLO, «Forum necessitatis e flessibilità», cit., p. 412 s.

<sup>55</sup> Esplicitamente in tal senso, P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1122 ss.; v. anche F. POCAR, I. VIARENGO, «Il regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», cit., p. 818.

<sup>56</sup> In tal senso, v. invece P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1127.

Naturalmente, tale attribuzione di giurisdizione può non avvenire neutralmente, ma piuttosto in vista della realizzazione di determinati interessi rilevanti per lo spazio giudiziario europeo.

**34.** Il riferimento al diniego di giustizia rende inevitabile ritenere che gli interessi presidiati dal *forum necessitatis* debbano avere la consistenza di diritti fondamentali, sostanziali o processuali, che si asseriscano negati, in astratto o nel caso concreto, dall'ordinamento dello Stato terzo. Non sarà dunque sufficiente che l'attore allegghi che la proposizione del giudizio nello Stato terzo non potrebbe che condurre a un rigetto delle sue pretese, ma occorrerà anche che tale rigetto ammonti a una violazione di un suo diritto fondamentale<sup>57</sup>.

Il giudice dello Stato membro adito dovrà dunque verificare, ai fini dell'accertamento del titolo di giurisdizione, la sussistenza in concreto di una siffatta violazione o il rischio che essa si produca alla luce delle norme processuali vigenti o della legge applicabile nello Stato terzo.

**35.** Da questo punto di vista non pare che faccia particolare differenza la circostanza che sia in gioco un diritto procedurale o sostanziale. Non risulta in proposito felice la formulazione contenuta nell'art. 26 della proposta di revisione del regolamento CE n. 44/2001, in quanto essa sembra condizionare ogni possibilità di ricorso al foro di necessità all'esistenza di una violazione del diritto di accesso alla giustizia o dei principi fondamentali dell'equo processo<sup>58</sup>. L'anacronistico riferimento contenuto nella proposta ai rapporti con Stati terzi dall'«ordinamento giuridico non ancora ben sviluppato» è peraltro suscettibile di comprendere anche ipotesi di violazione di diritti fondamentali di carattere sostanziale.

Per fondare la giurisdizione sul *forum necessitatis* l'attore potrà dunque allegare, alternativamente, l'ineidoneità, sul piano procedurale, dell'ordinamento dello Stato terzo a garantire un accesso effettivo alla giustizia e il rispetto dei principi fondamentali dell'equo processo, ma anche l'adeguatezza della legge applicabile in tale Stato rispetto alla realizzazione dei diritti fondamentali dell'attore.

**36.** In entrambi i casi, l'esito negativo della verifica aprirà le porte all'utilizzo del *forum necessitatis*, ma solo nel secondo caso ciò dipenderà dalla meritevolezza dell'interesse materiale cui l'attore aspira (senza che ciò implichi tuttavia un esame della fondatezza della pretesa), mentre nel primo sarà fatto valere l'interesse strumentale allo svolgimento del processo secondo i principi fondamentali che caratterizzano lo spazio giudiziario europeo.

Ciò determina un'altra differenza di portata generale tra il trasferimento a un giudice più adatto a trattare il caso secondo l'art. 15 del regolamento CE n. 2201/2003 e il foro di necessità<sup>59</sup>: infatti, il primo può essere operato per consentire al giudice che si trovi meglio collocato, alla luce dell'interesse superiore del minore, di esaminare la controversia. Ma ciò deriverà normalmente non dall'esigenza di prevenire o rimediare ad una violazione di un diritto fondamentale, quanto da considerazioni di opportunità rispetto alla situazione del minore<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Così, laddove il giudizio abbia ad oggetto un credito che la legge dello Stato terzo, in ipotesi applicabile, consideri prescritto per il decorso di un termine ragionevole; la proposizione dell'azione condurrà sempre al rigetto della pretesa, ma non sarebbe equo consentire ad uno Stato membro di decidere la controversia per il fatto che la sua legge nazionale prevede un termine di prescrizione più lungo. Vale insomma quanto comunemente si afferma per il limite dell'ordine pubblico, e precisamente che non è sufficiente una differenza di disciplina tra i due ordinamenti per ricorrere al foro di necessità, ma occorre che l'ordinamento dello Stato terzo violi un principio considerato fondamentale nello spazio giudiziario europeo.

<sup>58</sup> Così deve infatti intendersi il riferimento al «diritto a un giudice imparziale» contenuto nella proposta, alla luce di un confronto con le altre versioni linguistiche: il testo inglese reca «the right to a fair trial» e quello francese «le droit à un procès équitable».

<sup>59</sup> Naturalmente, esistono anche evidenti differenze procedurali tra l'istituto del trasferimento ad un giudice più adatto a trattare il caso e il foro di necessità, poiché il primo presuppone l'avvenuto radicamento della causa presso il giudice di uno Stato membro e la decisione di quest'ultimo di trasferirla ad altro giudice; mentre il *forum necessitatis* opera come ogni altro titolo di giurisdizione, nel senso di conferire all'attore la facoltà di promuovere la causa dinanzi a un determinato giudice, cui consegue l'obbligo di quest'ultimo di decidere la causa stessa, restando salva soltanto la necessità di accertamento del titolo di giurisdizione (sulla quale v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, 2006, p. 242 ss.).

<sup>60</sup> Non sembra in proposito da condividere l'orientamento secondo cui il principio del *forum non conveniens* e il *forum necessitatis* risponderebbero alle medesime esigenze, come ritiene G. ROSSOLILLO, «*Forum necessitatis* e flessibilità», cit., p. 412, almeno ponendo mente alle applicazioni pratiche del *forum non conveniens* nell'ordinamento dell'Unione europea.

37. Potrebbe piuttosto realizzarsi una coincidenza nei valori protetti rispetto all'eccezione di ordine pubblico come causa di non riconoscimento delle decisioni straniere, nonostante la sua diversa funzione di rifiutare l'ingresso nell'ordinamento di sentenze di Stati terzi (ma anche di Stati membri) che producono l'effetto, tra l'altro, di violare i diritti fondamentali, procedurali e sostanziali, garantiti nell'ordinamento dello Stato richiesto.

Infatti, anche il *forum necessitatis* può in definitiva realizzare un'analogia finalità, ossia quella di evitare che un principio considerato fondamentale nello spazio giudiziario europeo<sup>61</sup> possa essere pregiudicato nel caso concreto, peraltro con la specificazione che in questo caso tale principio dovrà essere posto non anche a salvaguardia di valori pubblicistici (come potrebbe invece avvenire ove venisse in considerazione l'ordine pubblico), ma solo a tutela di diritti fondamentali dell'attore.

#### 4. (segue) Il diniego di giustizia nella proposta di revisione del regolamento CE n. 44/2001

38. Il requisito del rischio di diniego di giustizia potrebbe peraltro assumere un assetto parzialmente diverso nell'ambito del regolamento CE n. 44/2001, almeno alla luce della proposta della Commissione. Infatti, l'art. 26 di quest'ultima individua in proposito due distinte condizioni, tra loro alternative: l'una sostanzialmente corrispondente nella formulazione al contenuto dell'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009; l'altra di carattere autonomo.

39. Per quanto riguarda la prima condizione, nonostante l'analogia testuale, occorre tuttavia riconoscere che l'applicazione della norma sul *forum necessitatis* non sembra destinata comunque ad avvenire nello stesso modo.

Il regolamento CE n. 4/2009 appare invero fortemente ispirato a considerazioni di tutela per l'attore-creditore di alimenti e ciò non potrà non incidere anche sull'interpretazione del suo art. 7. Nel caso del regolamento CE n. 44/2001, più raramente l'attore viene ad assumere una posizione qualificata da una specifica necessità di protezione ed è dunque verosimile che, anche alla luce della indispensabile ponderazione con i diritti della difesa, il ricorso all'istituto in questione sia valutato più cautamente.

Ciò potrebbe anche spiegare la scelta di inserire nel testo un esplicito riferimento al diritto all'equo processo e alla garanzia dell'accesso alla giustizia.

40. Ma di particolare interesse appare la seconda condizione, che si riferisce all'ipotesi in cui esista già una decisione resa in uno Stato terzo, ma essa non possa essere riconosciuta o eseguita nello Stato membro del giudice adito e, ciò nondimeno, il riconoscimento e l'esecuzione siano necessari per soddisfare i diritti dell'attore<sup>62</sup>.

Peraltro, non è del tutto chiaro perché questa condizione sia stata inserita soltanto nel regolamento CE n. 44/2001, ben potendo la situazione ivi prefigurata rilevare anche nel campo di applicazione di altri strumenti in corso di adozione (ad esempio, in materia di regimi patrimoniali tra coniugi).

41. Va anzitutto rilevato che un analogo problema potrebbe sorgere, nonostante l'abolizione dell'*exequatur*, anche nei rapporti tra Stati membri. Infatti, in presenza di una decisione di uno Stato membro che non presenti le condizioni per il riconoscimento e l'esecuzione, è stato da tempo prospettata la possibilità, almeno ove manchi un altro Stato membro munito di giurisdizione in base alle norme uniformi, di attribuire la giurisdizione allo Stato richiesto sulla base di fori esorbitanti previsti dalla legge nazionale<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> È peraltro da notare che nessuna delle disposizioni considerate nel presente scritto contiene – a differenza, ad esempio, dell'art. 34, n. 1, del regolamento CE n. 44/2001 – uno specifico riferimento al punto di vista dell'ordinamento del foro rispetto alla caratterizzazione di un certo principio o diritto come fondamentale: diversamente, v. P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1124 ss.

<sup>62</sup> Il riferimento al «convenuto» nella versione italiana della proposta appare un evidente refuso, come dimostrano le altre versioni linguistiche.

<sup>63</sup> Su questi problemi rispetto alla Convenzione di Bruxelles, v. G. DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Paris, 1972, p. 282 s.; G. GAJA, « Sui rapporti fra la Convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdizione e il riconoscimento di sentenze straniere », in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 253 ss., in specie p. 258.

Sarebbe stato dunque preferibile dare espressa soluzione a questo problema, che, anche a seguito della revisione del regolamento CE n. 44/2001, è destinato egualmente a porsi, almeno laddove la decisione straniera non sia rispettosa dei principi fondamentali dell'equo processo, con conseguente impossibilità di riconoscimento ed esecuzione negli altri Stati membri, secondo quanto previsto dall'art. 46 della proposta<sup>64</sup>.

42. La proposta di revisione affronta la questione soltanto quando la decisione di cui si tratta provenga invece da uno Stato terzo: in tal caso, a determinare le cause di non riconoscimento o esecuzione sovverranno naturalmente le norme comuni, non ancora armonizzate. La frammentazione delle norme comuni sul riconoscimento e l'esecuzione potrà naturalmente dar luogo a una divergenza di valutazioni tra gli Stati membri in ordine alla riconoscibilità o eseguibilità della sentenza.

Non sembra peraltro necessario che siano stati concretamente richiesti e negati il riconoscimento o l'esecuzione, ben potendo l'attore rivolgersi ai giudici di uno Stato membro sulla base del *forum necessitatis* anche quando il rifiuto di riconoscimento o esecuzione sia soltanto prevedibile<sup>65</sup>.

43. Il soggetto legittimato ad avvalersi in questa ipotesi del *forum necessitatis* è la parte che abbia proposto una domanda nello Stato terzo e ne abbia visto l'accoglimento; mentre la norma non è applicabile ad istanza della parte che abbia resistito alla pretesa nel giudizio svoltosi nello Stato terzo. La proposta richiede, infatti, che il ricorso al titolo di giurisdizione eccezionale risponda a una necessità di «soddisfacimento effettivo dei diritti dell'attore», i quali corrano il rischio di essere pregiudicati dal mancato riconoscimento o esecuzione della sentenza resa nello Stato terzo, ad esempio laddove non esista alcun altro Stato (evidentemente, non membro dell'Unione europea) che possa esercitare la giurisdizione.

Si tratta peraltro di una previsione le cui condizioni di applicazione appaiono molto ampie e suscettibili di lasciare al giudice dello Stato richiesto un'ampia discrezionalità valutativa; in tal senso, sarebbe forse preferibile, anche alla luce dell'ampia garanzia di prevedibilità del titolo su cui il regolamento CE n. 44/2001 si fonda, circoscrivere la norma in maniera più precisa.

## 5. Il collegamento sufficiente

44. Come si è anticipato, tanto l'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009 quanto le proposte in discussione richiedono, quale ulteriore presupposto per il ricorso al *forum necessitatis*, che la controversia presenti un «collegamento sufficiente» con lo Stato membro del giudice adito. Peraltro, nel contesto di una valutazione ampiamente discrezionale, tale nozione non viene delineato nel dettaglio dalle disposizioni in oggetto, lasciando dunque intendere che qualunque fattore di collegamento, purché sufficientemente significativo, potrebbe essere rilevante in proposito.

45. Ad avviso di chi scrive, la funzione di tale requisito è palesemente diversa rispetto agli altri requisiti occorrenti per il ricorso al *forum necessitatis*. Infatti, il pericolo del diniego di giustizia appare indispensabile per giustificare la necessità che uno Stato membro dell'Unione europea decida una controversia a preferenza di uno Stato terzo, il cui ordinamento non sia in grado di assicurare tutela ai diritti fondamentali; ma tale elemento non consentirebbe di individuare quale tra gli Stati membri sia concretamente munito di giurisdizione.

In sostanza, quando l'attore corra il rischio di subire un diniego di giustizia in violazione dei suoi diritti fondamentali, *qualunque* Stato membro è astrattamente preferibile allo Stato terzo, o agli Stati terzi, cui spetterebbe in via ordinaria la giurisdizione.

<sup>64</sup> Sui problemi connessi all'*exequatur* v. O. FERACI, «L'abolizione dell'*exequatur* nella proposta di revisione del regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione della decisione?», in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 832 ss.

<sup>65</sup> In tale ipotesi il giudice adito sulla base del foro di necessità dovrebbe scrutinare, almeno *incidenter tantum*, la riconoscibilità o l'eseguibilità della decisione emessa nello Stato terzo.

46. In tale contesto, il richiamo all'esistenza di un «collegamento sufficiente» appare necessario per consentire la ripartizione della giurisdizione basata sul foro di necessità *tra gli Stati membri*: pertanto, solo quello o quelli tra gli Stati membri, con il cui ordinamento la controversia presenti un qualche nesso, potranno aspirare ad esercitare la loro *potestas iudicandi* per ragioni di necessità.

47. Se questa indicazione vale ad escludere che il titolo di giurisdizione possa essere utilizzato davanti ai giudici di uno Stato membro cui la controversia è completamente estranea, essa non offre tuttavia alcun elemento per individuare, in presenza di una controversia collegata con più Stati membri<sup>66</sup>, quale tra questi deve essere prescelto<sup>67</sup>.

Infatti, viene richiesta soltanto la sussistenza di un collegamento *sufficiente*, ossia di un nesso di qualunque genere con l'ordinamento del foro, ritenuto di intensità tale da indurre il giudice adito ad esaminare il caso.

Sotto tale profilo, l'accertamento della sufficienza del collegamento potrebbe dipendere anche dalla circostanza che la controversia sia o meno collegata anche con altri Stati membri, in un'ottica di coordinamento delle rispettive giurisdizioni. Ma non può escludersi che i giudici di più Stati membri ritengano la controversia sufficientemente collegata coi loro rispettivi ordinamenti e che si realizzi una concorrenza tra fori, da risolvere secondo le regole sul coordinamento delle azioni civili nello spazio<sup>68</sup>.

48. In ogni caso, tale elemento renderà possibile una qualche forma di frammentazione, ponendo le valutazioni dei giudici nazionali divergere in ordine alla sussistenza, nei singoli casi, di un collegamento sufficiente. Tuttavia, quest'ultima nozione è certamente destinata ad essere soggetta all'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia, che ben potrà definire parametri tendenzialmente uniformi, mentre non sembra che essa possa dipendere da una valutazione di meritevolezza della tutela richiesta secondo il punto di vista dell'ordinamento del foro<sup>69</sup>.

D'altra parte, ove si dovesse pervenire all'opposta interpretazione, sussisterebbe, per effetto della definizione unilaterale dei nessi rilevanti da parte degli Stati membri, un evidente pericolo di riproposizione, sotto il mantello del *forum necessitatis*, dei fori esorbitanti nazionali, che è proprio quanto le istituzioni dell'Unione europea mostrano di voler evitare<sup>70</sup>.

## VI. Spunti conclusivi in tema di applicazione pratica del *forum necessitatis*

49. Come si è visto, se si esclude il regolamento CE n. 44/2001, rispetto al quale la proposta di revisione della Commissione suggerisce una formulazione testuale significativamente diversa, le altre proposte di regolamento sono caratterizzate da un forte grado di uniformità in quanto modellate sull'art. 7 del regolamento CE n. 4/2009. Da questo punto di vista la struttura del *forum necessitatis* appare fortemente polarizzata intorno al concetto di diniego di giustizia, quale possibile conseguenza della violazione di diritti umani considerati fondamentali nello spazio giudiziario europeo.

<sup>66</sup> Si tratta naturalmente di un'ipotesi destinata a presentarsi di rado, poiché la controversia dovrà presentare uno «stretto collegamento» con lo Stato terzo, e dunque la maggior parte degli elementi costitutivi dovranno localizzarsi nell'ordinamento di quest'ultimo; ma non necessariamente impossibile a verificarsi (se «collegamento sufficiente» è la cittadinanza di una delle parti, come afferma il sedicesimo considerando del regolamento CE n. 4/2009, ben potrebbe accadere che le parti abbiano entrambi la nazionalità di Stati membri diversi).

<sup>67</sup> In questo senso, è certamente corretta l'affermazione che il criterio del «collegamento sufficiente» non ha una funzione localizzatrice in senso tradizionale, per la quale v. P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1124 s. Ciò non significa peraltro che esso non adempia, comunque, come detto, a una funzione di ripartizione della giurisdizione tra gli Stati membri.

<sup>68</sup> Come già segnalato

<sup>69</sup> *Contra*, P. FRANZINA, «Sul *forum necessitatis* nello spazio giudiziario europeo», cit., p. 1125 s., che ammette peraltro la possibilità che tale apprezzamento venga orientato da principi e valori comuni allo spazio giudiziario europeo.

<sup>70</sup> In tema, v. anche A. BONOMI, «Sull'opportunità e le possibili modalità di una regolamentazione comunitaria della competenza giurisdizionale applicabile *erga omnes*», in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 313 ss.

In considerazione di questo elemento, pare che si possano superare le preoccupazioni che potrebbero sorgere rispetto alle ricadute di tale titolo di giurisdizione, legato da un vincolo assai tenue al territorio degli Stati membri, sui principi di prevedibilità e di prossimità.

**50.** Naturalmente, ciò non esclude che il giudice investito di una controversia sulla base del *forum necessitatis* conservi una particolare discrezionalità per quanto concerne l'accertamento della sussistenza del diniego di giustizia, dal quale discende un rilevante grado di flessibilità<sup>71</sup> del titolo. In quanto l'esistenza del diniego di giustizia presuppone anche una valutazione in concreto della situazione esistente nello Stato terzo e dedotta in giudizio dall'attore, i margini per un intervento chiarificatore della Corte di giustizia appaiono qui più ristretti.

Sarebbe peraltro auspicabile che i giudici degli Stati membri si orientassero nell'applicazione delle regole sul *forum necessitatis*, tenendo conto anche dei diversi principi ispiratori sottesi ai vari strumenti in cui tale istituto è destinato ad essere introdotto. In tal senso, la scelta di adottare una formulazione tendenzialmente generale della regola sul foro della necessità –ma con la significativa eccezione della proposta di revisione del regolamento CE n. 44/2001, la cui redazione presenta peraltro molte incongruenze– appare condivisibile nella prospettiva di un consolidamento del diritto processuale civile internazionale dell'Unione europea, come prefigurato dal Programma di Stoccolma.

Ciò non dovrebbe comunque escludere, almeno fin quando perdurerà l'attuale stato di frammentazione tra i vari strumenti, la possibilità di dare una applicazione parzialmente differenziata in vista del raggiungimento degli specifici obiettivi che ciascuno dei regolamenti *ex art. 81 TFUE* si prefigge e rispetto ai quali può essere di volta in volta più o meno enfatizzato il rischio di diniego di giustizia in conseguenza della violazione di differenti diritti fondamentali.

---

<sup>71</sup> Ma tale carattere è anche ritenuto auspicabile dalla dottrina: v., tra gli altri, F. POCAR, «Révision de Bruxelles I et ordre juridique international: quelle approches uniforme?», cit., p. 597 s.

# LA GARANTÍA DEL ESTADO\*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora titular interina de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 14.12.2011 / Aceptado: 21.12.2011

**Resumen:** El presente trabajo examina la *garantía del Estado*, un mecanismo alternativo al seguro privado de obras de arte.

En virtud de la *garantía del Estado*, cuando las instituciones reciben en préstamo obras de arte cubiertas por aquélla, es la Administración la que se encarga de indemnizar al propietario de la obra en caso de siniestro.

Al existir numerosas diferencias entre los sistemas de *garantía del Estado*, este estudio se centra en el examen de este sistema en España y en el Reino Unido.

**Palabras clave:** garantía del Estado, préstamo, seguro, bienes culturales.

**Abstract:** This study deals with the Government Indemnity Scheme, an alternative to commercial insurance.

In according with the *Government Indemnity Scheme*, when institutions borrow works of art covered by it, compensation will be paid to the lender by the Government in the event of loss or damage.

As there are many differences between indemnity schemes, this study analyses the Spanish and British scheme.

**Key words:** Government Indemnity Scheme, loan, commercial insurance, cultural property.

**Sumario:** I. Introducción. II. Mecanismos de protección de las obras de arte durante su préstamo. III. La *garantía del Estado*. 1. Concepto. 2. Obras de arte cedidas temporalmente para su exhibición pública. 3. Instituciones prestatarias. 4. Formalización del acuerdo. 5. Cobertura e indemnización. A) Régimen general. B) Exclusiones. 6. Derecho de repetición. IV. Valoración.

## I. Introducción

1. El presente artículo tiene por objeto examinar la *garantía del Estado* como mecanismo que facilita la movilidad internacional de los bienes culturales.

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2010-18064, titulado «El nuevo orden de la cooperación internacional para la preservación de la diversidad cultural a la luz del Convenio de la Unesco de 2005. Referencia particular a España». La Dra. CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ elaboró parte de este trabajo durante una estancia de investigación en el *Centre for Commercial Law Studies (CCLS), Queen Mary, University of London*. Por ello, desea dar las gracias a la Profa. Dra. ROSA LASTRA y a todo el CCLS por su hospitalidad. La autora desea dar las gracias por su ayuda al Dr. CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA. También desea la autora transmitir su agradecimiento al *Information Department, the National Gallery*.

2. Tal como señala la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecha en París el 20 de octubre de 2005*, la diversidad cultural constituye un patrimonio común de la humanidad (en adelante, Convención de la UNESCO de 2005)<sup>1</sup>. Por ello, entre los principios rectores de la Convención, se contempla el *principio de acceso equitativo* a una gama rica y diversificada de expresiones culturales procedentes de todas las partes del mundo, así como el acceso de las culturas a los medios de expresión y difusión como elementos importantes para valorizar la diversidad cultural y propiciar el entendimiento mutuo (art. 2.7 Convención de la UNESCO de 2005)<sup>2</sup>.

Así, entre las medidas para promover las expresiones culturales, se menciona que las Partes han de procurar que las personas y grupos tengan acceso a las diversas expresiones culturales procedentes de su territorio, así como a las de los demás países del mundo (art. 7.1.b) Convención de la UNESCO de 2005)<sup>3</sup>.

3. Una de las vías para lograr el mencionado acceso al patrimonio cultural de otros países es recurrir al préstamo internacional de obras de arte. Dentro del mismo cabe hacer una distinción entre préstamos de corta duración y préstamos de larga duración<sup>4</sup>. Cuando se escoge la modalidad de préstamo a largo plazo, los expertos apuntan que ello permite, entre otros objetivos, facilitar las exposiciones permanentes en los museos, favorecer la cooperación entre los mismos, sin olvidar que con ello puede verse favorecida la investigación científica<sup>5</sup>. Los préstamos de corta duración suelen ser en cambio utilizados para la celebración de exposiciones temporales<sup>6</sup>.

Como señala la doctrina, las exposiciones temporales son una de las vías más eficaces para difundir el patrimonio histórico, tal como se ha observado en la última década<sup>7</sup>. En esta línea, en el *Programa Cultura 2007-2013*, se plantea como uno de los objetivos el fomento de la circulación transnacional de bienes culturales<sup>8</sup>. Así, se ha apuntado que resulta preciso fomentar la movilidad de las colecciones, pues ello «es clave para que los ciudadanos europeos comprendan, disfruten y compartan un patrimonio histórico común»<sup>9</sup>.

4. Cuando una institución recibe en préstamo un bien cultural procedente de otro Estado, resulta imprescindible que la institución en cuestión esté en condiciones de garantizar la protección de aquél. Durante su préstamo, las obras de arte pueden verse dañadas o destruidas por incendios o humedad, pueden ser objeto de robo, pueden sufrir daños durante su transporte, ser objeto de secuestro, ser dañadas por los sujetos que acuden a su exposición, sufrir daños durante su manipulación, etc.<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Instrumento de ratificación de la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, hecha en París el 20 de octubre de 2005, BOE núm. 37, de 12 febrero 2007, p. 6069. Vid. Considerando primero del Preámbulo. Sobre la mencionada Convención, vid. B. BARREIRO CARRIL, *La diversidad cultural en el Derecho internacional: la Convención de la UNESCO*, Iustel, 2011, 365 p.

<sup>2</sup> Vid. B. BARREIRO CARRIL, *La diversidad cultural en el Derecho internacional: la Convención de la UNESCO*, Iustel, 2011, pp. 219-238 y pp. 239-255.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 219-238 y pp. 239-255.

<sup>4</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 17.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>7</sup> Vid., sobre la conferencia «Incrementando la movilidad de las colecciones», Manchester 27-28 noviembre 2005, M. DE PRADA LÓPEZ, «Incrementando la movilidad de las colecciones», *RdM. Revista de Museología*, 2008, p. 114.

<sup>8</sup> *Decisión N° 1855/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2006, por la que se establece el Programa Cultura (2007-2013)*, DOUE núm. L 372, de 27 diciembre 2006. Art. 3.2: «Los objetivos específicos del Programa serán los siguientes: a) promover la movilidad transnacional de los agentes culturales; b) fomentar la circulación transnacional de obras y productos artísticos y culturales; c) favorecer el diálogo intercultural». Vid. también *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 8.

<sup>9</sup> Vid., sobre la conferencia «Incrementando la movilidad de las colecciones», Manchester 27-28 noviembre 2005, M. DE PRADA LÓPEZ, «Incrementando la movilidad de las colecciones», *RdM. Revista de Museología*, 2008, p. 114.

<sup>10</sup> M. FONTAINE, «Rapport général: Oeuvres d'art et assurance», en M. BRIAT (coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, pp. 750-751; I. BENNASAR CABRERA, «El seguro de la obra de arte», *En-Mus-A. Revista de museos de Andalucía*, num. 11, 2009, p. 87.

5. En caso de que la obra de arte vaya a ser trasladada con motivo de una exposición, para garantizar la protección de la obra de arte suele emplearse una modalidad de contrato de seguro en cuya cobertura se incluye el transporte desde su ubicación habitual al lugar de la exposición, el tiempo que la obra se encuentra en el lugar de la exposición y el transporte para que la obra regrese desde la exposición hasta su ubicación original<sup>11</sup>. Suele tratarse de un seguro a todo riesgo, el denominado «clavo a clavo»<sup>12</sup>. Al respecto, se ha señalado que la cobertura «a todo riesgo» en los seguros de obras de arte constituye una «verdadera necesidad»<sup>13</sup>.

6. En este tipo de contrato de seguro –el que se suscribe con motivo del préstamo para una exposición–, es habitual que el tomador del mismo sea la institución que organiza la exposición<sup>14</sup>. Para la determinación de la prima del seguro que dicho tomador ha de satisfacer, ha de ser valorada la obra en sí, así como el «riesgo implícito»<sup>15</sup>. En este sentido, cobra relevancia la información que es proporcionada al asegurador por la organización de la exposición, como por ejemplo los traslados de los que va a ser objeto la obra de arte, las empresas que van a realizar aquéllos, las medidas de seguridad, etc.<sup>16</sup>.

Además, puede resultar muy relevante el papel del asegurador en lo que respecta a las medidas de prevención<sup>17</sup>. El asegurador, con base en su experiencia, suele indicar al asegurado las medidas de prevención que debe tomar, ya sea como condición para la cobertura o bien para obtener unas condiciones más favorables<sup>18</sup>. La mencionada experiencia del asegurador también influye una vez que el siniestro se ha producido, ya que el asegurador, en caso de daños en la obra de arte, puede proporcionar información a los asegurados sobre medidas a tomar para disminuirlos<sup>19</sup>.

## II. Mecanismos de protección de las obras de arte durante su préstamo

7. Parte de la doctrina señala que el préstamo de obras de arte puede verse dificultado, entre otros factores, por los elevados precios de las primas y los costes que puede generar un transporte seguro de las obras<sup>20</sup>. Así, muchos de los propietarios pueden negarse a prestar sus obras de arte si no cuentan con una confirmación escrita de que la obra se encuentra adecuadamente asegurada<sup>21</sup>. Por ello, si bien el hecho de que los bienes culturales sean trasladados a otros países beneficia el intercambio cultural, ello conlleva importantes riesgos y costes para los mismos<sup>22</sup>.

<sup>11</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Definicion.html>. Vid. U. GUGERLI, «L'assurance d'objets d'art: l'expérience d'une compagnie d'assurances», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 772.

<sup>12</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Definicion.html>. M. FONTAINE, «Rapport général: Oeuvres d'art et assurance», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, pp. 757-758; U. GUGERLI, «L'assurance d'objets d'art: l'expérience d'une compagnie d'assurances», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 772.

<sup>13</sup> U. GUGERLI, «L'assurance d'objets d'art: l'expérience d'une compagnie d'assurances», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 772.

<sup>14</sup> I. BENNASAR CABRERA, «El seguro de la obra de arte», *En-Mus-A. Revista de museos de Andalucía*, num. 11, 2009, p. 88.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 87.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 87; M. FONTAINE, «Rapport général: Oeuvres d'art et assurance», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, pp. 758-759.

<sup>17</sup> M. FONTAINE, «Rapport général: Oeuvres d'art et assurance», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 760.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 760.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 760.

<sup>20</sup> H. K. WEIHE, «Licit International Traffic in Cultural Objects for Art's Sake», *IJCP*, vol. 4, 1995, p. 88.

<sup>21</sup> R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 8.

<sup>22</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 62. Al respecto, se apunta que los gastos que genera asegurar las obras de arte pueden suponer, en términos generales, el 20% del coste total de una exposición, si bien se han dado casos en que supone un tercio del presupuesto o incluso más (vid. B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 63).

Al respecto, hay sectores de la doctrina que señalan que las primas de los seguros de obras de arte ocupan gran parte del presupuesto del que una institución dispone para la exposición, si bien puntualizan que no suele ser habitual que se reciba indemnización alguna al no producirse daños casi nunca<sup>23</sup>.

8. En la Unión Europea se ha observado que las colecciones de diversos museos no se encuentran aseguradas al tratarse de bienes culturales que son propiedad del Estado<sup>24</sup>. Ello se debe a que tales Estados no aseguran los bienes culturales de su propiedad<sup>25</sup>. Al respecto, se ha apuntado que la justificación reside en que, en general, el Estado dispondrá de recursos para hacer frente a los gastos que pudieran derivarse de un determinado siniestro<sup>26</sup>. En esta línea, se considera que el pago de las primas de un seguro es innecesario, si bien se admiten excepciones<sup>27</sup>.

Por ejemplo, cabría acudir al mecanismo del seguro privado si en el caso concreto pudiera resultar más ventajoso económicamente que asumir el riesgo el Estado<sup>28</sup>. Por otro lado, no debe olvidarse que, si bien, con carácter general, el Estado podrá hacer frente a los gastos generados por un determinado siniestro, las instituciones han de tratar de minimizar los riesgos, lo cual se traduce por ejemplo en la contratación de seguros privados de responsabilidad civil para los actos que puedan cometer los sujetos que trabajan en la institución o por cuenta de la misma<sup>29</sup>.

En general, los partidarios de que los Estados no aseguren los bienes que son de su propiedad destacan que el hecho de que el Estado no contrate un seguro privado para sus bienes culturales permite ahorrar costes tanto al Estado como a sus instituciones, sobre todo teniendo en cuenta que no son frecuentes los siniestros<sup>30</sup>.

Ahora bien, se entiende que las instituciones sólo deben requerir que el Estado haga frente a los gastos derivados de un determinado siniestro cuando la institución carece de recursos propios para asumirlos<sup>31</sup>. Como ha sido apuntado por la doctrina, deben tenerse entonces presentes dos aspectos<sup>32</sup>: a) disponiendo de recursos la institución, ésta no debe acudir al Estado, pero puede que el empleo de tales recursos de su propio presupuesto se traduzca en consecuencias negativas en otras esferas de actuación de la institución; b) el Estado no asume un compromiso como el que se obtendría con una aseguradora con la suscripción de un contrato, por lo que las reclamaciones pueden no ser admitidas por aquél.

9. Por otro lado, existen instituciones que, cuando su financiación proviene de un mismo presupuesto, acuerdan que no es precisa la contratación de un seguro para cubrir las obras que aquéllas se prestan internamente<sup>33</sup>. También cabe la posibilidad de emplear una vía similar para el caso de que las instituciones en cuestión no compartan el mismo presupuesto<sup>34</sup>. Así, algunos expertos se muestran

<sup>23</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 12; I. BENNASAR CABRERA, «El seguro de la obra de arte», *En-Mus-A. Revista de museos de Andalucía*, núm. 11, 2009, p. 87.

<sup>24</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 13.

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>26</sup> R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 10.

<sup>27</sup> Vid. R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 10.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 10; M. FONTAINE, «Rapport général: Oeuvres d'art et assurance», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 752.

<sup>30</sup> R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 10.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 10-11.

<sup>33</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 13 y 80; I. BENNASAR CABRERA, «El seguro de la obra de arte», *En-Mus-A. Revista de museos de Andalucía*, núm. 11, 2009, p. 89.

<sup>34</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 13 y 80. Sobre el acuerdo de no aseguramiento, vid. también B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 63; I. BENNASAR CABRERA, «El seguro de la obra de arte», *En-Mus-A. Revista de museos de Andalucía*, núm. 11, 2009, p. 89.

partidarios de esta última opción para el caso de los préstamos de obras de arte entre instituciones de diferentes Estados<sup>35</sup>.

Ambos mecanismos tienen en común que la institución que recibe la obra en préstamo no tiene que acudir a un tercero para que asegure la obra en cuestión<sup>36</sup>. Cabe precisar que será la institución prestamista la que haga frente a las consecuencias de un hipotético siniestro, dado que los mecanismos en cuestión le permiten no suscribir un contrato con una aseguradora, pero ello no significa que no tenga que asumir responsabilidad en caso de siniestro<sup>37</sup>. Es decir, dichos mecanismos no exoneran de responsabilidad<sup>38</sup>. Pero debe tomarse en consideración que la institución puede verse económicamente debilitada en caso de reclamaciones derivadas de estos siniestros<sup>39</sup>. Además, se ha apuntado por la doctrina que la intranquilidad que puede generar la falta de cobertura de un seguro puede tener consecuencias negativas en la toma de decisiones de la institución<sup>40</sup>.

Cuestión distinta es que la institución prestamista y la prestataria lleguen a acuerdos sobre la responsabilidad de ésta última, por lo que los expertos señalan que es necesario que las instituciones implicadas precisen en qué medida se encuentra limitada o excluida la responsabilidad<sup>41</sup>.

También cabe que los mencionados acuerdos entre instituciones no excluyan la obligación de asegurar, sino que la restrinjan<sup>42</sup>. Así, parte de los expertos proponen por ejemplo que el seguro se limite a la cobertura a los «momentos de mayor riesgo», entendiendo como tales el transporte y manipulación de las obras de arte<sup>43</sup>. No obstante, por ahora parte de los expertos consideran que los mencionados acuerdos están todavía lejos de ser una solución de alcance global<sup>44</sup>.

**10.** Existe también la posibilidad de recurrir a otro mecanismo –en cuyo estudio nos centraremos–, que es el denominado sistema de *garantía del Estado*, consistente en que, en caso de que la obra de arte que ha sido objeto de préstamo se vea afectada por un siniestro, el Estado se compromete a indemnizar directamente al prestamista<sup>45</sup>. Parte de los expertos sostienen que la *garantía del Estado* es la vía más significativa para ahorrar costes del seguro<sup>46</sup>.

Las características del sistema de *garantía del Estado* pueden variar de un Estado a otro<sup>47</sup>. Así, centraremos nuestro estudio en la comparación de la regulación de este mecanismo en España y en el Reino Unido.

### III. La garantía del Estado

#### 1. Concepto

**11.** En España, la *garantía del Estado para obras de interés cultural* se encuentra prevista en la Disposición Adicional novena de la *Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español* (en

<sup>35</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 30 y 80.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 80; R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 14.

<sup>38</sup> I. BENNASAR CABRERA, «El seguro de la obra de arte», *En-Mus-A. Revista de museos de Andalucía*, num. 11, 2009, p. 89.

<sup>39</sup> R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 14.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 14: «The absence of «peace of mind» normally engendered through the existence of an insurance policy could have a negative influence on decision-making within the institutions».

<sup>41</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 14.

<sup>42</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 63.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 63 (en nota a pie núm. 3).

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>45</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 14.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 14; R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 13.

adelante, LPHE), que dispone que «1. El Estado podrá comprometerse a indemnizar por la destrucción, pérdida, sustracción o daño de aquellas obras de relevante interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico que se cedan temporalmente para su exhibición pública a museos, bibliotecas o archivos de titularidad estatal...»<sup>48</sup>. El desarrollo de la misma está regulado en el RD 1680/1991, de 15 noviembre<sup>49</sup>.

**12.** El concepto actual de *garantía del Estado* en el Derecho español procede de la *Ley 42/1994, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*<sup>50</sup>. Con anterioridad, el tenor literal de la de la norma que introdujo por primera vez en España el concepto de *garantía del Estado* —la *Ley 37/1988 de Presupuestos Generales del Estado para 1989*— disponía que «1. El Estado podrá comprometerse a indemnizar por la destrucción, pérdida, sustracción o daño de aquellas obras de relevante interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico, que se cedan, temporal o definitivamente, a Museos, Bibliotecas o Archivos para su contemplación pública»<sup>51</sup>.

Este concepto se reveló demasiado amplio, ya que permitía que se beneficiaran del mecanismo en cuestión también las instituciones privadas<sup>52</sup>. La doctrina apunta en la actualidad que, si bien con carácter general entiende excesiva la hipotética admisión del recurso a este mecanismo por parte de instituciones privadas, sí pueden merecer un tratamiento particular ciertas instituciones cuyo funcionamiento se sujeta al Derecho privado pero en cuya constitución existe patrimonio público<sup>53</sup>.

También tuvieron que pronunciarse en su momento los expertos con respecto al término «cesión definitiva» empleado en este primer concepto de *garantía del Estado* que se manejó en Derecho español, apuntando que debía entenderse como «cesión temporal a largo plazo o depósito»<sup>54</sup>.

**13.** Centrándonos ya en el concepto actual *garantía del Estado* en el Derecho español, podemos señalar que, para que el Estado español pueda comprometerse mediante el mecanismo de la *garantía del Estado*, es preciso que se den las siguientes condiciones, que se extraen del mencionado apartado 1 de la Disposición Adicional novena de la LPHE, y del art. 1 del RD 1680/1991: a) El compromiso de indemnización se refiere a los supuestos de destrucción, pérdida, sustracción o daño de las obras; b) las obras protegidas han de tener un relevante interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico; y c) las obras han de ser cedidas temporalmente a museos, bibliotecas o archivos para su exhibición pública.

**14.** En el Reino Unido, la *garantía del Estado* se denomina *Government Indemnity Scheme* (en adelante, GIS) y se contempla en la Sección (§) 16 de la *National Heritage Act 1980*<sup>55</sup>. Constituye uno de los sistemas más antiguos en la materia que nos ocupa<sup>56</sup>.

Puede ser concedido a las instituciones, organismos o sujetos a los que pertenece una obra de arte por la pérdida o daño por ésta sufrida mientras era objeto de préstamo a otra institución, organismo

<sup>48</sup> BOE núm. 155, de 29 junio 1985, pp. 20342 y ss.; rect. BOE núm. 296, de 11 diciembre 1985, pp. 39101 y ss.

<sup>49</sup> BOE núm. 285, de 28 noviembre 1991, p. 38643.

<sup>50</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 65.

<sup>51</sup> Disposición Adicional Primera de la *Ley 37/1988, de 28 diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989* (BOE núm. 312, de 29 diciembre 1988, p. 36445; rect. BOE núm. 185, de 4 agosto 1989, p. 25076). Como se precisa en la Disposición Adicional novena de la LPHE, y en el art. 1.2 RD 1680/1991, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado son las que determinan el límite máximo del importe acumulado de los compromisos otorgados en cada año por el Estado (vid. B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 66).

<sup>52</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 65.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 65 (en nota a pie núm. 6).

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 65, en nota a pie núm. 7.

<sup>55</sup> *National Heritage Act 1980*, modificada por la *Museums and Galleries Act 1992*, en *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, pp. 12-14.

<sup>56</sup> R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, 13.

o sujeto (§ 16.1 National Heritage Act 1980). La finalidad del GIS consiste en permitir el acceso público a obras de arte en el Reino Unido que de otra manera no sería posible, proporcionando a las instituciones que reciben la obra en préstamo una alternativa al mecanismo del seguro privado<sup>57</sup>. En concreto, la § 16.3 de la National Heritage Act 1980 señala que no será concedido el GIS si el préstamo de la obra de arte no va a facilitar el acceso público a la obra, o no va a contribuir a la comprensión o apreciación de la misma por parte del público.

Se observa así que los mecanismos de *garantía del Estado* se encuentran en la línea del ya mencionado *principio de acceso equitativo* que la Convención de la UNESCO de 2005 contempla en su art. 2.<sup>758</sup>.

## 2. Obras de arte cedidas temporalmente para su exhibición pública

15. A continuación vamos a examinar tres conceptos fundamentales: a) las obras de arte comprendidas en el ámbito de aplicación de la *garantía del Estado*; b) el concepto de cesión temporal; y c) el concepto de exhibición pública.

16. Según dispone la Disposición Adicional novena de la LPHE, el Estado español puede conceder la *garantía del Estado* a obras de relevante interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico<sup>59</sup>. Cabe señalar que resulta irrelevante la titularidad –pública o privada–, así como la procedencia -nacional o internacional- de las obras recibidas en préstamo<sup>60</sup>. Ahora bien, se trata de una garantía concedida por el Estado español para las obras de arte que se reciben en concepto de cesión para su exhibición pública, por lo que se encuentran excluidos de la *garantía del Estado* los bienes que pertenecen a la Administración<sup>61</sup>. Con respecto a sus propios bienes, la doctrina emplea el término «autoseguro» o «garantía pública implícita», para dar a entender que, como regla general, no se recurre el mecanismo del seguro, sino que la Administración asume los riesgos<sup>62</sup>. De esta manera, en caso de siniestro, la Administración hace frente al coste por el mismo generado<sup>63</sup>. También se encuentra excluida del mecanismo de la *garantía del Estado* la cobertura de las obras que se prestan entre sí las Administraciones en España<sup>64</sup>.

17. Sólo se encuentran incluidas en el ámbito de aplicación de la *garantía del Estado* las cesiones temporales, por lo que no se cubre la cesión definitiva<sup>65</sup>. Dichas cesiones temporales pueden revestir la modalidad de préstamo o de depósito<sup>66</sup>. Si la cesión supera el plazo de un año, puede estar cubierta por la *garantía del Estado*, si bien en tal caso, el Estado, de conformidad con el cedente, puede limitarse a garantizar un porcentaje del valor de las obras durante el tiempo de su exhibición en las instalaciones del cesionario o un porcentaje del valor global de las obras cedidas por un mismo cedente (Disposición Adicional primera RD 1680/1991)<sup>67</sup>.

<sup>57</sup> Vid. [http://www.mla.gov.uk/what/cultural/objects/government\\_indemnity](http://www.mla.gov.uk/what/cultural/objects/government_indemnity). A partir del 1 de octubre de 2011, el ARTS COUNCIL ENGLAND ha asumido las competencias que en esta materia correspondían al MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL. Por ello, en la actualidad la información sobre el GIS puede ser consultada en <http://www.artscouncil.org.uk/about-us/museums-and-libraries/cultural-property/protecting-cultural-objects/government-indemnity-scheme/>

<sup>58</sup> Vid. B. BARREIRO CARRIL, *La diversidad cultural en el Derecho internacional: la Convención de la UNESCO*, Iustel, 2011, pp. 219-238 y pp. 239-255.

<sup>59</sup> Señalan los expertos que la «relevancia» del interés en la práctica se supone (vid. B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 66).

<sup>60</sup> *Ibidem*, 67.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 67. Vid. § 8.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 67. Vid. § 8.

<sup>64</sup> Vid. § 9. No obstante, recomienda al respecto la doctrina en este supuesto contemplar la cobertura del transporte de las obras (vid. B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 67).

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 65 (en nota a pie núm. 6).

18. Como, literalmente, el precepto exige que la finalidad de la exposición sea la exhibición pública, cabe entender que, si tal finalidad no existe, no se consideran cubiertas las obras por la *garantía del Estado*<sup>68</sup>. Así, parte de los expertos no entienden incluidos en el ámbito de aplicación de la *garantía del Estado* las cesiones cuya finalidad es, por ejemplo, que se lleve a cabo una investigación o que se pretenda restaurar la obra en cuestión<sup>69</sup>.

19. En el Reino Unido, los bienes que pueden obtener la cobertura del GIS son los de carácter científico, tecnológico, artístico o histórico<sup>70</sup>. Como regla general, no se encuentran cubiertos por el GIS las obras cuyo valor sea de 300 libras o inferior, si bien existen matices cuando se trata de una colección compuesta por obras que individualmente no superan tal valor pero que hacen que la colección en su conjunto sea particularmente valiosa<sup>71</sup>.

20. El GIS cubre las cesiones temporales, estableciendo también matices cuando la cesión tiene una duración considerable. En concreto, se establece que los préstamos a largo plazo también pueden beneficiarse de la cobertura del GIS, si bien, en tal caso, se establece un periodo máximo de cobertura de 3 años<sup>72</sup>.

21. En el ámbito del GIS, se considera que se cumple el requisito del acceso público a dichos bienes cuando la obra es expuesta –sea en el ámbito de una exhibición temporal o en el de un préstamo a largo plazo–; cuando se permite el estudio de la misma; o cuando la institución que recibe la obra en préstamo permite que el público tenga acceso a los resultados y conclusiones de un estudio de la obra por aquélla realizado, de tal manera que el público se verá beneficiado al mejorar su comprensión o apreciación de la obra<sup>73</sup>. Consideramos que sería aconsejable admitir esta amplia interpretación del concepto de «exhibición pública», también en el ámbito de la *garantía del Estado* en Derecho español.

### 3. Instituciones prestatarias

22. El art. 1 RD 1680/1991 se refiere, como instituciones prestatarias, a «museos, bibliotecas o archivos». Junto a las entidades que habitualmente organizan exhibiciones públicas –los museos–, se incluyen también las bibliotecas y archivos en la medida en que lleven a cabo las mencionadas actividades<sup>74</sup>. Las instituciones mencionadas han de ser de titularidad estatal y competencia exclusiva del Ministerio de Cultura, según dispone el art. 1 RD 1680/1991. Como se entiende que sólo pueden solicitar la *garantía del Estado* las instituciones con respecto a las cuales la titularidad es estatal y la competencia exclusiva de su gestión corresponde al Ministerio de Cultura, no pueden solicitar la *garantía del Estado* ni las entidades de titularidad no estatal ni las instituciones cuya gestión corresponde a las Comunidades Autónomas<sup>75</sup>. Con respecto a éstas últimas, debe no obstante tenerse presente que pueden crearse sistemas de *garantías autonómicas*<sup>76</sup>. Por ello, el art. 2.2.f) RD 1680/1991 señala que la

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 66 y 67.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>70</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 2.

<sup>71</sup> *Ibidem*, pp. 51-52.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>74</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 68.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 68-69.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 68-69. Al respecto, cabe citar el caso de Cataluña, en que existe la *garantía de la Generalidad para obras de interés cultural relevante*. La Disposición Adicional cuarta de la *Ley 17/2007, de 21 de diciembre*, dispone que «1. La Generalidad puede comprometerse a indemnizar por la destrucción, la pérdida, la sustracción o el daño de obras de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico o técnico relevante que se cedan, temporalmente o definitivamente, a museos, bibliotecas o archivos de titularidad de la Generalidad, o con participación mayoritaria de la misma, para su exposición pública» (vid. *DO Generalitat de Catalunya*, 31 diciembre 2007, núm. 5038, p. 58235; rect. *DO Generalitat de Catalunya*, 14 febrero 2008, núm. 5070, p. 11818 (en castellano); *DO Generalitat de Catalunya*, 14 febrero

institución ha de hacer constar en la solicitud las garantías análogas a la estatal que, en su caso, hayan sido concedidas por otras Administraciones públicas.

**23.** El listado de las entidades que pueden solicitar la *garantía del Estado* estaría constituido por<sup>77</sup>:

- Museos, bibliotecas o archivos de titularidad estatal competencia del Ministerio de Cultura y sus Organismos Públicos adscritos (entre ellos, el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía).
- Salas de Exposición de Patrimonio Nacional.
- Sedes de la Fundación Thyssen-Bornemisza<sup>78</sup>.
- Exposiciones en instituciones dependientes de la Administración General del Estado organizadas por: la Sociedad Estatal para la Acción Cultural Exterior, la Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales<sup>79</sup>.

**24.** Parte de la doctrina considera que debería poder beneficiarse de la *garantía del Estado* cualquier institución estatal cuando organice una exposición en una dependencia del Estado siempre que cuente con las condiciones idóneas para la exposición de los bienes culturales y garantice las medidas de seguridad que sean precisas<sup>80</sup>. En este sentido, se ha planteado que la *garantía del Estado* podría extenderse a grandes exposiciones organizadas en el extranjero que -reuniendo óptimas condiciones de exhibición- revistan una excepcional importancia para la cultura del país, aun cuando se celebren por instituciones ajenas<sup>81</sup>.

**25.** Las instituciones, organismos o personas que pueden beneficiarse del mecanismo del GIS cuando reciben obras en préstamo de otras instituciones son (§ 16.2 National Heritage Act 1980)<sup>82</sup>:

- a) Museos, galerías o instituciones similares en el Reino Unido entre cuyos objetivos se encuentre la preservación, para el beneficio del público, de una colección de interés histórico, artístico o científico. Se precisa además que su financiación proceda, entre otros, del Parlamento, de autoridades locales o universidades del Reino Unido.

2008, núm. 5070, p. 11818 (en catalán); y *Decreto 75/2009, de 12 de mayo, DO Generalitat de Catalunya*, 15 mayo 2009, núm. 5380, p. 39668).

<sup>77</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Aplicacion.html> Debe tenerse presente que el RD 1680/1991 ha sido objeto de diversas modificaciones a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (vid. B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 68).

<sup>78</sup> Previsto en el art. 1.2 RD 1680/1991, que señala que «2. A los efectos de esta disposición, la Fundación Colección Thyssen Bornemisza tendrá la misma consideración que los museos señalados en el párrafo anterior».

<sup>79</sup> La doctrina apunta al respecto que el margen de actuación de las sociedades estatales excede el previsto para el Ministerio de Cultura (vid. B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 69).

<sup>80</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 70.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>82</sup> § 16.2 National Heritage Act 1980 «The institutions, bodies and persons which fall within this subsection are - (a) a museum, art gallery or other similar institution in the United Kingdom which has as its purpose or one of its purposes the preservation for the public benefit of a collection of historic, artistic or scientific interest and which is maintained - (i) wholly or mainly out of monies provided by Parliament or out of monies appropriated by Measure; or (ii) by a local authority or university in the United Kingdom; (b) a library which is maintained - (i) wholly or mainly out of monies provided by Parliament or out of monies appropriated by Measure; or (ii) by a library authority; or the main function of which is to serve the needs of teaching and research at a university in the United Kingdom; (c) the National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty; and (d) the National Trust for Scotland for Places of Historic Interest or Natural Beauty; and (e) any other body or person for the time being approved for the purposes of this section by the Secretary of State with the consent of the Treasury».

- b) Bibliotecas, fundamentalmente las mantenidas total o parcialmente, entre otros, con fondos asignados por el Parlamento, o bien aquellas dedicadas principalmente a servir a la docencia e investigación en una universidad en el Reino Unido<sup>83</sup>.
- c) El National Trust for Places of Historic Interest or Natural Beauty.
- d) El National Trust for Scotland for Places of Historic Interest or Natural Beauty.
- e) Cabe también autorizar la concesión del GIS a otros organismos o sujetos (§ 16.2.e) National Heritage Act 1980).

Como se puede observar, el GIS puede ser concedido tanto a instituciones financiadas total o parcialmente con fondos públicos proporcionados por el Parlamento (*national institutions*), como a las que no cumplen tal condición (*non-national institutions*), por ejemplo los museos o galerías locales<sup>84</sup>.

#### 4. Formalización del acuerdo

26. Para instrumentar la *garantía del Estado*, la institución organizadora de la exhibición pública formaliza un acuerdo entre el Estado español y el titular de las obras, de tal manera que la *garantía del Estado* es un compromiso entre estos dos últimos<sup>85</sup>. La institución que organiza la exhibición pública es quien lleva a cabo el trámite de la solicitud y quien se encarga de obtener la conformidad del cedente de las obras<sup>86</sup>.

27. También en el ámbito del GIS es la institución que recibe la obra en préstamo quien hará la solicitud, siendo el sujeto beneficiario de la misma el propietario de la obra que procede a prestarla<sup>87</sup>.

#### 5. Cobertura e indemnización

##### A) Régimen general

28. La *garantía del Estado* ha sido definida como «sistema de seguro público»<sup>88</sup>.

Por lo que respecta a la cobertura por la misma ofrecida, apuntan los expertos que, al igual que en el seguro «clavo a clavo», aquella comprende desde la cesión de la obra hasta su devolución al titular<sup>89</sup>. Así, cabe entender incluida en la cobertura tanto la estancia como el transporte de la obra<sup>90</sup>.

<sup>83</sup> Con respecto al concepto de «library authority» y de «university», en la § 16.6 National Heritage Act 1980 se precisa que: «In section (2) above «library authority» means a library authority within the meaning of the Public Libraries and Museums Act 1964, a statutory library authority within the meaning of the Public Libraries (Scotland) Act 1955 or an Education and Library Board within the meaning of the Education and Libraries (Northern Ireland) Order 1972 and «university» includes a university college and a college, school or hall of a university».

<sup>84</sup> Con respecto a *national institutions*, vid. *Government Indemnity Scheme. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 7; y para *non-national institutions*, vid. *Government Indemnity Scheme. Guidelines for Non-national Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 6; R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 12.

<sup>85</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Funcionamiento.html>; B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 70.

<sup>86</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 70.

<sup>87</sup> *Government Indemnity Scheme. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, pp. 3, 5 y 43. Con respecto a las autoridades competentes en el Reino Unido, vid. *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, pp. 7-9.

<sup>88</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Definicion.html>; B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 64.

<sup>89</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Definicion.html>; B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 64 y 70. Vid. § 5.

<sup>90</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 64.

**29.** En general, la doctrina señala que los riesgos principales que afectan a las obras de arte son<sup>91</sup>: a) la destrucción (por ejemplo, en caso de incendio); b) el robo en sus distintas modalidades; c) daños provocados, por ejemplo, en casos de vandalismo; d) factores climáticos; e) envejecimiento, desgaste, deterioro, desintegración, parásitos; e) daños provocados por una manipulación inadecuada, por ejemplo durante la restauración o limpieza de la obra.

**30.** En la Disposición Adicional novena de la LPHE, se contemplan, como ya hemos mencionado, los supuestos de «destrucción, pérdida, sustracción o daño». Para determinar la cuantía de las indemnizaciones que serán satisfechas en caso de siniestro, el RD 1680/1991 distingue según nos encontremos ante un caso de *pérdida*, *sustracción* o *destrucción*, o bien ante un *daño* de la obra (art. 6 RD 1680/1991). Para el primer caso, el cedente recibirá una cantidad igual al valor declarado en la solicitud y reconocido en la Orden de otorgamiento de la *garantía del Estado*. En el segundo caso, la indemnización se compone del coste de restauración y de una cantidad igual a la depreciación en el valor de mercado de la obra, después de la restauración. Ambos conceptos –coste de restauración y cantidad que cubre la depreciación– se determinan, en primer lugar, por acuerdo entre el cedente y el Ministerio de Cultura; y, en su defecto, por perito aceptado por ambas partes.

Para el caso de que la *garantía del Estado* haya cubierto un supuesto de pérdida o sustracción de la obra y ésta haya sido recuperada, se prevé que el cedente pueda conservar el derecho que tenía sobre la obra, para lo cual habrá de devolver al Estado la indemnización percibida (art. 9 RD 1680/1991).

**31.** Como regla general, el GIS también proporciona una cobertura «clavo a clavo». Así, cuando se indica que el GIS cubre el daño o pérdida de la obra durante el préstamo de la misma, se entiende que comprende también el periodo de su transporte desde su ubicación original y su transporte hasta ser devuelta (§ 16.7 National Heritage Act 1980). Así, puede cubrir el periodo de tiempo que sea preciso para que se proceda a devolver la obra al sujeto que la ha prestado, tanto si reside en el Reino Unido, como si la devolución ha de llevarse a cabo en un país extranjero<sup>92</sup>. Como regla general, no cubre en cambio el período de tiempo preciso para entregar la obra en otro país a sucesivos prestatarios extranjeros, por ejemplo en el caso de muestras itinerantes<sup>93</sup>.

**32.** Con respecto a las indemnizaciones que, en su caso, serán satisfechas, cabe distinguir también en el caso del GIS entre el supuesto de *pérdida* y el de *daño* de la obra. En el primer supuesto, el límite de la indemnización que podrá satisfacerse es la cantidad indicada en el Anexo que acompaña al certificado de concesión<sup>94</sup>. En el segundo, la indemnización comprenderá el coste razonable de la reparación y la cantidad correspondiente a la depreciación de la obra tras su restauración<sup>95</sup>. También en el segundo caso constituye el límite de la indemnización la cantidad indicada en el Anexo que acompaña al certificado de concesión<sup>96</sup>.

Para determinar el alcance de un siniestro, se indica que la institución u organismo prestatario complementará su propia pericia con al menos un experto independiente –si bien se recomienda el recurso a dos expertos independientes–<sup>97</sup>. En caso de desacuerdo entre la autoridad que concedió el GIS

<sup>91</sup> U. GUGERLI, «L'assurance d'objets d'art: l'expérience d'une compagnie d'assurances», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 771. Sobre el seguro contra el robo de obras de arte, vid., entre otras, SAP Madrid (Sección 20ª) de 17 enero 2005 (JUR\2005\110459); SAP Vizcaya (Sección 4ª) de 3 diciembre 2004 (JUR\2005\72339); sobre el seguro contra daños durante el transporte, vid., entre otras, SAP Madrid (Sección 14ª) de 11 octubre 2010 (JUR\2011\18058); SAP Madrid (Sección 20ª) de 17 enero 2005 (JUR\2005\110459); SAP Valladolid (Sección 1ª) de 17 octubre 2000 (JUR\2000\310579).

<sup>92</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 31.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 31. Con respecto a posibles excepciones, vid. *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 39.

<sup>94</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 57.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 57.

y el propietario de la obra, se contempla el recurso a un único arbitro, teniendo lugar el mencionado arbitraje en el Reino Unido<sup>98</sup>.

En caso de que, tras la pérdida de una obra de arte, ésta sea devuelta al propietario, se establece la obligación de éste de reintegrar la cantidad percibida en concepto de indemnización con carácter inmediato<sup>99</sup>.

## B) Exclusiones

**33.** El RD 1680/1991 determina en su art. 5 las exclusiones de la cobertura de la *garantía del Estado*. Así, se encuentra excluida la destrucción, pérdida, sustracción o daño debido a:

- a) Vicio propio o cualidad intrínseca de la obra.
- b) El transcurso del tiempo.
- c) La acción u omisión deliberada del cedente de la obra –incluidos sus empleados o agentes–.
- d) Las medidas que un tercero inste –como incautación o embargo, entre otras– y sean acordadas por la autoridad competente. Estas medidas podrían ser así acordadas en el marco de un litigio relativo a la propiedad de la obra<sup>100</sup>.
- e) La explosión nuclear.

Cabe destacar que, al no constar en el listado de exclusiones, la *garantía del Estado* incluye la cobertura de los daños producidos como consecuencia de actos terroristas<sup>101</sup>.

**34.** Cuando se produce un siniestro que afecta a una obra cubierta por la *garantía del Estado*, la institución cesionaria de la obra debe comunicar inmediatamente el suceso al Ministerio de Cultura<sup>102</sup>. Ello ha de realizarlo aportando información detallada del mismo, así como adoptar las medidas necesarias para aminorarlo en la medida de lo posible (art. 4 RD 1680/1991)<sup>103</sup>.

**35.** Para las obras integrantes de una misma exposición, el art. 6.2 RD 1680/1991 indica una serie de cantidades de las indemnizaciones que no se encuentran cubiertas por la *garantía del Estado*. Se trata de un «sistema combinado de seguro», en el que se observan dos elementos: a) se fija una cantidad inicial hasta un determinado límite (franquicia) cuya cobertura está excluida de la *garantía del Estado*, de tal manera que para la cobertura de aquélla precisa suscribir un contrato de seguro privado la institución que organiza la exhibición pública<sup>104</sup>; b) las cantidades superiores a la franquicia están cubiertas por la *garantía del Estado*<sup>105</sup>. La justificación de la exclusión de las mencionadas cantidades iniciales de la cobertura de la *garantía del Estado* reside en evitar el recurso a la misma cuando se trata de daños de escasa entidad, que son además los más habituales<sup>106</sup>.

<sup>98</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>100</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 71. Sobre reclamaciones de propiedad de bienes culturales robados, vid. CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007, § 431-525, y la bibliografía allí citada.

<sup>101</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Exclusiones.html>; B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 71.

<sup>102</sup> M. FONTAINE, «Rapport général: Oeuvres d'art et assurance», en M. BRIAT (coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 759.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 759.

<sup>104</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Funcionamiento.html>; B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 71.

<sup>105</sup> <http://www.mcu.es/patrimonio/CE/GarantiaEstado/Funcionamiento.html>; B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 71.

<sup>106</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 71.

En este sentido, se indica en el art. 2.2 RD 1680/1991 que la institución cesionaria ha de hacer constar en la solicitud de la cobertura los seguros que haya contratado o se proyecte contratar para cubrir las cantidades que resultan excluidas de su art. 6.2.

El importe máximo que puede ser satisfecho como indemnización es el valor de la obra declarado en la solicitud y reconocido en la Orden de otorgamiento (art. 6.1 *in fine*). La previsión del art. 6.1.2º RD 1680/1991, que establece como límite de la indemnización el valor de la obra declarado en la solicitud y reconocido en la Orden de otorgamiento, responde al objetivo de evitar un enriquecimiento injusto del titular de la obra<sup>107</sup>.

**36.** Del mismo modo, debe tenerse presente que el hecho de que el préstamo de una obra goce de cobertura del GIS no significa que, en caso de cualquier daño o pérdida, éstos sean cubiertos automáticamente por aquélla, dado que, tras la investigación pertinente, puede quedar acreditado que las causas de la misma no están incluidas en su ámbito de aplicación<sup>108</sup>. Así, los siguientes aspectos se encuentran excluidos de la cobertura del GIS:

- a) Pérdidas o daños derivados de los trabajos de restauración o conservación de la obra, llevados a cabo por la institución que recibe la obra en préstamo con el consentimiento del propietario<sup>109</sup>.
- b) Pérdidas o daños consecuencia de conflictos bélicos, si bien cabe, excepcionalmente, incluir tal cobertura<sup>110</sup>. No obstante, sí se encuentran cubiertos por la GIS por ejemplo los derivados de actos terroristas, disturbios, piratería o piratería aérea<sup>111</sup>.
- c) Pérdidas o daños consecuencia de actos negligentes o ilícitos del propietario, sus empleados o agentes<sup>112</sup>. Cabe la posibilidad de incluir la cobertura en caso de negligencia del propietario cuando se trata, fundamentalmente, de una institución u organismo que cuenta con una reconocida reputación y competencia<sup>113</sup>.
- d) Pérdidas o daños derivados del estado de la obra en el momento del préstamo, considerándose incluidos en el concepto de «estado» los vicios ocultos o defectos preexistentes<sup>114</sup>.
- e) Reclamaciones de terceros que reivindican sus derechos sobre la obra<sup>115</sup>.

**37.** En el caso del GIS, la institución u organismo prestatario ha de hacer frente a las reclamaciones –por lo tanto, sin poder hacer uso de aquél–, como regla general hasta un límite de 5.000 libras al año<sup>116</sup>. Esta medida responde también al doble objetivo de excluir el recurso al GIS en caso de reclamaciones de escasa entidad, así como de fomentar la implicación de la institución u organismo prestatario en el cuidado de las obras recibidas<sup>117</sup>.

## 6. Derecho de repetición

**38.** En caso de que se haya producido el siniestro y se haya abonado la indemnización correspondiente con base en la *garantía del Estado*, la Administración del Estado puede repetir contra el cesionario cuando el siniestro se haya producido porque éste ha incumplido la Orden de otorgamiento,

<sup>107</sup> *Ibidem*, pp. 71-72.

<sup>108</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 3.

<sup>109</sup> Sobre el concepto de restauración y conservación, vid. *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 20; M. FONTAINE, «Rapport général: Oeuvres d'art et assurance», en M. BRIAT(coord. ed.), *International Sales of Works of Art – La Vente Internationale d'Oeuvres d'Art*, Paris, Kluwer, 1990, p. 758.

<sup>110</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 23.

<sup>111</sup> *Ibidem*, p. 22.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>113</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>116</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, pp. 54 y 59.

<sup>117</sup> *Ibidem*, pp. 54 y 59.

por negligencia grave o dolo. Del mismo modo, puede ejercitar los derechos y acciones que cedente y cesionario tuvieran contra terceros responsables del siniestro –hasta el límite de la indemnización– (art. 8, letras a) y b) RD 1680/1991).

Se encuentra excluido el supuesto en que los terceros sean sujetos relacionados o encargados de la manipulación, transporte o instalación de la obra –excepto si el siniestro se debió a negligencia o dolo de aquéllos– (art. 8 *in fine* RD 1680/1991).

39. Por su parte, en el caso del GIS, el *Secretary of State* puede subrogarse para ejercitar las acciones que correspondan contra cualquier persona<sup>118</sup>.

#### IV. Valoración

40. Una vez examinadas las características básicas de la *garantía del Estado* en España y en el Reino Unido, procede realizar una valoración de este mecanismo.

41. Entre las ventajas que apuntan los expertos con respecto a los sistemas de *garantía del Estado*, cabe destacar: a) es más beneficioso económicamente para la institución que recibe la obra en préstamo; b) disminuye los riesgos porque asegura el más alto nivel de cuidado para las obras por el mismo cubiertas; c) fomenta el intercambio de bienes culturales<sup>119</sup>. Además, se ha apuntado como una de las principales ventajas que a la Administración le genera menos costes el pago de una hipotética indemnización al propietario de las obras en caso de siniestro, que el pago de las primas de un seguro<sup>120</sup>.

Además, como sólo pueden verse beneficiados por los sistemas de *garantía del Estado* las instituciones prestatarias cuyas medidas de seguridad son adecuadas, se ha apuntado que se *promueve y recompensa* la excelencia de las instituciones en tal aspecto<sup>121</sup>.

42. Ahora bien, como hemos apuntado con anterioridad, existen diferencias entre los sistemas de *garantía del Estado* de cada país<sup>122</sup>. Así, como apuntan los expertos, constituye uno de los obstáculos fundamentales para la aceptación por parte de los titulares de las obras de la *garantía del Estado* – con independencia del Estado en cuestión-, la falta de uniformidad en la regulación que existe a nivel internacional<sup>123</sup>. En este sentido, resulta fundamental que, por ejemplo, en el ámbito europeo, Estados e instituciones se comprometan a aceptar las *garantías del Estado* extranjeras<sup>124</sup>.

En este sentido, se señala en las *Guidelines* elaboradas con respecto al GIS que, en caso de que una institución u organismo británico público preste obras de arte al extranjero, normalmente podrá aceptarse la *garantía* de tal Estado extranjero<sup>125</sup>. Ahora bien, como es preciso que quede garantizada la cobertura de la obra de arte, en caso de aquélla *garantía* sea insuficiente, deberá exigirse a la institución u organismo prestatario que utilice otros mecanismos para cubrir esos otros aspectos<sup>126</sup>. Como ejemplo, se cita en las *Guidelines* el supuesto de las *garantías* de los Estados cuya cobertura se limita al territorio

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>119</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 14; R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 13.

<sup>120</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 64.

<sup>121</sup> Vid. R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 13: «thereby promoting and rewarding excellence in these important areas of a museum's operation».

<sup>122</sup> Vid. § 10.

<sup>123</sup> B. BURGOS BARRANTES, «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», en *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, núm. 2, p. 72.

<sup>124</sup> *Ibidem*, pp. 72-73; *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 14.

<sup>125</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 51.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 51.

del país que la concede, caso en que sería preciso cubrir los aspectos excluidos mediante otras medidas<sup>127</sup>.

Esta cuestión enlaza así con el papel que el seguro privado desempeña cuando el préstamo de una obra de arte se beneficia de la *garantía del Estado*. Así, los partidarios del sistema de *garantía del Estado* apuntan, no obstante, que existen aspectos en los que los contratos de seguro siguen siendo necesarios<sup>128</sup>.

**43.** Uno de los aspectos que puede hacer precisa la contratación de un seguro privado, a pesar de que el préstamo de una obra de arte se encuentre cubierto por la *garantía del Estado*, es que los sistemas de *garantía del Estado* no siempre ofrecen una cobertura del cien por cien –por ejemplo, según hemos visto, así ocurre con la *garantía del Estado español* y su «sistema combinado de seguro»–<sup>129</sup>.

Los expertos consideran al respecto que una cobertura del cien por cien debería establecerse como regla general en los sistemas de *garantías del Estado*<sup>130</sup>.

**44.** Otro supuesto es, según se indica en las *Guidelines* elaboradas para la aplicación del GIS, aquél en que la institución u organismo desea recibir en préstamo una importante obra, y no resulta aceptable la valoración que de la misma ha hecho el propietario<sup>131</sup>. No obstante, en las *Guidelines* se sostiene que la contratación de un seguro privado debe quedar reservada para los casos más excepcionales<sup>132</sup>.

Cabe destacar que, en caso de que sea precisa la contratación de un seguro privado, la institución prestataria ha de consultar al Estado en qué medida debe responder el seguro privado en caso de siniestro, existiendo dos opciones fundamentales<sup>133</sup>: a) sólo para hacer frente a las cantidades que exceden de la cobertura de la *garantía del Estado*, o b) en proporción a la cobertura, caso que aumentará la prima que habrá de satisfacerse. Por ejemplo, en el caso del GIS, si se produce una pérdida total, tal cuestión resulta menos problemática, dado que la cantidad máxima que podrá satisfacer el *Secretary of State* será la que consta en el certificado de concesión de la GIS; y el asegurador privado la cantidad restante<sup>134</sup>.

Así, el sistema de *garantía del Estado* en el Reino Unido, no se impide que la institución u organismo contrate el mencionado seguro privado con cargo a fondos públicos, pero sí se intenta que el recurso al mismo resulte rentable para el sector público<sup>135</sup>. Para la contratación del mencionado seguro, la institución u organismo cuenta con dos posibilidades: a) emplear fondos públicos; b) recurrir a un patrocinador o benefactor<sup>136</sup>.

**45.** Por último, debe tenerse presente, además, que cabe la posibilidad de que el propietario de la obra haga depender su consentimiento al préstamo del cumplimiento por parte de la institución u organismo prestatario de condiciones adicionales<sup>137</sup>. También aquí puede resultar relevante la contratación de un seguro privado ya que, quien ha de hacer frente a estas hipotéticas reclamaciones con motivo del incumplimiento de las mismas, es el organismo o institución que las ha aceptado, no el sistema de *garantía del Estado*<sup>138</sup>.

<sup>127</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>128</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 15.

<sup>129</sup> *Ibid.* § 35.

<sup>130</sup> *Lending to Europe. Recommendations on collection mobility for European museums* (A report produced by an independent group of experts, set up by Council resolution 13839/04, april 2005), Rotterdam, 2005, p. 14.

<sup>131</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, pp. 31-32; R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 13.

<sup>132</sup> R. GRAHAM / A. PRIDEAUX, *Insurance for Museums*, MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, 2004, p. 13.

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 13; *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 33.

<sup>134</sup> *GIS. Guidelines for National Institutions*, THE MUSEUMS, LIBRARIES AND ARCHIVES COUNCIL, May 24, 2005, p. 33.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>136</sup> *Ibidem*, pp. 31-32.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 42. Sobre los aspectos que han de constar en la solicitud, vid. pp. 43-44.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 42.

# LA LEY APLICABLE A LA SEPARACIÓN JUDICIAL Y AL DIVORCIO EN DEFECTO DE ELECCIÓN DE LEY POR LOS CÓNYUGES. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8 DEL REGLAMENTO 1259/2010 DE 20 DICIEMBRE 2010

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

*Catedrático de Derecho internacional privado  
Universidad de Murcia*

Recibido: 15.01.2012 / Aceptado: 19.01.2012

**Resumen:** Los litigios internacionales de divorcio y separación judicial son, en la actualidad, muy numerosos. El Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 contiene un sistema de normas de conflicto que señalan la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en estos casos internacionales. A falta de elección de Ley, el art. 8 de dicho Reglamento recoge diversos puntos de conexión que determinan la Ley aplicable. En este trabajo se analiza la lógica económica de dichas soluciones conflictuales y se demuestra que el legislador de la UE ha acertado con dichas conexiones. La precisión de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial se ha llevado a cabo con atención a los intereses de los cónyuges y se ha procurado que el proceso internacional de divorcio o separación judicial comporte costes conflictuales reducidos para los cónyuges.

**Palabras clave:** divorcio, separación judicial, Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, normas de conflicto, lógica económica, proceso internacional, costes conflictuales, tutela judicial efectiva, libre circulación de personas.

**Abstract:** International litigation in the field of divorce and legal separation is now very numerous. Council Regulation 1259/2010 of 20 December 2010 (EU) contains a system of conflict rules that indicate the specific State Law applicable to divorce and legal separation in international cases. In the absence of choice of law by the parties, art. 8 of Council Regulation 1259/2010 includes a number of connecting factors which determine the applicable law. This paper analyzes the economic logic of such solutions and shows that the EU legislator is successful with these connections. The accuracy of the law applicable to divorce and legal separation has been carried out with regard to the interests of the spouses. Hence, international divorce or legal separation process implies reduced costs for litigants. Therefore, free movement of persons in the EU is enhanced.

**Keywords:** divorce, legal separation, Council Regulation 1259/2010 of 20 december 2010, conflict rules, Law and Economics, international procedure, conflict costs, equitable process of law and Conflict of Laws, free movements of persons.

**Sumario:** I. Aspectos generales. 1 El largo y sinuoso camino hacia el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. 2. La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Puntos de conexión. 3. Tutela judicial efectiva, eficiencia conflictual y puntos de conexión en materia de divorcio y separación judicial. II. El art. 8 del Reglamento 1259/2010 y la Ley aplicable al divorcio ya la separación legal en defecto de elección de ley. Aspectos generales. 1. Supuestos de aplicación del art. 8 R. 1259/2010. 2. Aspectos metodológicos del art. 8 R. 1259/2010. A) Enfoque conflictual-multilateral del precepto. B) Puntos de conexión comunes al divorcio y a la separación judicial. C) Orientación conflictual pura vs. orientación material y art. 8 R.1259/2010. D) Rechazo del modelo

«*Lex Fori Approach*» anglosajón en el Reglamento 1259/2010. 3. Escalera kegeliana de conexiones, principio de proximidad y reducción de costes conflictuales. III. Análisis de las distintas conexiones. 1. Residencia habitual común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010). A) Justificación de la conexión «residencia habitual común». Costes conflictuales y *Social Ties*. B) Concepto de «residencia habitual de los cónyuges». C) Supuestos de ruptura de la ecuación «residencia habitual = país más conectado con los cónyuges». D) Análisis económico de la «solución *Rivière*». 2. Última residencia habitual común de los cónyuges (art. 8.b R.1259/2010). 3. Nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010). A) Justificación del punto de conexión «nacionalidad». Costes conflictuales y «*Cultural Ties*». B) Precisión de la nacionalidad de cada cónyuge. C) Eliminación de los problemas de conflicto móvil. D) La degradación del valor conflictual de la conexión «nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda» en la escalera conflictual del art. 8 R. 1259/2010. E) Nacionalidad y principio de no discriminación. F) Problemas derivados de la múltiple nacionalidad y apatridia de los cónyuges. G) Sujetos nacionales de Estados plurilegislativos. H) Análisis económico del punto de conexión «nacionalidad común de los cónyuges». 4. Conexión final: la *Lex Materialis Fori* (art. 8.d R.1259/2010). IV. Consideraciones finales.

## I. Aspectos generales

### 1. El largo y sinuoso camino hacia el Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial

1. El aumento cuantitativo del número de «matrimonios mixtos» (= en los que los cónyuges ostentan nacionalidades diferentes) y de «matrimonios deslocalizados» (= formados por sujetos con la misma nacionalidad pero que residen habitualmente en otro país), constituye un dato objetivo incontrovertible. A partir de dicha afirmación, es fácil comprender que el número de divorcios internacionales ha crecido también de manera exponencial. Así, en 2009 el 8,4% de los divorcios dictados en España lo fueron en relación con parejas en los que un cónyuge ostentaba nacionalidad extranjera y el 4,4% se dictó entre cónyuges extranjeros<sup>1</sup>. En la UE, los divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad fueron, en el año 2005, un total de 170.000. Ello supone que más del 20% de los divorcios en la UE son divorcios «transfronterizos»<sup>2</sup>. Por otro lado, las parejas matrimoniales internacionales (= formadas por personas de distinta nacionalidad y, especialmente, en el caso de sujetos procedentes de ambientes sociales y culturales alejados entre sí), son «parejas de alto riesgo», cuyos índices de fracaso son más elevados que los que se observan en parejas culturalmente homogéneas o parejas matrimoniales meramente nacionales<sup>3</sup>.

2. Por otra parte, el divorcio, como hoy se concibe, es el producto de una tortuosa y delicada evolución histórica propia de cada país y de cada área cultural. En consecuencia, existen diversos «modelos legales de divorcio» (= «modos de entender jurídicamente el divorcio» como causa de disolución intervivos del vínculo matrimonial), diferentes de país a país<sup>4</sup>. No se trata sólo de «admitir o no admitir»

<sup>1</sup> Datos extraídos del *diario ABC* 7 septiembre 2010.

<sup>2</sup> *Vid.* News Release Eurostat 25/2006, 12 mayo 2006, International Day of Families, «The family in the EU25 seen through figures», Luxemburgo, 2006.

<sup>3</sup> N. DETHLOFF, «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; A. DAVI, «Separazione personale», *Enciclopedia del Diritto*, 1989, vol.XLI, pp. 1412-1434; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78; J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento 'Roma III'», *RDIPP*, 2009-3, pp. 567-588.

<sup>4</sup> F. SCHWIND, «Le divorce en droit international privé», *RCADI*, 1966, vol.117, pp. 445-501; B. PLITZ, *Internationales Scheidungsrecht*, Munich, Beck, 1988, pp. 13-19; D. HENRICH, *Internationales Familienrecht*, Francfort a.M., 1988; *Id.*, *Internationales Scheidungsrecht*, 1998, *passim*.

el divorcio, sino también de «cómo se llega» al divorcio y de qué «consecuencias jurídicas» se derivan del divorcio<sup>5</sup>. Las diferencias entre los distintos Derechos estatales a la hora de regular la disolución del matrimonio son muy pronunciadas<sup>6</sup>.

3. Frente a una realidad social y jurídica tan relevante, sorprende el fracaso de la regulación internacional del divorcio durante el siglo XX por parte de la Conferencia de La Haya de DIPr. Conscientes de la repercusiones internacionales del divorcio (= siempre han sido muy frecuentes los supuestos de ciudadanos extranjeros que buscan un divorcio rápido y sencillo [*quick divorces*] ante autoridades de otro país para luego solicitar que la resolución de divorcio produzca efectos en el país de origen de los cónyuges), la Conferencia de La Haya de DIPr. elaboró el Convenio de La Haya de 12 junio 1902 [conflictos de leyes y jurisdicciones en materia de divorcio y de separación de cuerpos]. Dicho convenio internacional fue firmado pero no ratificado por España y que jamás entró en vigor para España. Tampoco fue incorporado al Derecho español el Convenio de La Haya de 1 junio 1970 [reconocimiento de divorcios y de separación de cuerpos], cuyo éxito fue relativo, pero que, en todo caso, no fijaba la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

4. La entrada en vigor del Reglamento 1259/2010 constituye, por tanto, un auténtico hito histórico para el DIPr. europeo. La elaboración de este Reglamento 1259/2010 debe contemplarse en una línea histórico jurídica definida en la que resulta preciso distinguir diversos momentos de marcada importancia<sup>7</sup>.

5. El Convenio de Bruselas de 28 mayo 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (DOCE núm. C 221 de 16 julio 1998), antecedente de los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003, contenía normas sobre competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de separación, nulidad y divorcio, pero no abordó la cuestión de la Ley aplicable a las crisis matrimoniales internacionales<sup>8</sup>. Nada se disponía sobre la cuestión. Este convenio internacional no llegó a entrar en vigor debido a que el Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997, que reformó los Tratados constitutivos de la Comunidad Europea, abrió la puerta a la llamada «comunitarización del DIPr.» (*vid.* art. 65 TCE). De ese modo, las autoridades comunitarias prefirieron elaborar ellas mismas los instrumentos legales de DIPr. y decidieron abandonar la vía de los convenios internacionales de DIPr. Los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003 (= Reglamento CE 1347/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes y Reglamento CE 2201/2003 del Consejo de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resolucio-

<sup>5</sup> A. DEVERS, «De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international», *Droit et patrimoine*, 2005, núm. 138, pp. 89-94; N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, «The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119.

<sup>6</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Crisis matrimoniales», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pp. 183-246, esp. pp. 184-185.

<sup>7</sup> Entre la documentación oficial relativa a la elaboración de este Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, *vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial», Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio», Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005; Informe sobre la propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial (COM (2006) 0399 – C6-0305/2006 – 2006/0135 (CNS)), Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, elaborado por la Ponente EVELYNE GEBHARDT, y Ponente de opinión CARLO CASIN, Documento de sesión A6-0361/2008, de 19 septiembre 2008; COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (13 diciembre 2006), Dictamen relativo a la «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial» COM (2006) 399 final, *on line version*.

<sup>8</sup> Texto del Convenio de Bruselas de 28 mayo 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial, en DOCE núm. C 221 de 16 julio 1998.

nes judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento CE 1347/2000 tampoco abordaron la cuestión de la Ley aplicable a la nulidad, separación y divorcio<sup>9</sup>.

6. El Consejo Europeo que tuvo lugar en Viena los días 11 y 12 diciembre 1998 lanzó el llamado «Plan de Acción de Viena». El objetivo de este «plan de acción» radicada en configurar el espacio judicial europeo como un objetivo jurídico en sí mismo. Se pretendía, de este modo, facilitar la vida cotidiana de los ciudadanos de la UE en cuestiones jurídicas que se presentan con frecuencia en la vida diaria de los mismos, como es el caso de la separación judicial y el divorcio. Fue en ese Consejo europeo cuando, por vez primera, de un modo oficial, se estimó que sería muy conveniente elaborar un conjunto de reglas legales para señalar la Ley aplicable al divorcio en casos internacionales. El Consejo europeo estimó que en un plazo de cinco años a contar desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 1997 debería procederse a la redacción de dicho texto legal.

7. El Consejo europeo celebrado los días 4 y 5 noviembre 2004 elaboró el relevante «Programa de La Haya *Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea*». Dicho Consejo Europeo invitó a la Comisión de la UE a presentar un Libro Verde que contuviera un conjunto de normas de conflicto en asuntos relacionados con el divorcio.

8. La Comisión de la UE adoptó, el 14 marzo 2005, un Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio (*vid.* Cons. (3) R.1259/2010)<sup>10</sup>.

9. El Comité Económico y Social Europeo emitió un Dictamen de fecha 28 septiembre 2005 acerca de dicho Libro Verde. El Comité se congratuló por la iniciativa de la Comisión UE y abrió un período de «consulta pública» en el que personas e instituciones podían exponer argumentos a favor o en contra de esta iniciativa legal y también poner de relieve su opinión jurídica sobre la misma (*vid.* Cons. (3) R.1259/2010). El 6 diciembre 2005 tuvo lugar en Bruselas una reunión oficial de expertos de los Estados miembros y de diversas asociaciones e incluso de representantes de terceros Estados en la que se debatió sobre el documento presentado por la Comisión UE. Dicha reunión fue seguida por otra que tuvo lugar el 14 marzo 2006 en la que ya sólo participaron expertos de los Estados miembros y en la que éstos pusieron de relieve su opinión oficial en torno al texto presentado por la Comisión.

10. El 17 julio 2006 vio la luz la Propuesta de la Comisión para la elaboración de este Reglamento (= «Propuesta de Reglamento del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial») (*vid.* Cons. (4) R.1259/2010). Esta propuesta formaba parte del Programa permanente de la Comisión Europea para la actualización y simplificación del acervo comunitario. Esta propuesta requería la unanimidad del Consejo Europeo y exigía, igualmente, un previo dictamen preceptivo pero no vinculante que debía emitir el Parlamento Europeo.

11. El Comité Económico y Social Europeo elaboró y difundió, el presentó, el 13 diciembre 2006, un Dictamen sobre esta Propuesta de Reglamento (= Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la ‘Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial’)<sup>11</sup>. El Comité dejó claro que veía con buenos ojos la reforma de las defectuosas normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003 y la introducción de nuevas normas de conflicto relativas a la ley aplicable. El Comité subrayó que este futuro instrumento no perseguía el objetivo de armonizar las normas nacionales sustantivas en materia de divorcio, y que su finalidad era, exclusivamente, fijar la Ley aplicable en los supuestos internacionales de divorcio mediante

<sup>9</sup> Texto de ambos Reglamentos en DOCE L 160 de 30 junio 2000 y DOUE L 338 de 23 diciembre 2003, respectivamente.

<sup>10</sup> Libro Verde sobre el divorcio Doc COM (2005) 82 final de 14 marzo 2005.

<sup>11</sup> Documento COM (2006) 399 final. SOC/253, Bruselas, 13.12.2006.

normas de conflicto uniformes para la UE. Ello potenciaría la circulación de las sentencias judiciales sin necesidad *exequatur*. En dicho contexto, las importantes divergencias entre las legislaciones sustantivas de los Estados miembros en materia de divorcio no supondrían obstáculos para la aplicación de este futuro Reglamento conflictual.

**12.** El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE trató esta cuestión en su Sesión 2794, que tuvo lugar en Luxemburgo el 19/ 20 abril 2007 (sesión 8364/07). El Consejo acordó que prosiguieran los trabajos sobre la Propuesta de Reglamento sobre varios puntos cardinales: a) Libre elección del tribunal competente y del Derecho aplicable por las partes; b) Determinación de las normas aplicables a falta de elección de ley; c) Respeto de las leyes y de las tradiciones de los Estados miembros en materia de Derecho de familia; d) Solución de los problemas derivados de la nacionalidad múltiple de los cónyuges.

**13.** El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE celebrado en Luxemburgo el 5/6 junio de 2008, 9956/08 (sesión 2673) puso de relieve que resultaba conveniente que estas cuestiones fueran tratadas, en profundidad, por el Comité de Derecho Civil. A partir de este momento, se hizo evidente que la unanimidad de los Estados miembros requerida para la aprobación del Reglamento no sería posible. Durante las negociaciones de los representantes de los Estados miembros para la elaboración del Reglamento 1259/2010, diversos Estados miembros, en especial los Estados escandinavos, se opusieron a la elaboración de las normas de conflicto hoy recogidas en el mismo por estimar que el divorcio debería regirse en todo por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Fundaban su posición en que, con arreglo a sus respectivos Derechos sustantivos nacionales, el divorcio es un derecho subjetivo de toda persona, razón por la cual todo individuo debe tener derecho a divorciarse en tales Estados miembros mediante la aplicación de tal Derecho sustantivo. Es evidente que la argumentación incurre en un *non sequitur*: una Ley extranjera también puede permitir el divorcio, con lo que tal derecho subjetivo al divorcio queda perfectamente garantizado para toda persona. Además, para el caso de que el divorcio no fuera posible, podían incorporarse mecanismos legales para lograr dicho divorcio de modo que éste no quedase «bloqueado» o «impedido» por la Ley reguladora del mismo (*vid. ad ex. art. 10 R.1259/2010*). Tras esta postura se escondía el deseo inconfesable de estos Estados miembros de mantener intactas sus normas de conflicto tradicionales en esta materia, a tenor de las cuales todo divorcio, ya afecte a nacionales o a extranjeros, se debe regir siempre por la Ley sustantiva del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Materialis Fori*). Estos Estados miembros hicieron valer, realmente, razones de «comodidad judicial», pues sus normas de conflicto nacionales nunca obligan a sus tribunales a aplicar Leyes extranjeras en materia de divorcio. Sin embargo, este enfoque, como se ha visto, cuenta con una argumentación muy débil y, además, comporta un efecto negativo innegable. Si cada Estado miembro aplica su propia Ley sustantiva a los divorcios que deben pronunciar sus tribunales, subsistirá la diversidad de Leyes aplicables Estado por Estado, de manera que seguirán presentes los obstáculos la libre circulación de personas en la UE derivados de la diversidad de normas de conflicto en los Estados miembros. En consecuencia, el Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 [cooperación reforzada y ley aplicable al divorcio] no podía fundarse sobre una norma de conflicto que proclamase la aplicación de la *Lex Materialis Fori*, porque en tal caso, habría sido un Reglamento inútil. Ante la negativa de estos Estados miembros a seguir adelante en la elaboración de las normas uniformes de conflicto de leyes relativas al divorcio / separación judicial, y ante la imposibilidad de alcanzar la unanimidad en el seno del Consejo UE, los demás Estados miembros que sí deseaban dotarse de normas de conflicto comunes en materia de divorcio, activaron un procedimiento llamado «cooperación reforzada» (*enhanced cooperation*), previsto en el art. 20 TUE y arts. 326-334 TFUE. Este procedimiento permite a ciertos Estados miembros dotarse de un «set de normas de conflicto comunes» para determinar la Ley aplicable al divorcio y separación judicial. El Consejo UE, reunido en Luxemburgo los días 5 y 6 de junio 2008, tomó nota de la situación (*vid. Cons. (5) Reg. 1259/2010*) y adoptó el 12 julio 2010, la Decisión 2010/405/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial a estos Estados miembros (*vid. Cons. (7) Reg. 1259/2010*). Las cooperaciones reforzadas están abiertas permanentemente a todos los Estados miembros (art. 328.1 TFUE) y se adoptan por el Consejo UE como «último recurso», esto es, «cuando

*haya llegado a la conclusión de que los objetivos perseguidos por dicha cooperación no pueden ser alcanzados en un plazo razonable por la Unión en su conjunto, y a condición de que participen en ella al menos nueve Estados miembros» (vid. art. 20.2 TUE y Cons. (8) R.1259/2010) (B. CAMPUZANO DIAZ)<sup>12</sup>.*

**14.** Una nueva sesión del Consejo Europeo que tuvo lugar los días 24 y 25 julio 2008 en Bruselas (sesión 2887 del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE, 11653/08) debatió el hecho de que, ante la unanimidad imposible, al menos ocho Estados miembros (España, Italia, Francia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Rumanía y Eslovenia) tenían la seria intención de solicitar a la Comisión la apertura de un «procedimiento de cooperación reforzada» y la prestación, por ésta, de una nueva Propuesta acorde con la nueva iniciativa, circunscrita ya sólo a los aspectos de la Ley aplicable al divorcio y separación judicial. Otros Estados miembros (Alemania, Bélgica, Portugal, Eslovaquia y Lituania), manifestaron que podrían, en el futuro, participar en la iniciativa de cooperación reforzada tras la prestación, por la Comisión UE, de la nueva Propuesta legal. La Comisión aceptó el envite y acepto estudiar una solicitud formal de «cooperación reforzada» que pudieran presentar los citados Estados miembros.

**15.** Diez Estados miembros (Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Hungría, Austria, Rumanía y Eslovenia, si bien Grecia se retiró de la iniciativa el 3 marzo 2010) presentaron, los días 28 julio y 12 agosto 2008 y 12 enero 2009, ante la Comisión Europea una solicitud formal para iniciar un procedimiento de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia matrimonial con el fin de que la Comisión de la UE pudiese presentar una Propuesta legal al Consejo. Efectivamente, el 24 marzo 2010, por Decisión del Consejo Europeo 2010/405/UE, éste autorizó una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

**16.** La Propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, fue presentada por la Comisión Europea el 24 marzo 2010<sup>13</sup>.

**17.** El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», de fecha 14 julio 2010, puso de relieve que el Comité Económico y Social Europeo aprobaba y apoyaba el proyecto de Reglamento, así como la iniciativa bajo la forma de «cooperación reforzada», a fin de que, en adelante, se *«permita que Europa progrese en ámbitos que requieren unanimidad pero en los que esta unanimidad no sea factible a corto plazo»*, de modo que se eviten *«posibles bloqueos o retrasos en la adopción de legislaciones o de medidas comunes»* y que los *«países que lo deseen puedan incrementar su cooperación pese a la ausencia de unanimidad o de quórum»*<sup>14</sup>.

**18.** Finalmente, el Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial vio la luz y fue oficialmente publicado en el DOUE<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, «Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation», en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48.

<sup>13</sup> Doc COM (2010) 105 final.

<sup>14</sup> Doc COM (2010) 105 final/2 – 2010/0067 (CNS), DOUE núm. C 44, de 11 de febrero de 2011.

<sup>15</sup> DOUE núm. L 343 de 29 de diciembre de 2010. En torno al Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, la bibliografía es ya abundante. Pueden verse, *inter alia*, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Crisis matrimoniales», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª edición, Comares, Granada, 2011, pp. 183-246; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, «El pacto de elección de lex separationis y lex divorcii en el Reglamento 1259/2010», *Diario La Ley*, núm. 7613, 18 abril 2011, pp. 1-7; N.A. BAARMSMA, *The Europeanisation of international family law: from Dutch to European law; an analysis on the basis of the choice of law on divorce and on the termination of registered partnerships*, Groningen, Ulrik Huber Inst. for Private International Law, 2010; J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento ‘Roma III’», *RDIPP*, 2009-3, pp. 567-588; A.-L. CALVO

## 2. La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio. Puntos de conexión

19. El Reglamento 1259/2010 contiene diversos puntos de conexión estructurados «en cascada» (*Kegel's Ladder, échelle de rattachements*), para determinar la Ley aplicable a distintos tipos de divorcio / separación judicial. A cada tipo de divorcio / separación judicial corresponde una Ley estatal aplicable diferente. Esta solución legal se justifica por diversas razones.

- 1º) La Ley aplicable se precisa con arreglo a las «vinculaciones espaciales» que el concreto supuesto de divorcio / separación judicial presenta con los diferentes Estados. El Reglamento persigue «localizar» el concreto supuesto de divorcio / separación judicial en el Estado más estrechamente vinculado con el supuesto, cuya Ley es aplicable. En palabras del Cons. 21 R.1259/2010, «[e]sos criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho». Añade también el Cons. (14) R.1259/2010 que los cónyuges deben poder «designar una ley aplicable con la que tengan vínculos estrechos». En el Reglamento 1259/2010, todos los puntos de conexión que determinan la Ley aplicable al divorcio / separación judicial, incluido, naturalmente, la autonomía conflictual de los cónyuges (= Ley elegida por éstos), están inspirados por el «principio de proximidad». La aplicación de la Ley estatal que presenta una «mayor vinculación» con el caso concreto (= Ley del Estado donde se localiza el «centro de gravedad de la relación jurídica») permite «garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad» Cons. (9) R.1259/2010). Ello significa que la Ley reguladora del divorcio / separación legal es la Ley estatal que permite resolver el litigio a un coste menor para los cónyuges. Para

---

CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III», *CDT*, 2009, vol. 1, nº 1, pp. 36-71; B. CAMPUZANO DIAZ, «Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation», en AA.VV., *Latest developments in EU Private International Law*, Intersentia, Cambridge - Antwerp - Portland, 2011, pp. 23-48; N. CERASELA DARIESCU / COSMIN DARIESCU, «The Difficulties in Solving Litigation Concerning the Patrimonial Effects of a Marriage Between an Italian Citizen and a Romanian Citizen», *Journal of Private International Law*, 2008, pp. 107-119; N. DETHLOFF, «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; A. DEVERS, «De quelques effets patrimoniaux du divorce en droit international», *Droit et patrimoine*, 2005, núm. 138, pp. 89-94; M. EKSTRÖM, «Les règles communautaires en matière matrimoniale: du règlement 'Bruxelles II' à la proposition 'Rome III'», *L'observateur de Bruxelles*, 2007, p. 19; P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *CDT*, 2011-II, pp. 85-129; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of the possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136; P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338; O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *CDT*, 2010, pp. 126-139; P. MCELEAVY, «The communitarization of divorce rules: What impact for English and Scottish Law?», *ICLQ*, 2004, pp. 605-642; K. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali», *Il diritto dell'Unione europea*, vol. 11, núm.1, 2011, pp. 113-144; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; F.R. PAULINO PEREIRA, «Rome III : la compétence jurisdictionnelle et la loi applicable en matière matrimoniale», *RMCUE*, 2007, núm. 509, pp. 390-402; I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880; F. POCAR, «Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278; Id., «Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n.2201/2003 en ce qui concerne la compétence du et la loi applicable au divorce», en *Mélanges M. Revillard*, Defrénois, 2007, pp. 245-255; C. RICCI, «Il foro della residenza abituale nel Regolamento n° 2201/2003 e nella proposta Roma III», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431; S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78; L.-J. SILBERMAN, «Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?», *82 Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la UE sobre separación y divorcio», *BIMJ* núm. 2043 de 1 septiembre 2007, pp. 3313-3332.

el legislador de la UE, la ecuación «mayor vinculación» o «centro de gravedad de la relación jurídica» = aplicación de la Ley que comporta un coste más reducido, es clara. Por ello, puede también afirmarse que en este Reglamento 1259/2010, resulta válida la equivalencia entre «principio de proximidad» y «norma de conflicto eficiente»<sup>16</sup>.

- 2º) El Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 distingue, así, diversos posibles «tipos» de divorcio / separación judicial, en función de sus vinculaciones espaciales con los distintos Estados. De ese modo, cada «tipo» de divorcio / separación judicial se sitúa en un peldaño de la escalera conflictual y se le asigna una Ley estatal aplicable específica. Así, por ejemplo, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges han elegido la Ley aplicable, pertenecen al «tipo 1», de forma que el art. 5 R.1259/2010 considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el país cuya Ley ha sido elegida. Igualmente, el legislador entiende que los litigios de divorcio / separación judicial respecto de los cuales los cónyuges residen habitualmente en el mismo Estado pero no han elegido la Ley aplicable, pertenecen al «tipo 2», de forma que el art. 8.a R.1259/2010 considera que tales tipos de divorcios presentan un vínculo más estrecho con el Estado de la residencia habitual actual de los cónyuges y la Ley de ese país debe aplicarse. Y así sucesivamente.
- 3º) El objetivo material de la «escalera conflictual» consiste en lograr que el divorcio / separación judicial quede sujeto a la Ley estatal cuya aplicación genera los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges. Se trata de que el litigio de divorcio / separación judicial se resuelva al menor coste posible para los cónyuges implicados en el litigio, sea cual sea la solución material que la Ley aplicable ofrezca a la crisis matrimonial (= un divorcio fácil, difícil, lento, rápido, exigente o flexible).
- 4º) Esta escalera de puntos de conexión está muy claramente inspirada en el Derecho internacional privado belga (*vid.* art. 55 de la Ley que contiene el Código belga de Derecho internacional privado de 16 julio 2004)<sup>17</sup>. Así lo indica el «Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio»<sup>18</sup>.

**20.** Los concretos puntos de conexión que determinan la Ley reguladora del divorcio / separación judicial, son los que siguen (arts. 5-8 R.1259/2010): 1º) El divorcio y la separación judicial se rigen por la Ley elegida por las partes en los términos de los arts. 5-7 R.1259/2010; 2º) En defecto de Ley válidamente elegida por los cónyuges, se aplica la Ley del país en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010); 3º) En defecto del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.b R.1259/2010); 4º) A falta del anterior criterio, se aplicará la Ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010); 5º) Finalmente, en defecto de todos los anteriores criterios, se aplicará la Ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*Lex Fori*) (art. 8.d R.1259/2010).

<sup>16</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

<sup>17</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 572-578.

<sup>18</sup> *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio», Doc COM (2005) 82 final, Bruselas, 14 marzo 2005, p. 7 *in fine*. El citado precepto de la Ley belga de Derecho internacional privado indica: «§ 1º. *Le divorce et la séparation de corps sont régis: 1º par le droit de l'Etat sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle lors de l'introduction de la demande; 2º à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même Etat, par le droit de l'Etat sur le territoire duquel se situait la dernière résidence habituelle commune des époux, lorsque l'un d'eux a sa résidence habituelle sur le territoire de cet Etat lors de l'introduction de la demande; 3º à défaut de résidence habituelle de l'un des époux sur le territoire de l'Etat où se situait la dernière résidence habituelle commune, par le droit de l'Etat dont l'un et l'autre époux ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 4º dans les autres cas, par le droit belge.* § 2. *Toutefois, les époux peuvent choisir le droit applicable au divorce ou à la séparation de corps. Ils ne peuvent désigner que l'un des droits suivants: 1º le droit de l'Etat dont l'un et l'autre ont la nationalité lors de l'introduction de la demande; 2º le droit belge. Ce choix doit être exprimé lors de la première comparition.*».

### 3. Tutela judicial efectiva, eficiencia conflictual y puntos de conexión en materia de divorcio y separación judicial

21. En el sector del Derecho aplicable (= los tradicionales «conflictos de Leyes», la «*parte noble del Derecho internacional privado*»), en palabras de P. MAYER / V. HEUZÉ<sup>19</sup>, la tutela judicial efectiva (art. 24 CE 1978 y art. 6 CEDH 1950) significa que los titulares de los derechos recogidos en la Constitución y en las Leyes disponen del derecho subjetivo a exigir y a realizar tales derechos de una manera real y verdadera mediante la intervención de los tribunales de Justicia. La tutela judicial «efectiva» se opone, por tanto, a una tutela judicial «meramente nominal», «puramente formal», «quimérica» o «dudosa». Las normas de conflicto deben ofrecer una «tutela judicial efectiva» por mandato del art. 24 CE 1978 y del art. 6 CEDH 1950. Ello significa que en los litigios internacionales de divorcio / separación judicial, no basta con señalar, mediante una «norma de conflicto de Leyes» puramente localizadora, que la Ley estatal aplicable a un concreto litigio internacional de divorcio, es la Ley de un Estado X. Es preciso, además, que la solución ofrecida por dicha «norma de conflicto» sea una solución real y verdadera a las pretensiones jurídicas de los particulares. Pues bien, en tal sentido, deben introducirse diversas precisiones.

22. La tutela judicial efectiva exige que la Ley estatal designada por la norma de conflicto relativa al divorcio / separación judicial, sea la Ley de un país estrechamente vinculado con tal situación. Es decir, que debe tratarse de la Ley de un país que comporta costes reducidos para los particulares implicados (= costes conflictuales reducidos para los cónyuges). En caso contrario (= esto es, si la Ley designada por la norma de conflicto es la Ley de un país sin conexión real con el litigio internacional de divorcio), el derecho subjetivo tutelado por las leyes y que debe ser garantizado por la acción de los tribunales de justicia (= la tutela judicial efectiva en el sector del divorcio) resulta penalizado. En efecto, en tal caso, el proceso judicial se desarrollaría a un coste desproporcionado, de modo que la tutela judicial no sería ni «real» ni «verdadera». La norma de conflicto resultaría, en tal caso, inconstitucional, pues conduciría a una solución no efectiva. La norma de conflicto comportaría una solución jurídica meramente nominal, puramente formal, una mera fachada cosmética (= solución inconstitucional).

23. La doctrina norteamericana ha enfatizado esta idea de modo muy perspicaz, y ha señalado que la aplicación de la Ley de un Estado a una situación privada internacional fáctico con la que dicho Estado no presenta «contactos suficientes» lleva a un proceso injusto en términos constitucionales (= solución ineficiente del conflicto internacional entre sujetos privados). En efecto, las partes se verían «sorprendidas» por la aplicación de una Ley cuya aplicación no pudieron razonablemente prever. Lo que significa que dicha Ley les obliga a litigar a un coste desproporcionado que convierte la tutela judicial efectiva en una mera y vana ilusión óptica<sup>20</sup>. Como ha recordado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América, «*that for a State's substantive law to be selected in a constitutionally permissible manner, that State must have a significant contact or significant aggregation of contacts, creating state interests, such that choice of its law is neither arbitrary nor fundamentally unfair*» (Sent. TS USA *Allstate Insurance Co. vs. Hague*, y en el mismo sentido, Sent. TS USA *Phillips Petroleum Co. vs. Shutts*)<sup>21</sup>. Como indica F. VISCHER, «*visto que el control del Tribunal Supremo [norteamericano] está principalmente basado en la cláusula 'Due Process', lo que se controla es cuándo [la aplicación de una Ley de un Estado] resulta una sorpresa para las partes*»<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, p. 345.

<sup>20</sup> L. BRILMAYER, *Conflict of Laws*, 2nd ed., Boston, Little Brown and Company, 1995, pp. 249-263; ID., «Post-modernism in American Choice of Law», *Liber memorialis François Laurent*, Bruselas, Story Scientia, 1989, pp. 695-706, esp. pp. 702-705; ID., «Rights, Fairness and Choice of Law», *Yale Law Journal*, 1989 (7), vol.98, pp. 1277-1319; ID., «The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules», *RCADI*, 1993, vol.252, pp. 19-112; T.S. KOGAN, «Towards a Jurisprudence of Choice of Law: The Priority of Fairness over Comity», *New York University Law Review*, 1987, pp. 651-714.

<sup>21</sup> E.F. SCOLES / P. HAY / P.J. BORCHERS / S.C. SYMEONIDES, *Conflict of Laws*, 3th ed., West Group, St. Paul Minn., 2000, pp. 151-155.

<sup>22</sup> F. VISCHER, «General Course on Private International Law», *RCADI*, 1992, vol.232, pp. 21-246, esp. p. 71: «*as the control of the Supreme Court is mainly based on the Due Process Clause, the controlling question must of whether it came as a surprise to the parties*».

24. En consecuencia, para declarar la aplicación de la Ley de un concreto Estado a un litigio internacional de divorcio / separación judicial, es necesario acreditar la existencia de unos «contactos significativos» entre tal litigio y el país cuya Ley va a ser aplicada (= *Significant Contacts*). El fundamento constitucional de la eficiencia de las normas de conflicto ha sido expresado, tradicionalmente, mediante el conocido «principio de proximidad». En dicha perspectiva, la norma de conflicto debe conducir a la Ley del país con el que supuesto presenta los «vínculos más estrechos»<sup>23</sup>. La norma de conflicto debe responder al principio de proximidad para sintonizar con la tutela judicial efectiva (= como exigencia constitucional). Sólo así el proceso judicial resulta justo y equitativo. De ese modo, se concreta la idea de «previsibilidad del Derecho aplicable» para los particulares, pues una norma de conflicto guiada por el principio de proximidad no genera costes excesivos ni desproporcionados para los particulares implicados en el litigio internacional de divorcio, pues permite una respuesta judicial real y verdadera a las pretensiones jurídicas de los cónyuges)<sup>24</sup>.

25. De ese modo se explica, también en el sector del divorcio internacional, la conocida «paradoja de Alaska». En efecto, si una norma de conflicto española o europea indicara que el divorcio entre dos marroquíes que residen habitualmente en Madrid se debe regir por el Derecho de Alaska, dicha norma de conflicto sería inconstitucional porque obligaría a los particulares (= cónyuges marroquíes) a seguir un proceso de divorcio con costes muy elevados (= un divorcio a coste muy elevado equivale a una tutela judicial «no efectiva», a un proceso judicial «no equitativo», a un divorcio prácticamente imposible, obstaculizado por la misma Ley). La norma de conflicto vulneraría el art. 24 CE 1978 y el art. 6 CEDH 1950. Sería una norma de conflicto en flagrante contradicción con la tutela judicial efectiva.

26. La norma de conflicto sintoniza con la tutela judicial efectiva cuando designa como aplicable la Ley de un Estado que presenta vínculos sustanciales con un concreto Estado. Ahora bien, las situaciones privadas internacionales presentan, por definición, vínculos sustanciales y reales con distintos países (= por ello son, precisamente, situaciones «internacionales»). El legislador puede declarar aplicable la Ley de cualquiera de estos Estados mediante la norma de conflicto y, en tal caso, la respuesta jurídica encajará correctamente con la tutela judicial efectiva.

Así, en el supuesto, de nuevo, de un divorcio entre dos cónyuges marroquíes que residen habitualmente en Madrid, una norma de conflicto será constitucional y resultará ajustada a los derechos humanos (= en concreto, al derecho a un proceso equitativo, a la tutela judicial efectiva), tanto si indica que la Ley reguladora de tal divorcio es la Ley marroquí (= Ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda) como si precisa, por el contrario, que el divorcio se rige por el Derecho español (= Ley del país de residencia habitual común de los cónyuges en dicho momento).

Ambas soluciones conflictuales constituyen soluciones constitucionalmente ajustadas (= ambas respetan la tutela judicial efectiva, pues ambas soluciones conducen a un proceso de divorcio que genera un coste razonable para los particulares implicados y no un coste o carga desproporcionada para éstos). La tutela judicial ofrecida es, en ambos casos, una tutela judicial real y verdadera.

Sin embargo, aunque ambas opciones de política jurídica son constitucionales (= ambas respetan la tutela judicial efectiva), no comportan los mismos costes para los particulares implicados. El legislador debe, entonces, elegir una concreta conexión para señalar la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. Entre las varias opciones conflictuales posibles, una será, en todo caso, mas

<sup>23</sup> B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)», *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 274; P. LAGARDE, «Les principes du droit international privé hier, aujourd'hui et demain», en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 17-33, pp. 10-20; Id., «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, (Cours général de droit international privé)», *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238.

<sup>24</sup> B. AUDIT, «Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur la «crise» des conflits de lois)», *RCADI*, 1984, vol.186, 1984, pp. 219-398, esp. p. 275: «*si leur attention est attirée sur lui, leur souhait sera de voir appliquer une loi qui ne les surprenne pas; en d'autres termes, que la solution du conflit de lois soit pour eux intelligible*».

eficiente que la otra. La solución conflictual más eficiente es aquella que comporta costes globales menores para los particulares implicados (= los cónyuges) en la situación privada internacional (= en el divorcio internacional). Es la solución que optimiza los costes que provoca un litigio internacional de divorcio (= los atribuye a la parte que los puede afrontar a un coste más reducido, de modo que ambos litigantes / cónyuges se ven favorecidos).

27. Por ello, puede afirmarse que toda solución conflictual que respeta el principio de proximidad es «efectiva» y por tanto «constitucional». Pero también puede afirmarse que no toda solución conflictual «efectiva» es «eficiente». En efecto, por el contrario, toda solución conflictual eficiente es efectiva y por ello, constitucional. Así, el art. 8 R.1259/2010 de 20 diciembre 2010, indica que, en defecto de elección de Ley por los cónyuges, el divorcio debe regirse por la Ley del país donde los cónyuges tiene su residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. Ello es así porque el legislador estima que la aplicación de dicha Ley comporta un reparto eficiente de los costes conflictuales. Es una solución «efectiva» y también «eficiente». El legislador europeo considera que la aplicación de dicha Ley suscita los costes menores globales para los cónyuges (= es la solución más «eficiente» entre las posibles soluciones «efectivas» a falta de Ley elegida por los cónyuges).

28. Como es natural, no siempre resulta sencillo detectar cuál es la solución conflictual más eficiente de entre las varias que se presentan como «efectivas». Es por ello que los distintos legisladores estatales seleccionan conexiones diferentes para los mismos casos (= todos los legisladores buscan la eficiencia, pero lo hacen por caminos distintos, con conexiones diferentes, perspectivas conflictuales distintas). Y también es por ello que el legislador cambia de idea con frecuencia y sustituye una conexión por otra cuando estima que la anterior no optimiza los costes del litigio internacional y que la nueva solución encaja mejor con la eficiencia conflictual.

29. En definitiva, en este trabajo se intentará demostrar que las conexiones elegidas por el legislador europeo para señalar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial son conexiones que han sido preferidas porque fomentan la «eficiencia conflictual». Constituyen y representan la solución conflictual más «eficiente» entre todas las posibles soluciones conflictuales «efectivas» en relación con los litigios internacionales de divorcio / separación judicial.

## II. El art. 8 del Reglamento 1259/2010 y la Ley aplicable al divorcio ya la separación legal en defecto de elección de ley. Aspectos generales

### 1. Supuestos de aplicación del art. 8 R. 1259/2010

30. En numerosas ocasiones, el divorcio / separación judicial de carácter «internacional» no puede regirse por la Ley elegida por los cónyuges. Ello sucederá en diversos casos: a) Los cónyuges no han alcanzado un acuerdo sobre la Ley que desean que regule su divorcio / separación judicial. Ello será frecuente, por ejemplo, en los supuestos de divorcios contenciosos en los que los cónyuges adoptan posturas muy hostiles contrarias a llegar a todo tipo de acuerdos, en los casos de cónyuges que llevan mucho tiempo viviendo en lugares o Estados distintos, así como en los casos en los que los cónyuges ni siquiera conocen la posibilidad legal que les ofrece el Reglamento 1259/2010 de elegir la Ley estatal reguladora de su divorcio / separación judicial<sup>25</sup>; b) Los cónyuges han elegido la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, pero en dicha elección no han respetado las condiciones o requisitos de fondo y/o forma exigidos por los arts. 5-7 R.1259/2010. Pues bien, en ambos supuestos, el Reglamento 1259/2010 recoge una «escalera de conexiones objetivas» que determinan el Derecho regulador del divorcio o separación judicial.

<sup>25</sup> I. PERIN TOMICIC, «Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law», *Zbornik PFZ*, 57, 2007, pp. 847-880.

## 2. Aspectos metodológicos del art. 8 R. 1259/2010

### A) Enfoque conflictual-multilateral del precepto

31. El Reglamento 1259/2010 contiene normas de conflicto multilaterales que designan la Ley estatal aplicable al divorcio / separación judicial y el art. 8 de dicho texto legal confirma dicho enfoque general del Reglamento. Esta sencilla afirmación comporta consecuencias de envergadura.

32. El Reglamento 1259/2010 no unifica los Derechos sustantivos de los Estados miembros en materia de divorcio y separación judicial. Cada Estado miembro participantes regula el divorcio / separación judicial como tiene por conveniente y sin ninguna «imposición» por parte de la UE. La UE carece de competencia objetiva para unificar el Derecho de Familia sustantivo de los Estados miembros. La UE sí dispone de competencia para elaborar «normas de conflictos de leyes» (art. 81.2 TFUE) incluso, en relación con el «Derecho de Familia» (art. 81.3 TFUE)<sup>26</sup>. De este modo, el Reglamento 1259/2010 preserva, salvaguarda y defiende la diversidad legislativa, y por tanto, cultural y social, en la UE.

33. El Reglamento 1259/2010 tampoco contiene una normativa material propia y específica del divorcio / separación judicial en los supuestos internacionales, distinta a la regulación legal de los divorcios «meramente nacionales». Nada tiene que ver el Reglamento 1259/2010 con la construcción de un hipotético «Código Civil europeo» en materias de Derecho de Familia, de carácter material o sustancial. La elaboración de este cuerpo legal comportaría diversos y graves inconvenientes: (a) Resultaría contrario al principio de subsidiariedad y proporcionalidad; (b) Es innecesario si se cuenta con normas de conflicto uniformes en la UE; (c) Es un objetivo de difícil realización, pues el grado de acercamiento valorativo de los Derechos de los Estados miembros no es elevado, lo que dificulta todo proceso de redacción de un Código material de Derecho de Familia en Europa; (d) En el estado actual del Derecho de la UE, la UE carece de competencia para elaborar un Derecho sustantivo de Familia común a los Estados miembros<sup>27</sup>.

34. El art. 8 R. 1259/2010 contiene una norma de conflicto multilateral. Dicha norma localiza el divorcio / separación judicial en el Estado con el que el litigio presenta los vínculos más estrechos y hace aplicable la Ley sustantiva de dicho país. Este precepto contiene una norma de conflicto «multilateral», por lo que puede conducir a la aplicación de la Ley de cualquier Estado, sin preferencias por uno u otro. El Reglamento 1259/2010 no es legefórista. No ha recurrido al método fácil, pero simplista y con frecuencia costoso para los cónyuges, de proclamar, con carácter general, la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) a los litigios de divorcio / separación judicial<sup>28</sup>. La aplicación al divorcio / separación judicial de la *Lex Fori* es, en el Reglamento 1259/2010, y salvo casos excepcionales, una medida meramente residual (art. 8.d R.1259/2010).

35. El art. 8 R.1259/2010 conduce, en todo caso, a la aplicación de una «Ley estatal». No designa, en ningún caso, como aplicable a un divorcio / separación judicial, una «normativa religiosa» (*Lex Religiosa*). Tampoco los cónyuges pueden elegir, como Ley reguladora de su divorcio / separación judicial, una normativa exclusivamente religiosa no estatal (art. 5 R.1259/2010 *a contrario*).

36. El legislador de la UE no ha empleado, en el art. 8 R. 1259/2010, «normas unilaterales» para precisar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial. La evidente y palmaria preferencia del legislador de la UE por normas de conflicto multilaterales responde a su intención de potenciar la claridad legal, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica (Cons. (9) R.1259/2010). Se ha descartado así la utilización

<sup>26</sup> P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *CDT*, 2011-II, pp. 85-129.

<sup>27</sup> A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, Defrénois, Paris, 2005, pp. 204-205.

<sup>28</sup> F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

del «método unilateral francés» (actual art. 310 *Code*) a tenor del cual, los litigios de divorcio / separación judicial vinculados con casos vinculados con Francia se sujetaban al Derecho francés y los no vinculados con Francia se debían regir por la Ley designada por las normas de conflicto extranjeras de los Estados vinculados con el caso. Este sistema habría comportado los clásicos problemas de la «laguna» (= ninguna Ley estatal de autodeclara aplicable al litigio) y del «cúmulo» (= varias Leyes estatales son aplicables al mismo litigio porque varias normas de conflicto de distintos Estados así lo indican). El sistema unilateral complica la designación del Derecho aplicable (= lo que incrementa los costes conflictuales) y no comporta ninguna ventaja material. Por el contrario, el art. 8 R.1259/2010 contiene una norma de conflicto multilateral. Esta tipo de norma es la que de mejor modo garantizan una designación clara, directa, cierta y segura, de la Ley estatal reguladora de estos litigios internacionales (Cons. (9) R.1259/2010).

**37.** Tampoco contiene el Reglamento 1259/2010 ninguna norma que autorice a aplicar las normas de Derecho interno conocidas como «normas de policía» o «normas internacionalmente imperativas», que regulen el divorcio / separación judicial (= otra forma más de «unilateralismo» larvado). La imposibilidad de interferencia de estas normas en el mecanismo conflictual del Reglamento 1259/2010 aumenta la claridad normativa, la certeza del Derecho y la seguridad jurídica en los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. Esta decisión de política jurídica responde al hecho de que las materias relativas al Derecho de Familia experimentan en la actualidad un proceso de «contractualización» o «liberalización». Ello significa que el Estado renuncia a regular los pormenores de las relaciones privadas familiares y concede autonomía regulativa a los cónyuges. El «orden público de dirección» (= conjunto de normas que salvaguardan un determinado modelo de familia), desaparece progresivamente y queda, exclusivamente, un «orden público de protección» que garantiza los derechos individuales de toda persona<sup>29</sup>. Ese orden público de protección queda preservado a través de la cláusula general de orden público internacional (art. 12 R.1259/2010), de modo que no es necesario «dirigir» u «obligar» a los cónyuges a seguir un determinado modelo de familia y matrimonio mediante normas (internacionalmente) imperativas.

**38.** Las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 y también, naturalmente, su art. 8, se acompañan, además, de un *set* de normas de aplicación que resuelven los problemas característicos de las normas de conflicto: reenvío, orden público, remisión a sistemas plurilegislativos, cuestión previa, etc. Ello facilita la aplicación autónoma del Reglamento 1259/2010 sin que sea preciso recurrir a las normas de cada Estado miembro para solventar estas cuestiones. De ese modo, se incrementa la seguridad jurídica, la claridad normativa y se reducen, para los cónyuges, los costes de información de la normativa conflictual.

**39.** El Reglamento 1259/2010 recoge un sistema conflictual técnicamente muy cuidado y construido sobre principios conflictuales coherentes y sólidos. Es, por ello, un «Reglamento elegante», ya que contiene un escaso número de normas de conflicto que proporcionan soluciones sencillas que responden a una lógica conflictual clara y que permite alcanzar resultados positivos. El Reglamento contiene, en efecto, un «marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes» y garantiza «soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad» (Cons. (9) R.1259/2010). Se aleja así este Reglamento, del carácter puntilloso, burocratizado, farragoso y, a fin de cuentas, poco práctico y de escasa calidad técnico jurídica, propio de recientes normas de DIPr., como el Reglamento 4/2009 [alimentos] y el Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [protección de niños], conjuntos normativos que se convierten, en sí mismos, en problemas jurídicos que se añaden a los problemas sociales que tratan de resolver.

**40.** El Reglamento 1259/2010 tampoco obligaba, de ninguna manera, a los Estados miembros que no contemplaban el divorcio en su ordenamiento jurídico, como ha sido el caso de Malta, a introducirlo en su legislación interna (Cons. (26) R.1259/2010). En la fecha de elaboración del Reglamento,

<sup>29</sup> P. FRANZINA, «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *CDT*, 2011-II, pp. 85-129.

Malta no regulaba el divorcio en sus leyes. La posterior reforma de las leyes maltesas que ha introducido el divorcio en su legislación se ha producido en virtud de una decisión completamente interna de los ciudadanos y órganos legislativos de Malta y no por imposición de la UE ni del Reglamento 1259/2010<sup>30</sup>.

## B) Puntos de conexión comunes al divorcio y a la separación judicial

41. El art. 8 R.1259/2010 designa la Ley aplicable tanto al divorcio como a la separación judicial<sup>31</sup>. Varias observaciones deben realizarse al respecto.

42. Esta opción de técnica conflictual resulta perfectamente justificada. Ambos supuestos, divorcio y separación judicial, presentan características similares, esto es, se trata de instituciones jurídicas que cancelan o disminuyen la intensidad del vínculo matrimonial, pues persiguen la disolución o relajación del mismo. En consecuencia, los contactos espaciales de los dos supuestos deben ser valorados con arreglo a los mismos parámetros<sup>32</sup>.

43. Debe recordarse que, por excepción, el art. 9 R.1259/2010, procura que la eventual conversión de la separación judicial en divorcio quede sujeta a la Ley estatal que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido elegir otra Ley para regular la conversión de la separación judicial en divorcio. En este caso, la regla general es que la Ley aplicada a la separación judicial (*Lex Separationis*) coincida con la Ley que va a ser aplicable el divorcio (*Lex Divortii*).

44. La dicción literal del título del Reglamento y de todos sus preceptos coloca, en primer lugar, al «divorcio» y en segundo lugar, a la «separación judicial», al contrario de lo que ocurre en numerosos sistemas estatales de DIPr., en los que se fija la Ley aplicable a la «separación judicial y al divorcio», en ese preciso orden (art. 107.2 CC España, art. 31 *Legge* 218/1995 Italia). Sigue así el Reglamento 1259/2010 el «modelo belga» contenido en el art. 55 Ley belga DIPr. 16 julio 2004, que, a su vez, siguió la senda trazada por el art. 61 Ley DIPr. Suiza 18 diciembre 1987. Esta presentación de ambas instituciones (= primero el «divorcio», después la «separación judicial») no es casual ni materialmente indiferente. Refleja la intención del legislador de atender, con carácter preferente, a la regulación conflictual del divorcio. Ello se produce por varios motivos: (a) El divorcio es una institución conocida y regulada en casi todas las legislaciones del mundo, mientras que la separación judicial sólo se conoce y regula en determinados Derechos estatales; (b) En las legislaciones sustanciales de numerosos países el divorcio tiende a liberalizarse, a expandirse y a concederse por mera voluntad de los cónyuges o de uno solo de ellos. Por el contrario, la separación judicial pierde protagonismo jurídico. Es cada vez menos utilizada, y aparece ligada a concepciones religiosas que no permiten la disolución del matrimonio *intervivos* por divorcio; (c) El divorcio encaja mejor con el derecho a la libertad decisiva del individuo en el interior de su núcleo familiar (art. 8 CEDH 1950, art. 7 Carta DFUE 2000, con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE 1978) y con la libertad individual de la persona; 4º) Por el contrario, la Ley aplicable a la nulidad del matrimonio debe fijarse mediante puntos de conexión distintos y propios. En efecto, la nulidad del matrimonio, excluida del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010, debe regirse por las Leyes previamente aplicadas a la formación del matrimonio.

## C) Orientación conflictual pura vs. orientación material y art. 8 R.1259/2010

45. La preferencia dada por el Reglamento 1259/2010 a soluciones conflictuales construidas sobre el «principio de proximidad» explica de manera sencilla por qué, a la hora de determinar la Ley aplicable

<sup>30</sup> Vid. *Diario El País* 29 mayo 2011 y Ley de 25 julio 2011, que modifica el Código Civil maltés.

<sup>31</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

<sup>32</sup> F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

al divorcio / separación judicial, es indiferente, para el Reglamento 1259/2010, el contenido material de la Ley reguladora de dicho divorcio y resulta indiferente, también, el resultado final al que conduce la aplicación de dicha Ley sustantiva (= es irrelevante si el divorcio / separación judicial es posible o no es posible, si es más sencillo y rápido o si resulta lento y complejo). Con carácter general, debe afirmarse, pues, que las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 1259/2010 no son normas de conflicto «materialmente orientadas» (= normas que declaran la aplicación de una u otra Ley estatal en función del resultado material concreto que pueda alcanzarse con la aplicación de la misma, como el divorcio mismo, por ejemplo).

46. No obstante lo anterior, existen varios supuestos puntuales en los que sí resulta relevante el contenido material de la Ley estatal que debe regular el divorcio / separación judicial y/o el resultado al que dicho contenido conduce: 1º) Cuando la Ley reguladora del divorcio / separación judicial produce efectos negativos e intolerables sobre la regulación jurídica fundamental de la sociedad del Estado miembro participantes cuyos tribunales conocen del asunto. En dicho supuesto, entra en escena la excepción del orden público internacional para evitar la aplicación de dicha Ley (art. 12 R.1259/2010); 2º) Cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no contempla el divorcio. En tal supuesto, entra en funcionamiento una cláusula específica que ordena la aplicación de la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (art. 10 *in primis* R.1259/2010); 3º) Cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial (art. 10 *in fine* R.1259/2010). En tal caso, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (Ley del foro). En estos tres supuestos, el contenido de la Ley sustantiva aplicable es relevante para «re-sintonizar» la localización del divorcio / separación judicial y señalar otra Ley estatal aplicable distinta a la que, en principio, debería regir el litigio a tenor de los arts. 5 y 8 R.1259/2010.

47. El Reglamento 1259/2010 tiene como objetivo fundamental proporcionar soluciones de DIPr. que permitan una solución segura, sencilla, estable y clara a los litigios internacionales de divorcio / separación judicial que se suscitan en la UE. Dicho objetivo no prejuzga el resultado material de dichos litigios. Es decir, el Reglamento no busca garantizar, a toda costa, el divorcio / separación judicial de los cónyuges. El art. 8 R.1259/2010 no emite «juicios de valor» sobre la Ley estatal que resulta designada para regular el divorcio / separación judicial.

No obstante, el Reglamento contiene diversas disposiciones que propician el divorcio / separación judicial de los cónyuges y otras que no siguen dicha orientación «conflictual pura» y que se compensan, en cierta medida, entre sí. En esta línea, las disposiciones más relevantes que reflejan un *favor divortii* son las que siguen: (a) La primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 R.1259/2010). Es cierto que si los cónyuges pueden elegir la Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, se fomenta la posibilidad de que éstos elijan una Ley estatal que les permita un divorcio / separación judicial más rápido y sencillo (= por ejemplo, un divorcio / separación judicial sin causa objetiva, por mutuo consentimiento de los cónyuges); (b) Las cláusulas de orientación sustancial *pro* divorcio contenidas en el art. 12 R.1259/2010 (= si en el Derecho del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto el *favor divortii* constituye un principio esencial, el orden público internacional operará para permitir el divorcio incluso en contra de lo dispuesto por la *Lex Causae*), en el art. 10 *in primis* R.1259 (= cuando la Ley estatal aplicable designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no contempla el divorcio, se aplica la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto), en el art. 10 *in fine* R.1259/2010 (= cuando la Ley estatal designada con arreglo a los arts. 5 u 8 R.1259/2010 no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará también la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto) y en el art. 9.2 R.1259/2010 (= si la Ley estatal aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicarán las Leyes a las que remite el art. 8 R.1259/2010, salvo que las partes hayan elegido otra Ley para regular su divorcio).

Por otro lado, también ciertas disposiciones del Reglamento 1259/2010 impiden o restringen el *favor divortii*: (a) La primacía de la Ley elegida por las partes en la escala de conexiones empleada para

designar la Ley reguladora del divorcio / separación judicial (art. 5 R.1259/2010) puede ser empleada por los cónyuges para elegir una Ley que no favorezca, de modo particular, el divorcio; (b) El Reglamento no obliga a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud del Reglamento (art. 13 R.1259/2010). Este inciso estaba previsto para que los jueces malteses no debieran dictar una sentencia de divorcio aunque la *Lex Causae* designada por el Reglamento así lo hubiera indicado. La situación, no obstante, ha cambiado desde que Malta ha introducido el divorcio en su legislación interna (Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés); (c) Las disposiciones *pro* divorcio antes citadas (arts. 10 *in primis*, 10 *in fine* y 12 R.1259/2010) sólo imponen la aplicación de la Ley material del foro en casos extremos en los que el divorcio no es posible o resulta discriminatorio. Por tanto, si el divorcio, aunque sea complejo y lento, es factible con arreglo a la *Lex Causae* designada por las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010, dicha Ley se aplicará a pesar de que ello no favorece, en modo particular, el divorcio de los cónyuges. Y aún hay más: si la Ley sustantiva del Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), aplicable en virtud de los arts. 10 y 12 R.1259/2010 no prevé el divorcio o lo hace muy lento, complejo y difícil, el Reglamento no contempla un remedio por divorcio a dicha situación. En efecto, no se ha recogido en el texto del Reglamento 1259/2010 un «orden público internacional *a contrario*» que pudiera permitir la aplicación de una Ley extranjera si la *Lex Fori* no contempla el divorcio o lo hace muy difícil *in casu*<sup>33</sup>; (d) El Reglamento 1259/2010 no contiene un conjunto de normas de conflicto alternativas que conducen a la potencial aplicación de varias Leyes estatales con el objetivo de que se aplique la Ley más favorable al divorcio / separación judicial, sino un sistema de conexiones colocado en forma de escalera conflictual construida sobre el principio de proximidad, particularmente visible en las distintas conexiones recogidas en el art. 8 R.1259/2010.

#### D) Rechazo del modelo «Lex Fori Approach» anglosajón en el Reglamento 1259/2010

48. El Reglamento 1259/2010 ha rechazado categóricamente el modelo *Lex Fori in Foro Proprio*, característico de los países anglosajones y escandinavos en las materias de Derecho de Familia y en particular, con especial énfasis, en relación con el divorcio internacional. Según este modelo, los tribunales deben aplicar, en todo caso, su legislación material a todo supuesto de divorcio / separación judicial que se les presente y respecto del que resulten competentes<sup>34</sup>. Este *Lex Fori Approach* arranca del principio de territorialidad, que en el Derecho inglés tiene una tradición histórica muy marcada. Los *Foreign Cases* (= o casos «alejados de la esfera británica»), no pueden ser decididos ni fallados por los tribunales ingleses. La razón es simple. Es un modo de respetar la «Soberanía extranjera». Y al contrario: los casos «más cercanos» a la esfera británica, deben ser fallados, como no puede ser de otro modo, con arreglo, exclusivamente, al Derecho sustantivo inglés. Por otro lado, el *Jurisdictional Approach* o *Lex Fori Approach*, así como todas las teorías que tratan de justificar la existencia de normas de aplicación necesaria en materia de Derecho de Familia, arrancan de la idea de considerar que dicha legislación en materia de Derecho de Familia es una legislación con connotaciones muy cercanas al Derecho Penal. En materia de divorcio, el método *Lex Fori Approach* se ha mantenido del modo más inalterado y puro hasta hoy en Inglaterra<sup>35</sup>. Varían, naturalmente, los criterios utilizados para llegar al destino final, que es siempre la aplicación de la *Lex Fori*. La evolución histórica en esta materia es compleja. Al inicio, los tribunales ingleses utilizaron el criterio «domicilio del marido» (= lo que era lógico, pues el domicilio era siempre el común de los cónyuges, ya que la esposa no tenía domicilio propio), como criterio fun-

<sup>33</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

<sup>34</sup> J. FAWCETT / J. M. CARRUTHERS, *Cheshire, North & Fawcett Private International law*, 14ª edición, Oxford University Press, 2008, pp. 944-1028; K. MCQUAID, «Divorce in the European Union: Should Ireland Recognize Foreign Divorces?», *Transnational Law and Contemporary Problems*, Fall 2006, pp. 374-400; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. pp. 105-115.

<sup>35</sup> P.M. NORTH, «Development of rules of private international law in the field of family law», *RCADI*, 1980-I, vol.166, pp. 9-118.

damental de competencia judicial internacional. Y ello llevaba siempre a la Ley material inglesa. Tras varias reformas legales en el Derecho material inglés, inspiradas muchas de ellas en el principio de «no discriminación», se permitió a la esposa adquirir su propio domicilio y también instar el divorcio. Ello ha hecho más complejas las soluciones. Pero no debe olvidarse que la *Substantial Lex Fori* continúa siendo la única Ley aplicable al divorcio en DIPr. inglés. El *leading case* fue y sigue siendo *Zanelli vs. Zanelli* (1948).

49. Sin embargo, este modelo *Lex Fori Approach* presentaba dos grandes inconvenientes: 1º) No conducía necesariamente a aplicar la Ley estatal que permitía resolver el litigio de divorcio / separación judicial a un coste más reducido. En efecto, puede existir una Ley sustantiva bien conocida por los cónyuges cuya aplicación al supuesto de divorcio / separación judicial permitía solventar el litigio a un coste más reducido que la *Lex Fori*; 2º) Generaba *Forum Shopping*, puesto que la Ley reguladora del divorcio / separación judicial sería diferente según cuál fuera el Estado cuyos tribunales eran competentes para fallar el litigio de divorcio / separación judicial. Ello fomentaba la carrera hacia los tribunales y favorecía al cónyuge mejor posicionado desde un punto de vista económico. Visto que el Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 perseguía, entre otros objetivos, acabar con el *Forum Shopping* en el sector de la disolución y relajación del vínculo matrimonial, esta opción metodológica fue rechazada. El art. 8 R.1259/2010, como ya se ha indicado, no es un precepto legeforista y el *Lex Fori Approach*, que hubiera arruinado totalmente la unidad y la estabilidad de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial en la UE, ha sido arrumbado por dicho precepto al baúl de los recuerdos.

### 3. Escalera kegeliana de conexiones, principio de proximidad y reducción de costes conflictuales

50. La «escalera de conexiones» recogida en el art. 8 R.1259/2010 está construida e inspirada por el «principio de proximidad», propio de los países que siguen el modelo conflictual latino-germánico de la «mayor vinculación» o «centro de gravedad de la relación jurídica». Esta afirmación precisa diversos comentarios. En primer lugar, el «principio de proximidad» significa que el legislador de la UE sujeta el divorcio / separación legal a la Ley del Estado cuya aplicación al caso genera los menores «costes conflictuales» para los cónyuges. Es la Ley que permite resolver el divorcio / separación judicial a un coste más reducido para los cónyuges (Cons. (21) R.1259/2010). En segundo término, un sistema de puntos de conexión construido sobre el principio de proximidad y que utiliza criterios de vinculación claramente definidos, no dejados a la discrecionalidad judicial, es un sistema que garantiza la seguridad jurídica y la previsibilidad del resultado jurídico de la controversia (Cons. (21) R.1259/1010).

51. El art. 8 R.1259/2010 persigue dar aplicación a la Ley del país «más próximo a la situación de divorcio» porque se supone que los cónyuges conocen o pueden conocer dicha Ley estatal a bajo coste, y con arreglo a la cual es muy posible que hayan ajustado su comportamiento conyugal en el pasado<sup>36</sup>. Esta idea la expresa el Cons. (21) R.1259/2010, al expresar que «[a] falta de elección de la ley aplicable, es conveniente que el presente Reglamento establezca normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate». En esta línea, indica también el mismo Cons. (21) R.1259/2010 que los «criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho». Debe destacarse cómo el legislador enfatiza la relación entre «los cónyuges», por un lado, y la «ley de que se trate», por otro lado. Lo relevante es la «cercanía espacial» de los cónyuges con un Estado (= las vinculaciones espaciales del caso concreto con un determinado país). A mayor cercanía o proximidad espacial, mayor beneficio conflictual para los cónyuges, que podrán resolver su controversia jurídica a un coste más reducido. En efecto, la Ley del país con el que el litigio está más estrechamente conectado es la Ley cuya aplicación permite solventar dicho litigio a un coste más reducido para los cónyuges. Sólo las «vinculaciones espaciales» del caso con los distintos Estados constituyen criterios

<sup>36</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

útiles para identificar la Ley estatal que permite resolver el divorcio / separación judicial a un coste menor<sup>37</sup>. El resto de circunstancias de la controversia, como por ejemplo, el hecho de que el divorcio / separación judicial sea «de mutuo acuerdo» o sea «contencioso», no son útiles para tal fin. La reducción de costes conflictuales no beneficia al Estado, sino a los cónyuges litigantes, que pueden solucionar sus diferencias jurídicas internacionales a un coste más reducido. El doble énfasis que el Cons. (21) pone en la vinculación de los «cónyuges» con el Estado cuya Ley es aplicable al divorcio / separación judicial permite destacar que, a juicio del legislador de la UE, la determinación de la Ley aplicable debe beneficiar a tales cónyuges mediante a la aplicación de una Ley que les comporta costes reducidos. No a los Estados (= cuya soberanía no se halla implicada en los litigios internacionales de divorcio) ni a los tribunales (= que deben aplicar la Ley del Estado más vinculada a los cónyuges, no la Ley estatal cuya aplicación resulta más cómoda y sencilla a los jueces competentes).

**52.** En dicho orden de ideas, si los cónyuges no han elegido la Ley reguladora del divorcio / separación judicial o si dicha elección no es válida, el divorcio se regirá por las siguientes Leyes.

- 1º) En primer término, se aplicará la Ley sustantiva del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010).
- 2º) En defecto del criterio anterior, se aplicará la Ley sustantiva del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.b R.1259/2010).
- 3º) En defecto de los anteriores criterios, se aplicará la Ley sustantiva del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010).
- 4º) A falta de los anteriores criterios, se aplicará la Ley sustantiva del Estado miembro participante ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda (*Lex Fori*) (art. 8.d R.1259/2010).

### III. Análisis de las distintas conexiones

#### 1. Residencia habitual común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.a R.1259/2010)

##### A) Justificación de la conexión «residencia habitual común». Costes conflictuales y *Social Ties*

**53.** En primer lugar, y en defecto de elección de Ley válidamente realizada por los cónyuges, el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda. La precisión de la residencia habitual de los cónyuges, precisamente, «en el momento de la interposición de la demanda», evita problemas de conflicto móvil y garantiza que esa Ley corresponde a un Estado que, en el momento del divorcio / separación legal, presenta una conexión real con el litigio (*vid.*, antes del Reglamento 1259/2010: SAP Málaga 31 marzo 2004, SAP Bilbao, 24 mayo 1993, SAP Madrid 16 enero 1996, SAP Barcelona 19 marzo 2003, SAP Barcelona 8 noviembre 2002). El art. 8.1 R.1259/2010 ha apostado claramente por la prevalencia (= mayor peso conflictual) de la «conexión social» (= «proximité sociale») sobre la «conexión cultural» (= «proximité culturelle»)<sup>38</sup>. En otras palabras, puede decirse que el punto de conexión «residencia habitual de los cónyuges» en esta materia presenta innegables ventajas, lo que le ha valido para ocupar el escalón más alto de la escala conflictual. Es hora de analizar tales ventajas.

<sup>37</sup> H. GAUDEMET-TALLON, «Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel), cours général», *RCADI*, 2006, pp. 1-488, esp. p. 297.

<sup>38</sup> F. RIGAUX / M. FALLON, *Droit international privé*, 3ª ed., Bruxelles, 2005, pp. 572-578.

**54. a) Menores costes conflictuales.** El país donde los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda es el país donde se encuentra el «centro social de vida» de ambos sujetos. Es el país donde contratan habitualmente, donde reside el núcleo de su familia, donde normalmente residirán también con carácter habitual los hijos de los cónyuges y donde tales hijos están escolarizados. Es el país donde, normalmente, los cónyuges tendrán sus trabajos y/o negocios, es el país donde se relacionan con terceros todos los días, donde normalmente serán propietarios o poseedores de bienes, bienes que con frecuencia, serán inmuebles. Es el país en cuya sociedad se encuentran integrados los cónyuges. Por ello, la residencia habitual de los cónyuges es una «conexión social» (= los cónyuges están vinculados con un Estado porque están integrados en la sociedad de ese Estado). El legislador de la UE entiende que la «conexión social» conduce a una Ley que genera costes conflictuales menores que los que comporta la aplicación de la Ley estatal a la que conduce una «conexión cultural», como es la nacionalidad. Es decir, el legislador de la UE prefiere la residencia habitual de los cónyuges como conexión (= «*criterio de vinculación*» dice el Cons. (21) R.1259/2010) porque arranca de la idea de que los cónyuges conocen mejor o se encuentran en una situación en la que pueden conocer mejor, y por tanto a un coste más reducido, la Ley del país de su residencia habitual común, que la Ley de cualquier otro Estado, incluida la Ley del país de su nacionalidad común en el momento de presentación de la demanda. La Ley del país en que los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda es una Ley de «aplicación previsible» para los cónyuges. Los cónyuges que instalan voluntariamente su domicilio en un concreto país, crean una «situación internacional» cuyas consecuencias jurídicas está en condiciones de asumir a un coste más reducido que cualquier otro sujeto, argumento que ya hizo valer el mismo F.K. VON SAVIGNY<sup>39</sup>. Puede presumirse que los cónyuges que habitan de manera estable en un concreto país, conocen o están en posición óptima para conocer el Derecho de tal país, y están habituados a comportarse con arreglo a los criterios jurídicos del mismo. Igualmente, parece justo poder exigir a los cónyuges que habitan de manera estable en un país, que conozcan las normas de dicho país, en el que voluntariamente, han instalado su residencia habitual. La Ley del país donde los cónyuges tienen su residencia habitual es la Ley estatal que permite resolver el litigio de divorcio / separación judicial a un coste más reducido. En principio, y desde el punto de vista conflictual, la calidad de la vinculación que representa el punto de conexión «residencia habitual» es superior a la calidad de la vinculación propia de la conexión «nacionalidad». Ello se explica porque la residencia habitual está basada, necesariamente, en contactos «sustanciales» de los cónyuges con un país (= es el país donde, efectivamente, viven los cónyuges, país en cuya sociedad dichos cónyuges se hayan integrados), mientras que la «nacionalidad» es un punto de conexión basado en contactos que pueden ser puramente «formales» o «meramente aparentes» (= se puede ostentar la nacionalidad de un país sin haber vivido jamás en dicho país o habiendo abandonado dicho país hace años). La residencia habitual representa, por ello, en los litigios de divorcio, la conexión «más real y sustancial» de una situación con un concreto Estado<sup>40</sup>.

El fundamento de la conexión «residencia habitual común» de los cónyuges reviste carácter económico<sup>41</sup>. En efecto, la aplicación de la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges es una solución eficiente, porque, en términos generales, dicha Ley comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges (= solventa el divorcio / separación judicial al coste más reducido). Desde este punto de vista, el art. 8.a R.1259/2010 supone la sublimación de la «jurisprudencia *Rivière*» (Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953 [divorcio entre esposa francesa y marido ruso de origen pero nacionalizado

<sup>39</sup> F.K. VON SAVIGNY, *Sistema de Derecho romano actual*, traducido del alemán por M. Ch. Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Messía y Manuel Poley, Madrid, 1879, vol.VIII, edición facsimil de Ed. Comares, Granada, 2005, p. 1374.

<sup>40</sup> D. HENRICH, «Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends», en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 41-51; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 129; TH.M. DE BOER, «Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century», en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (Eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F.K. Juenger*, Transnational Publishers / Ardsley, Nueva York, 2001, pp. 193-214; P. Mc.ELEAVY, «The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law», *JCLQ*, vol.51, oct. 2002, pp. 883-908.

<sup>41</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

ecuatoriano ambos con residencia habitual en Ecuador])<sup>42</sup>. En esta famosa sentencia, la *Cour* prefirió la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges no por el motivo de respetar así la soberanía del Estado donde ambos residen, sino porque dicha Ley es la que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges (= es la solución conflictual más eficiente). Ahora bien, la «solución *Rivière*» era sólo aplicable a divorcios entre cónyuges de nacionalidades distintas, mientras que el art. 8.a R.1259/2010 la ha elevado a la cúspide de las conexiones objetivas en defecto de elección de Ley, de modo que la Ley de la residencia habitual común de los cónyuges opera también cuando ambos ostentan la misma nacionalidad. La «jurisprudencia *Rivière*» ha alcanzado su sublimación (= ha ganado la batalla a la conexión «nacionalidad común de los cónyuges y se ha alzado en la cúspide de la escala de conexiones, tan sólo tras la autonomía de la voluntad conflictual de los cónyuges). El art. 8.a R.1259/2010 representa, también, la venganza de la jurisprudencia *Rivière* contra el legislador francés, pues el precepto citado vuelve a una solución jurisprudencial que existía en Francia antes de que en 1975, el legislador introdujera el hoy art. 309 *Code*, que contiene una norma de conflicto unilateral nunca bien vista por la doctrina francesa. El art. 8.a R.1259/2010 supone, para Francia, el retorno de la norma de conflicto en materia de divorcio, tal y como estableció la jurisprudencia *Rivière* antes del art. 309 *Code*. La preferencia del art. 8.a R.1259/2010 por la conexión «residencia habitual común» no obedece al motivo de respetar la soberanía del Estado donde ambos cónyuges residen. Se prefiere la aplicación de dicha Ley porque es la Ley que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges (= es la solución conflictual más eficiente). El divorcio entre un alemán y una francesa con hijos comunes, es, como indicaba J.M. BISCHOFF, «una tragedia humana, no un asunto de Estado»<sup>43</sup>. El divorcio entre dos cónyuges no afecta a la soberanía de los Estados, razón por la que la solución conflictual debe tener en cuenta los intereses de los cónyuges, no los intereses del Estado.

**55. b) Reflejo de la movilidad social actual.** La sociedad actual se caracteriza por su movilidad espacial. Las personas cambian, con extrema facilidad, de país de residencia. Este punto de conexión permite, en sintonía con lo anterior, la movilidad de la Ley aplicable y la aplicación de la Ley que responde al ambiente social actual de los cónyuges (= «conexión presente»). La nacionalidad, como es sabido, es un punto de conexión muy rígido. La pérdida y adquisición de la nacionalidad siguen procedimientos jurídicos muy estrictos, que no reflejan adecuadamente la movilidad de las personas propia del momento presente.

**56. c) Ley neutral para los cónyuges.** La Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges es una Ley «neutral» para las partes. Dicha Ley no privilegia las circunstancias de uno o de otro de los cónyuges. No se trata de la Ley propia «de un cónyuge» cuya aplicación se impone sobre la Ley «del otro cónyuge». Es la Ley de un Estado con el que ambos cónyuges presentan un vínculo común.

**57. d) Proporciona una aceptable estabilidad jurídica a los cónyuges.** El criterio de la residencia habitual de ambos cónyuges constituye además un criterio dotado de un aceptable nivel de estabilidad jurídica. En efecto, la Ley aplicable no cambia por el hecho de que uno de los cónyuges traslade a otro país su «residencia de hecho», ni por el hecho de que cambie de nacionalidad o realice un viaje, más o menos prolongado a otro país o de que se traslade temporalmente a otro país por motivos de trabajo. Debe añadirse que, debido a que una buena parte de los foros de competencia judicial internacional en materia de divorcio / separación judicial están contruidos sobre el criterio de la residencia habitual de los cónyuges, la regla de la aplicación de la Ley de la residencia habitual común conducirá con frecuencia a la aplicación del Derecho de Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Ello evita aplicar Leyes extranjeras en materia de divorcio y separación judicial, lo que puede constituir una ventaja para los cónyuges en ciertos casos, pues dichos cónyuges no deberán probar el contenido de la Ley extranjera reguladora del divorcio / separación judicial<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> Y. LOUSSOUARN / P. BOUREL / P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 8ª ed., París, Dalloz, 2004, pp. 170 y 420-423; F. MOSCONI, «Exceptions to Operation of Choice of Law Rules», *RCADI*, 1989, vol.217, pp. 9-214, esp. p. 88.

<sup>43</sup> J.M. BISCHOFF, «Mariage», *Enc. Dalloz Droit international*, vol.II, 1969, pp. 285-307.

<sup>44</sup> *Vid.* COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, «Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el

**58. e)** *Es un punto de conexión que garantiza el efecto útil de la función ordenadora del Derecho sobre la sociedad.* Los Estados legislan para ordenar «su sociedad» de un modo concreto. Este punto de conexión permite al Estado realizar, en relación con la inmensa mayoría de su población, los objetivos que persigue su ordenamiento jurídico en lo relativo al Derecho de la persona y Familia<sup>45</sup>. Aunque este punto de conexión se dirige a los cónyuges a fin de que logren solventar el divorcio a un coste reducido para ambos, de modo paralelo también permite al Estado organizar la disolución / relajación del vínculo matrimonial en relación con los matrimonios que disponen de su hogar conyugal en el territorio de dicho Estado.

**59. f)** *Es un punto de conexión fácilmente comprobable y perceptible por el tribunal y por terceros.* La residencia habitual constituye una vinculación «material y exterior» de una persona con un Estado. Se trata de un criterio objetivo, exterior y físicamente observable por la misma persona y por terceros<sup>46</sup>.

#### **D) Análisis económico de la «solución Rivière»**

**60.** Un ejemplo práctico permitirá descubrir la verdadera justificación (= justificación económica en el sentido de «divorcio a coste reducido para ambos esposos» / «eficiencia conflictual»), de este punto de conexión «residencia habitual común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda». Este ejemplo muestra, de manera sencilla, que, en efecto, este punto de conexión constituye la solución conflictual más adecuada en defecto de elección de Ley por los cónyuges<sup>47</sup>.

**61.** Pues bien, marido alemán y esposa marroquí residen desde hace siete años en Cádiz. El marido alemán conoce y/o está en óptima posición para conocer, con un reducido esfuerzo, su propio Derecho nacional, esto es, el Derecho alemán (= coste: 10). Por otra parte, la esposa marroquí conoce y/o está en perfecta posición para informarse, a un coste reducido, el contenido del Derecho marroquí (= coste: 10).

Imponer imperativamente la aplicación del Derecho marroquí al marido alemán carece de sentido económico, pues propicia un divorcio a coste muy elevado (= coste 90 para el cónyuge alemán, que, en principio ni conoce ni está en buena posición para conocer, a un coste bajo, el Derecho marroquí). Y viceversa, pues imponer obligatoriamente la aplicación del Derecho alemán a la esposa marroquí carece también de sentido económico, pues conduce a un divorcio a coste muy elevado para la esposa (= coste 90 para la esposa marroquí, que, en principio, ni conoce ni está en buena posición para conocer, a un coste moderado, el Derecho alemán). No existe, por tanto, ninguna «razón conflictual» (= ni dogmático-jurídica ni económica) por la que deba aplicarse a este divorcio el Derecho alemán o el Derecho marroquí. Aplicar la Ley nacional del marido (= Derecho alemán) no sólo constituye una solución discriminatoria contraria al principio de no discriminación por razón de sexo, *vid.* art. 14 CEDH 4 noviembre 1950), sino que es también una «solución no eficiente». Por la misma razón, aplicar el Derecho marroquí a este divorcio porque se trata del Derecho nacional de la esposa resultaría igualmente discriminatorio e igualmente ineficiente.

Por el contrario, ambos sujetos se encuentran en una óptima posición global para conocer el Derecho español, ya que residen habitualmente en España (= coste para cada cónyuge: 60). La aplicación de la Ley de la residencia habitual común de los esposos (art. 8.a. y b R.1259/2010 [conexión tercera]) es, efectivamente, una solución eficiente. En términos generales, dicha Ley comporta los costes conflictuales más reducidos para los cónyuges (= permite un divorcio a un coste reducido para ambos cónyuges). En efecto, es la Ley que corresponde al país de la «sede del matrimonio» (= sede del hogar conyugal), la Ley del país en cuya sociedad los cónyuges viven y, presumiblemente, se encuentran integrados. Es, por razón de esta «cercanía espacial de los cónyuges», la Ley cuyo contenido estos su-

Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial», Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 julio 2006, p. 11.

<sup>45</sup> T. WOLFF, «Interest Analysis in Interjurisdictional Marriage Disputes», *UnivPaLRev*, 2005, pp. 2215-2250; G.P. ROMANO, «La bilateralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes», *RCDIP*, 2006, pp. 457-520.

<sup>46</sup> H. BATIFFOL / P. LAGARDE, *Droit international privé*, t.I, 8ª ed., LGDJ, Paris, 1993, pp. 446-450.

<sup>47</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

jetos están en situación de conocer a un coste menor. La eficiencia de la solución conflictual del art. 8.a R.1259/2010 no se calcula exclusivamente en términos de «costes conflictuales totales» (= los costes menores en términos absolutos [120 - 100]), sino en que debe medirse preferentemente en «costes conflictuales globales» (= un enfoque holístico que tiene en cuenta toda la situación jurídica). La solución más eficiente es aquélla que distribuye de modo más equilibrado los costes conflictuales. Es la solución que no permite que una parte tenga asignados costes conflictuales muy reducidos y que, por el contrario, otro cónyuge tenga que soportar costes conflictuales muy elevados. Si el divorcio, en este ejemplo, quedase regulado por la Ley marroquí, ello comportaría unos costes conflictuales muy elevados para el cónyuge alemán. Y viceversa. Es razonable, por ello, pensar que el cónyuge marroquí prefiere ver aplicada la Ley sustantiva española (= Ley del país donde tiene su residencia habitual, cuya aplicación le comporta costes conflictuales moderados) antes que ver aplicada la Ley alemana (= de la que nada o poco sabe, y cuya aplicación, precisamente por eso, le supondría costes conflictuales muy elevados). Y al contrario: el cónyuge alemán, en circunstancias normales, siempre preferirá la aplicación de la Ley española antes que la aplicación de la Ley marroquí.

**62.** Este ejemplo pone de manifiesto, como antes se ha señalado, que la conocida como «solución *Rivière*» (Sent. Cour Cass. Francia 17 abril 1953 [divorcio entre esposa francesa y marido ruso de origen pero nacionalizado ecuatoriano ambos con residencia habitual en Ecuador]) es una solución edificada sobre razones económicas (= «eficiencia conflictual»). En los casos de divorcios entre cónyuges de distinta nacionalidad, se prefiere la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común no por el motivo de que así se respeta la soberanía del Estado donde ambos residen, sino porque dicha Ley es la que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges (= es la solución conflictual más eficiente). El legislador europeo «fuerza a colaborar» a los cónyuges y les sujeta a la Ley del país de su residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. De ese modo, logra que el divorcio se solvete a un coste reducido para ambos litigantes.

### Tabla núm. 1

Divorcio entre marido alemán y esposa marroquí ambos con residencia habitual en España (análisis económico de la «jurisprudencia *Rivière*» y del art. 8.a y b R.1259/2010 [conexión «residencia habitual de los cónyuges» en materia de divorcio])

|                             | Coste de aplicación de la Ley marroquí (Ley nacional de la esposa) | Coste de aplicación de la Ley alemana (Ley nacional del marido) | Coste de aplicación de la Ley española (Ley de la residencia habitual común) |
|-----------------------------|--|---|--|
| Cónyuge 1 (marido alemán)   | 90   | 10  | 60   |
| Cónyuge 2 (esposa marroquí) | 10   | 90  | 60   |
| <b>TOTAL</b>                | =100   | = 100   | <b>= 120 (solución conflictual eficiente)</b>                                |

### B) Concepto de «residencia habitual de los cónyuges»

**63.** El Reglamento 1259/2010 no recoge un concepto legal de «residencia habitual de los cónyuges». El concepto de «residencia habitual» contenido en el Reglamento Roma I (art. 19) no resulta útil para el Reglamento 1259/2010. En primer lugar, porque el legislador de la UE, pudiendo haberlo hecho, no se ha remitido a tal concepto. En segundo lugar porque dicho precepto no define el concepto de «residencia habitual de la persona física no profesional», que es el concepto que, por el contrario, resulta imprescindible en el cuadro del Reglamento 1259/2010. El concepto de «residencia habitual» debe ser

concretado de manera uniforme (= válido para todos los Estados participantes) y a los solos efectos del Reglamento 1259/2010. No debe tomarse de un concreto Derecho estatal. Dicho concepto presenta un carácter «fáctico». El tribunal competente debe determinar cuál es el país donde los cónyuges tienen su residencia habitual a través de meros datos de hecho que revelan cuál es el lugar que constituye el centro social de vida de los sujetos. El concepto «residencia habitual» debe ser el mismo que se mantiene en el Reglamento 2201/2003 (art. 2 y Cons. (10.I) R. 1259/2010). En consecuencia, la residencia habitual de los cónyuges es el «centro social de vida» o lugar donde los cónyuges «*han fijado voluntariamente su centro permanente de intereses con carácter estable*» (Sent. *Cour Cassation* Francia, 14 diciembre 2005). Ello significa que la residencia habitual resulta de una combinación de elementos objetivos (= presencia física de los esposos en un país) y elementos subjetivos (= voluntad de que dicha presencia sea estable y no pasajera)<sup>48</sup>.

**64.** En consecuencia, y aunque el Reglamento 1259/2010 no exige una duración determinada de dicha residencia habitual, ésta será siempre, *per definitionem*, una conexión de consistencia real (= *réelle consistance*). Por ello, debe ponerse de relieve lo siguiente: (a) No es relevante que sea una residencia «temporal». Lo relevante es que el sujeto tenga su centro social de vida en un Estado concreto, ya sea de modo temporal, permanente o semi-permanente; (b) No es relevante que el sujeto tenga intención de retornar a otro país. Lo relevante es el Estado en el que el sujeto tiene su centro social de vida en el momento presente; (c) No es relevante que el sujeto esté o siga inscrito en Registros oficiales de otro país a efectos fiscales, electorales o municipales. Por ello, la inscripción del sujeto en Registros públicos o Padrón de un lugar no supone, automáticamente, que el sujeto tenga en dicho lugar su «residencia habitual» (erróneamente: SJPI Estepona 23 febrero 1990 y SAP Granada 14 enero 1991); (d) La «mera estancia» del sujeto en un Estado no constituye «residencia habitual» a efectos del Reglamento 1259/2010 (SAP Murcia 8 noviembre 1999, SAP Barcelona 7 marzo 2001, SAP Alicante 5 mayo 2000, SAP La Coruña 17 junio 2002); (e) La mera «residencia pasajera» o «precaria» del sujeto en un Estado miembro tampoco constituye «residencia habitual» a efectos de los Reglamentos 2201/2003 y 1259/2010; (f) La mera «intención de residir habitualmente en un país» no es suficiente para crear la residencia habitual en dicho Estado<sup>49</sup>; (g) El concepto de residencia habitual de los cónyuges no equivale al concepto italiano de «*prevalente localizzazione della vita matrimoniale*», empleado por el art. 31 *Legge* 218/1995 para fijar la Ley aplicable al divorcio en defecto de nacionalidad común de los cónyuges<sup>50</sup>. El concepto aludido es, más bien, un «mecanismo de aproximación a la Ley aplicable» en el que la residencia habitual juega un papel evidente, pero que puede concurrir incluso si los cónyuges no residen habitualmente en un mismo país<sup>51</sup>.

**65.** En suma, el país de la residencia habitual de los cónyuges es aquél donde se halla el «centro habitual de intereses de la pareja». El análisis jurídico que debe realizar el tribunal para acreditar cuál es ese país exige una cierta «retrospección temporal». En efecto, la residencia habitual se concreta en el lugar donde los esposos se encuentran con vocación de cierta permanencia y dicha vocación de permanencia requiere acreditar que los esposos se hallan en dicho lugar «durante un cierto tiempo». Lo que no resulta procedente es examinar toda la trayectoria vital del matrimonio para descubrir en qué lugar tienen los cónyuges su común residencia habitual, ya que el art. 8.a R.1259/2010 indica con claridad que la residencia habitual relevante es la que se tiene «*en el momento de la interposición de la demanda*» (con evidente confusión, pero con buena voluntad, *vid.* SAP Asturias 16 julio 2009 [divorcio entre marido italiano y esposa española casados en Gibraltar]). Visto que el concepto de residencia habitual

<sup>48</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

<sup>49</sup> F. SALERNO, «I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale», *RDIPP*, 2007, pp. 63-84.

<sup>50</sup> R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 162-164.

<sup>51</sup> J. CARRASCOSA GONZALEZ / F. SEATZU, «Normas de competencia judicial internacional en la propuesta de reglamento 'Roma III'», *RDIPP*, 2009-3, pp. 567-588; F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

es un concepto fáctico y no jurídico, resulta más sencillo saber en qué país tienen los cónyuges su «residencia habitual», que saber en qué país tienen éstos su «domicilio». En ciertos supuestos, también puede resultar más sencillo concretar el país de la residencia habitual de los cónyuges que saber y probar qué nacionalidad ostentan. En efecto, tanto el «domicilio» como la «nacionalidad» son «conceptos jurídicos» y, por ello, su comprobación es más dificultosa.

### C) Supuestos de ruptura de la ecuación «residencia habitual = país más conectado con los cónyuges»

66. La preferencia de legislador por la «residencia habitual» en perjuicio de la nacionalidad como punto de conexión en el art. 8 R.1259/2010, constituye una «regla de base». Como tal, puede fallar en ciertos casos concretos<sup>52</sup>. En efecto, puede suceder que los cónyuges tengan su residencia habitual en un país en el que no se hayan socialmente integrados y que se sientan todavía muy ligados al país de su nacionalidad, cuyas normas legales observan pese a habitar en otro país distinto desde hace tiempo. También puede ocurrir que piensen regresar, tarde o temprano, al país de su nacionalidad. En estos supuestos, podría suceder que la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual común de los cónyuges comportase una solución al divorcio más costosa que la que resultaría de la aplicación de la Ley nacional común de los mismos. Pues bien, el Reglamento 1259/2010, sensible a dicha posibilidad, permite que los cónyuges puedan elegir, como Ley aplicable a su divorcio / separación judicial, la Ley del país cuya nacionalidad común ostentan en el momento de la interposición de la demanda de divorcio / separación judicial. De ese modo, si la aplicación de la Ley nacional común genera costes conflictuales menores que los provocados por la Ley de la residencia habitual común, el art. 5 R.1259/2010 permite a los cónyuges que hagan prevalecer la «conexión cultural» del supuesto en perjuicio de la «conexión social» del mismo<sup>53</sup>. De todos modos, esta última situación caracterizada por el hecho de que los cónyuges no se han integrado en la sociedad del país donde residen habitualmente y por el hecho de que todavía se sienten más vinculados con el país de su nacionalidad común, debe considerarse menos frecuente que la contraria. Lo normal será que los cónyuges se hallen integrados en la sociedad del país en el cual tienen su residencia habitual. Por ello, el legislador ha establecido que, en defecto de Ley elegida por las partes, la regla básica consiste en la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda. Las normas se elaboran no para supuestos o personas concretas, sino para los «casos generales», como escribió el gran jurista ULPIANO (*Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur*)<sup>54</sup>.

## 2. Última residencia habitual común de los cónyuges (art. 8.b R.1259/2010)

67. En defecto de residencia habitual de los cónyuges en el mismo país en el momento de la interposición de la demanda, el divorcio / separación judicial se regirán por la Ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda. Se trata de una residencia habitual común «prolongada» o «diferida» (*vid.*, antes del Reglamento 1259/2010: SAP La Coruña 26 abril 2007 [divorcio entre cónyuges español y suiza con última residencia habitual común en Suiza]). Varios aspectos deben subrayarse en torno a esta conexión.

68. a) *Integración social*. La razón de ser esta conexión se explica fácilmente. El país donde los cónyuges han tenido su última residencia habitual común manifiesta, en los casos normales, un alto grado de vinculación sustancial con la situación matrimonial por las razones antes vistas en relación con el art. 8.a R.1259/2010. En efecto, será frecuente que en dicho país los cónyuges tengan bienes comunes, hijos escolarizados, negocios varios, otros familiares, etc. Por ello, se tratará de una Ley cuyo conocimiento y aplicación al caso generará «costes conflictuales» reducidos para los cónyuges, ya que es una

<sup>52</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 92.

<sup>53</sup> CH.M.V. CLARKSON / J. HILL / A.J.E. JAFFEY, *Jaffey on the Conflict of Laws*, 2ª ed., London, Butterworths, 2002, pp. 21-26.

<sup>54</sup> Ulpiano, en *Digesto*, 1.3.8.

Ley que dichos sujetos pueden conocer fácilmente o respecto de la cuál, se hallan en una posición que les permite conocer sus disposiciones legales de una manera sencilla. En otras palabras, se trata de una Ley de aplicación previsible para los cónyuges.

**69. b) Residencia habitual común diferida.** Aunque en el momento de interposición de la demanda de divorcio / separación judicial ya no residan ambos cónyuges habitualmente en dicho país, es cierto que las vinculaciones del litigio y de los cónyuges con ese Estado siguen siendo muy sólidas: (a) Es el país donde uno de los cónyuges todavía reside habitualmente en el momento de interposición de la demanda de divorcio / separación judicial (*vid.* un caso de circunstancias interesantes en el que no hubiera podido operar este punto de conexión: SAP Barcelona 22 diciembre 2011 [español fallecido en Ghana, esposa con residencia en Irlanda y última residencia habitual común del matrimonio en España]); (b) Es el país en el que ambos han residido de forma habitual; (c) No ha transcurrido más de un año desde que dejó de ser el país de residencia habitual común de los cónyuges. Por ello, con carácter general, puede afirmarse que la aplicación de esa Ley genera todavía costes conflictuales más reducidos que la aplicación de la Ley de cualquier otro Estado. La residencia habitual común de los cónyuges no pierde automática y repentinamente su valor como conexión desde el mismo instante en que uno de los cónyuges deja de residir habitualmente en ese país. El valor conflictual de la residencia habitual se prolonga en el tiempo, y en concreto, durante un año. El legislador de la UE estima que, al menos durante ese año, no hay otro Estado más estrechamente vinculado al litigio de divorcio / separación judicial (= persiste la proximidad temporal y personal de los cónyuges con ese país)<sup>55</sup>. El plazo diferido de «un año» puede parecer escaso. Sin embargo, resulta oportuno no prolongar en demasía el valor como conexión de una residencia habitual común que ya ha dejado de ser común. En efecto, un plazo más prolongado habría provocado incertezas legales, ya que, pasado ese primer año, es muy posible que existiera otro Estado con el que la vinculación espacial del supuesto fuera mayor, otro Estado cuya Ley habría podido resolver el litigio con costes conflictuales más reducidos.

**70. c) Descarte de la conexión para lograr una disminución de los costes conflictuales.** Como sucede en relación con el punto de conexión anterior (= residencia habitual común presente), la residencia habitual común diferida conduce a aplicar una Ley «neutral» para las partes, una Ley cuya aplicación que no privilegia a ninguno de los cónyuges. Debe recordarse, de nuevo, que los cónyuges siempre pueden «descartar» la aplicación de la Ley del país de su última residencia habitual común mediante la elección de otra Ley estatal aplicable al divorcio (= art. 5 R.1259/2010: primer punto de conexión: elección de Ley reguladora del divorcio / separación judicial efectuada por los cónyuges). De ese modo, si los cónyuges estiman que el divorcio / separación judicial puede resolverse a un coste menor si se aplicase otra Ley estatal, pueden elegir como aplicable esa «otra Ley estatal» y lograr una disminución de los costes conflictuales de su divorcio / separación judicial.

### **3. Nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (art. 8.c R.1259/2010)**

#### **A) Justificación del punto de conexión «nacionalidad». Costes conflictuales y «Cultural Ties»**

**71.** En defecto de elección de Ley por los cónyuges y en defecto, también, de los dos anteriores puntos de conexión fundados sobre la vinculación «residencia habitual», el divorcio / separación judicial se regirá por la Ley nacional común de los cónyuges. La precisión de la nacionalidad de los cónyuges debe realizarse «en el momento de la interposición de la demanda». Ello evita problemas de conflicto móvil, refuerza la seguridad jurídica y garantiza que esa Ley es la Ley de un Estado que, en el momento de iniciarse el proceso judicial de divorcio / separación, presenta una conexión real con dicho litigio. Anteriores o posteriores nacionalidades de los cónyuges no son relevantes.

<sup>55</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

72. La justificación de esta conexión es clara. Cuando resulta complejo o imposible identificar un país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual, la «conexión social» falla (= los cónyuges no están ya integrados, ambos, en la misma sociedad). Ello significa que no existe «una» sociedad correspondiente a «un» Estado en el que ambos cónyuges estén efectivamente integrados. En defecto, por lo tanto, de una «conexión social», el legislador de la UE tiene presente la «conexión cultural» (= *Cultural Attachment*), la nacionalidad de ambos cónyuges, que representa, en estos casos, la vinculación más estrecha del litigio de divorcio / separación judicial con un concreto país<sup>56</sup>. En efecto, si los cónyuges ostentan la misma nacionalidad pero no residen habitualmente en el mismo país, la conexión cultural (= «*cultural ties that an individual has to his country of origin*») subsiste<sup>57</sup>. Tal conexión, normalmente, conducirá a la Ley cuya aplicación genera los costes conflictuales menores para los cónyuges (= la Ley que permite solventar el pleito de divorcio / separación judicial a un coste más reducido).

Con otras palabras, puede afirmarse que cuando los cónyuges no residen habitualmente en el mismo Estado y hace ya más de un año que no residen habitualmente en el mismo país, la aplicación de la Ley nacional común es la solución que genera los costes conflictuales menores para los cónyuges.

Por lo tanto, el fundamento de la conexión «nacionalidad común de los cónyuges» reviste también carácter económico. El art. 8.c R.1259/2010 ordena aplicar la Ley de la nacionalidad común de los cónyuges no para respetar con ello la soberanía del Estado cuya nacionalidad ostentan los cónyuges<sup>58</sup>. En efecto, como ha subrayado P. LAGARDE, no se trata de aplicar el Derecho del Estado que dispone de una «autoridad natural sobre la pareja» (= «*le droit de l'Etat qui avait une autorité naturelle sur le couple*»), sino de aplicar el Derecho del Estado más próximo a los cónyuges (= «*le droit de l'Etat le plus proche de ce couple*»), esto es, el Derecho del Estado al que ambos esposos están más estrechamente vinculados (= «*l'Etat auquel les deux époux se rattachent le plus étroitement*»)<sup>59</sup>. Como indica este autor, el «principio de proximidad» a un Estado ocupa ahora el lugar conflictual del principio de «lealtad a ese Estado» en el sentido de «subordinación al soberano» (= «*le principe de proximité a pris la place du principe d'allégeance*»).

Se prefiere la aplicación de la Ley nacional común porque es la Ley que permite resolver la cuestión del divorcio a un menor coste global para ambos cónyuges cuando no existe residencia habitual común ni «presente» ni «diferida» (= es, en dicho caso, la solución conflictual más eficiente)<sup>60</sup>. La nacionalidad constituye, en el art. 8.c R.1259/2010, un elemento importante que refleja la proximidad del litigio con un país (= «*un élément important du lien de proximité*»), en palabras de J. BASEDOW<sup>61</sup>.

73. Los cónyuges se hallan en una buena posición para informarse, aun coste reducido y razonable, sobre la legislación del país cuya nacionalidad ostentan<sup>62</sup>. Aunque ha sido relegada a un lugar

<sup>56</sup> V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. pp. 115-127.

<sup>57</sup> L.-J. SILBERMAN, «Rethinking Rules of Conflict of Laws in Marriage and Divorce in the United States: What Can We Learn From Europe?», 82 *Tulane Law Review*, mayo 2008, pp. 1999-2016: «*This aspect of Rome III also illustrates the continuing role that «nationality» has in Europe and the view that the cultural ties that an individual has to his country of origin should have a role in the choice of applicable law*».

<sup>58</sup> F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

<sup>59</sup> P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238, esp. p. 90: «*Sans doute recherche-t-on toujours un droit régissant le statut de ce couple, car on ne peut admettre qu'il échappe à toute règle, mais ce droit n'est plus par hypothèse celui de l'Etat qui avait une autorité naturelle sur le couple, car il y en aurait deux, mais le droit de l'Etat le plus proche de ce couple, celui de l'Etat auquel les deux époux se rattachent le plus étroitement. Le principe de proximité a pris la place du principe d'allégeance*».

<sup>60</sup> P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain», *RCADI*, 1986, vol.196, pp. 9-238, esp. pp. 29-31; B. AUDIT, *Droit international privé*, 5ª ed., Paris, Economica, 2008, p. 82.

<sup>61</sup> J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit del union europeenne», *RCDIP*, 2010, pp. 427-456; Id., «Theory of Choice of Law - Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts», *RabelsZ*, 2011, pp. 32-59.

<sup>62</sup> N. DETHLOFF, «Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, ed. K. BOELE-WOELKI, Intersentia, 2003, pp. 51-59; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters

secundario en la economía conflictual del art. 8 R.1259/2010, la nacionalidad puede reflejar un vínculo significativo de los cónyuges con el Estado cuya nacionalidad ostentan. Vínculo que explica el hecho de que, en ciertas ocasiones, la aplicación de la Ley nacional comporta costes conflictuales reducidos y por ello, puede resultar una «conexión de calidad». La conexión entre la persona y el país cuya nacionalidad ostenta es, en efecto, una vinculación real con un valor conflictual notable. Por varios motivos: (a) Visto que la persona suele poder votar en las elecciones políticas de su país, la persona no es un mero «objeto de la Ley», sino que participa de modo indirecto pero real, en su creación<sup>63</sup>. Por ello, el sujeto se encuentra jurídica y culturalmente conectado con su país y con la legislación de su país; (b) La Ley de un país es el «precipitado histórico» de una identidad cultural y el sujeto que ostenta dicha nacionalidad recibe dicha herencia y dicha identidad cultural, con la que de algún modo, sigue conectado.

## B) Precisión de la nacionalidad de cada cónyuge

74. El art. 8 R.1259/2010 no define qué se entiende por «nacionalidad». El precepto hace referencia a la «nacionalidad» en sentido jurídico, no a la nacionalidad en sentido sociológico o psicológico. Por dicha razón, no resulta necesario definir dicha noción (= «noción abstracta de nacionalidad»). En efecto, es práctica jurídica acrisolada en todo el mundo, entender que la «nacionalidad» constituye el «vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado» (= *vid.*, por ejemplo, la Exposición de Motivos de la Ley 36/2002, que emplea esta noción), esto es, la condición que tienen las personas físicas por pertenecer a un Estado, de manera que los sujetos que ostentan una concreta nacionalidad conforman la población de dicho Estado<sup>64</sup>. Por otra parte, para concretar la nacionalidad que ostenta *de jure* cada cónyuge debe ser consultado el Derecho del Estado cuya nacionalidad dice ostentar el cónyuge en cuestión. Cada Estado determina, de modo unilateral, qué sujetos ostentan su nacionalidad. El Reglamento 1259/2010 indica, en este sentido, que «*el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado (...) c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda (...)*». Por tanto, no exige que dicha nacionalidad sea «efectiva» ni que reúna otras cualidades adicionales (= inscripción en registros civiles o padrones municipales, por ejemplo). Basta con ostentar, *de jure*, una nacionalidad determinada. La nacionalidad *de facto* (= aquella que el sujeto puede utilizar sin que le realmente corresponda con arreglo al Derecho de dicho país), resulta irrelevante desde el punto de vista del art. 8.c R.1259/2010.

## C) Eliminación de los problemas de conflicto móvil

75. El art. 8.c) R.1259/2010 retiene como punto de conexión la nacionalidad común de los cónyuges que éstos ostentan «*en el momento de la interposición de la demanda*». En consecuencia, no es relevante ni la nacionalidad que ambos hayan podido ostentar en un momento anterior o la que puedan ostentar en un momento posterior. El precepto no otorga relevancia conflictual, en el caso de esposos de diferente nacionalidad, a la última nacionalidad común de los cónyuges incluso si uno de ellos todavía ostenta la que fuera en el pasado, una nacionalidad común de los esposos<sup>65</sup>.

against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 113.

<sup>63</sup> J.F. REZEK, «Le droit international de la nationalité», *RCADI*, 1986, vol.198, pp. 333-400; F. TERRÉ, «Reflexions sur la notion de nationalité», *RCDIP*, 1975, vol.64, pp. 197-214; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 124; H.P. MANSSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat - und - verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, Munich, 1988; Id., «L'adoption du principe de la nationalité par le EGBGB du 18 aout 1896», *Liber Memorialis François Laurent*, Bruselas, 1989, pp. 869-880.

<sup>64</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad (Estudio práctico)*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 1-7.

<sup>65</sup> P. HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable a u divorce et à la séparation de corps», *RCDIP*, 2011, pp. 291-338.

## D) La degradación del valor conflictual de la conexión «nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda» en la escalera conflictual del art. 8 R. 1259/2010

76. La colocación sistemática de la nacionalidad en el cuarto lugar, y penúltimo, de la escalera conflictual del Reglamento 1259/2010 se explica por varios motivos.

77. a) *La mayor «calidad conflictual» de la conexión «autonomía de la voluntad conflictual» y de la conexión «residencia habitual común de los cónyuges».* En efecto, con carácter general, ambos puntos de conexión conducen a una Ley que genera menores costes conflictuales que los que puede provocar la aplicación de la Ley nacional común de los cónyuges<sup>66</sup>.

78. b) *Europa, territorio de receptores de emigrantes y la «paradoja de la nacionalidad».* La mayoría de los Estados miembros de la UE son, en la actualidad, países receptores de emigrantes. Tales sujetos, con frecuencia, viven durante toda su vida en dichos Estados miembros y raramente regresan a sus países de origen (= están perfectamente integrados en la sociedad del Estado receptor, aunque mantengan ciertos rasgos de su identidad cultural de origen). El punto de conexión «nacionalidad» incrementa injustificadamente la aplicación de Leyes extranjeras en los Estados miembros, pues provoca la llamada «paradoja de la nacionalidad». Los extranjeros que residen permanentemente en un Estado entablan relaciones jurídicas con otras personas en dicho Estado con una frecuencia cada vez mayor. Sin embargo, su capacidad jurídica y de obrar sigue siendo regulada por su Ley nacional, que es una Ley extranjera. El resultado de esta situación es paradójico, pues cuanto más integrado se halla un sujeto en una sociedad concreta de un Estado concreto, más veces se le aplica una Ley extranjera (= «paradoja de la nacionalidad»). Ello, como subraya A. FLESSNER, no parece adecuado<sup>67</sup>. Por ello, el valor conflictual del punto de conexión «nacionalidad» está sometido a una fuerte «degeneración»<sup>68</sup>. La sociedad del siglo XXI está fuertemente internacionalizada. Ello significa que cada vez más, en cada Estado conviven grandes grupos de personas procedentes de Estados diferentes, con nacionalidades diversas. España, Francia, Italia, Alemania, son Estados que aunque mantienen un fuerte contingente de nacionales en el extranjero, hoy día pueden ser catalogados como Estados receptores de emigrantes. Ello supone que a una sociedad más internacionalizada, corresponde un papel más amplio de la conexión «residencia habitual» y una progresiva reducción de la conexión «nacionalidad». Por otro lado, la conexión «nacionalidad» sintoniza con momentos históricos de formación de los Estados contemporáneos (= es necesario reunir a una población dispersa por varios territorios, bajo el manto de una única Ley, la Ley nacional), como sucedió en el siglo XVIII en Francia (= la Revolución acabó con el regionalismo jurídico francés: 365 *coutumes* existentes en Francia antes de 1789, *le droit coutumier*), y en el siglo XIX en Alemania e Italia (= países en los que se exterminó la diversidad legislativa local y códigos civiles estatales entraron en escena). Superados estos momentos, debe admitirse que la conexión «residencia habitual» de la persona presenta una mayor «calidad conflictual» en una época de Globalización y sociedades muy internacionalizadas.

79. c) *Nacionalidad «sociológica» vs. nacionalidad «legal».* En la actualidad, la rigidez normativa de la adquisición y pérdida de la nacionalidad ha hecho surgir el concepto de «nacionalidad sociológica». Se trata de un concepto que supera al tradicional concepto de «nacionalidad formal» (= nacionalidad realmente ostentada *de jure*). La nacionalidad sociológica se identifica muy frecuentemente con la residencia habitual. La «nacionalidad sociológica» refleja la vinculación personal y psicológica del sujeto con un país, país de cuya sociedad se considera miembro integrante. Dicho vínculo presenta un carácter más sustancial y menos formal que el vínculo tradicional representado por la nacionalidad

<sup>66</sup> J. BASEDOW / B. DIEHL-LEISTNER, «Das Staatangehörigkeitsprinzip im Einwanderungsland», en E. JAYME / H.-P. MANSEL (Hrsg.), *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, C.F. Müller, 1990, pp. 13-43.

<sup>67</sup> A. FLESSNER, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen, J.C.B.Mohr, 1990; Id., «Fakultatives Kollisionsrecht», *RabelsZ.*, 1970, vol.34, pp. 547-584.

<sup>68</sup> R.D. KOLLEWIJN, «Degenerazione del principio di nazionalità nel diritto internazionale privato moderno», *DI*, 1959, vol. XIII, pp. 508-525; J.V. LONG, «Domicil v. Nationality», *RabelsZ.*, 1953, pp. 247-262; P. LOUIS-LUCAS, «Le probleme de la loi applicable a l'état et a la capacité des personnes», *TCFDIP*, 1946-1947 y 1947-1948, París, 1951, pp. 95-110.

que se ostenta en el pasaporte. La nacionalidad formal «se ostenta», pero la nacionalidad sociológica «se vive»<sup>69</sup>. Por otro lado, la altísima movilidad de la sociedad actual hace que el perfil de los emigrantes haya cambiado de modo muy notable. Los emigrantes del siglo XXI no necesariamente regresan a su país de origen y no necesariamente están interesados en la eficacia de la sentencia de divorcio en el país cuya nacionalidad ostentan. La nacionalidad ya no presenta el «potencial localizador» que mostraba en el siglo XIX, tiempos en los que el vínculo de la persona con el país de su nacionalidad era más estrecho.

**80. d) Complejidad de la precisión de la nacionalidad.** La nacionalidad es un punto de conexión intrínsecamente complicado desde el punto de vista legal. Es frecuente que la precisión de la «nacionalidad» de los cónyuges se convierta en el «centro del litigio de divorcio / separación judicial» (= un litigio dentro del litigio), al constituir una cuestión extremadamente compleja pero, en todo caso, preliminar al mismo divorcio si éste se rige por la Ley nacional común de los cónyuges. En efecto, puede resultar muy difícil precisar si una persona ha adquirido o ha perdido una determinada nacionalidad, y además, los casos de múltiple nacionalidad y apatridia dificultan la precisión de la «nacionalidad» de la persona. Todo ello encarece el coste necesario para obtener una sentencia de divorcio / separación judicial (= el coste conflictual).

**81. e) La nacionalidad, una conexión excesiva.** La nacionalidad ha sido considerada durante muchos años, como una «conexión imperialista». Se ha dicho que esta conexión, colocada en la cúspide de la escalera conflictual, no respeta la libertad del individuo de elegir el sistema legal que prefiere. La nacionalidad persigue al individuo por todo el mundo, como la sombra al cuerpo. No le deja escapar de la aplicación de las Leyes de su país, aunque resida en el extranjero. Le obliga a seguir los «standards jurídicos» de su país de origen, quiera o no quiera seguirlos y aunque ya no esté, *de facto*, integrado en dicha sociedad. Por ello, la colocación de este punto de conexión en el cuarto lugar de la escalera conflictual resulta oportuna, pues sólo opera en defecto de conexiones más realistas, más eficientes y que encajan mejor con la libertad individual de la persona.

## E) Nacionalidad y principio de no discriminación

**82.** La utilización del punto de conexión «nacionalidad» no provoca ningún efecto discriminatorio por causa de la nacionalidad, prohibido por el art. 18.1 TFUE<sup>70</sup>. La nacionalidad se utiliza como un «criterio general» para todos los sujetos sea cual sea su nacionalidad, por lo tanto no hay un tratamiento legal «negativo» o «discriminatorio» contra ciertos sujetos por razón de su nacionalidad. Este punto de conexión no se utiliza para sujetar a ciertos individuos a un tratamiento jurídico peor que el dispensado a los ciudadanos del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. El punto de conexión «nacionalidad» no es discriminatorio en sí mismo, ya que no tiene por qué conducir a un resultado que perjudique la situación jurídica de unos u otros sujetos, ya que ello dependerá del contenido de la Ley nacional correspondiente. Este punto de conexión supone tratar a sujetos con caracteres diferentes, de manera diferente y no implica tratar legalmente a sujetos con caracteres diferentes, de manera igualitaria, lo que sí supondría una discriminación. Sujetar a los cónyuges a su Ley nacional no supone negar derechos a tal sujeto, sino someter el divorcio / separación judicial en cuestión a un régimen jurídico distinto, el previsto en su Ley nacional<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, 1992; ID., «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en AA.VV., *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38; D. MAYER, «Evolution du statut de la famille en droit international privé», *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469; I. FADLALLAH, «Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français?», *RCDIP*, 1981, pp. 17-29; C. LABRUSSE, «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *TCFDIP*, 1975/1977, pp. 111-144.

<sup>70</sup> A. RAUSCHER, *Nationale und kulturelle Identität im Zeitalter der globalisierung*, 2006, p. 732; V. GAERTNER, «European choice of law rules in divorce (Rome III): An examination of que possible connecting factors in Divorce matters against the background of Private international law developments», *Journal of private international law*, abril 2006, pp. 99-136, esp. p. 125.

<sup>71</sup> P. LAGARDE, «Nota a Sent. TJUE 2 marzo 2010, *Janko Rottmann*», *RCDIP*, 2010, pp. 540-558.

## F) Problemas derivados de la múltiple nacionalidad y apatridia de los cónyuges

**83.** Esta ardua problemática aparece resuelta por el Cons. (22) R.1259/2010, cuyo texto indica que «[e]n los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea». Ahora bien, que exista una solución no significa que se trate, ni mucho menos, de la «mejor solución». Varios comentarios son posibles en torno al citado Considerando (22) del Reglamento 1259/2010.

**84.** Cada Estado miembro participante decidirá la cuestión de fijar qué nacionalidad debe prevalecer en el caso de que un cónyuge ostente varias nacionalidades y se discute si existe «nacionalidad común de los cónyuges» en el contexto del art. 8.c R.1259/2010. Es decir, la nacionalidad prevalente a efectos de la determinación de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial.

**85.** La razón de esta solución de remisión a las «normas nacionales» que resuelven los «conflictos de nacionalidades» en cada Estado miembro radica en que el legislador de la UE considera que esta cuestión afecta a la soberanía de cada Estado (= se trata, en el fondo, de precisar quiénes son los nacionales de un Estado miembro aunque sea, exclusivamente, a efectos de la precisión del Derecho estatal aplicable a un litigio de divorcio / separación judicial). El legislador de la UE no ha querido obligar a los Estados miembros participantes a otorgar prevalencia aplicativa, a efectos de DIPr., a una determinada nacionalidad sobre otra.

**86.** En el caso español, ello conduce a aplicar los convenios internacionales firmados por España en materia de doble nacionalidad, que en ciertos casos, indican la nacionalidad que debe prevalecer a efectos de determinación de la Ley aplicable a las cuestiones de «estatuto personal». En defecto de solución proporcionada por estos convenios internacionales, si se trata de una doble nacionalidad «automática» (arts. 23, 24 y 26 CC), el art. 9.9 CC indica que la nacionalidad determinante a efectos del DIPr. es la nacionalidad que coincide con la residencia habitual del interesado y si el sujeto reside habitualmente en un tercer país, prevalece la última nacionalidad adquirida. Por lo que se refiere a la doble nacionalidad no prevista en las Leyes españolas ni en tratados firmados por España (= doble nacionalidad patológica), prevalece la nacionalidad española, y si el individuo ostenta varias nacionalidades pero ninguna de ellas es la española, se estimará como «Ley personal del sujeto» la Ley del país donde tiene dicho sujeto su residencia habitual<sup>72</sup>.

**87.** Para concretar la nacionalidad que ostenta *de jure* cada cónyuge debe ser consultado el Derecho del Estado cuya nacionalidad dice ostentar el cónyuge en cuestión. En efecto, el Derecho español no puede determinar la nacionalidad «francesa» de la esposa y si ésta dice ser francesa, deberá explorarse el Derecho francés para acreditar si, efectivamente, la esposa ostenta tal nacionalidad en el momento de presentación de la demanda. Ahora bien, si además dicha mujer es española porque así lo establece el Derecho español, la determinación de la nacionalidad prevalente a efectos del art. 8.c R.1259/2010 la debe realizar el Derecho español si el litigio se ha planteado ante tribunales españoles, mientras que deberá realizarse con arreglo a los criterios del Derecho francés si el litigio se suscita ante tribunales franceses.

**88.** Esta solución puede comportar una diversidad de soluciones conflictuales a un mismo litigio de divorcio / separación judicial. En efecto, la Ley aplicable al divorcio puede ser distinta según cuál sea el Estado miembro participante cuyos tribunales conocen del asunto. Es el precio a pagar por una solución que respeta la presunta competencia exclusiva del Estado a la hora de decidir la nacionalidad

<sup>72</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho español de la nacionalidad (Estudio práctico)*, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 240-267.

prevalente a efectos de la determinación de la Ley aplicable a las situaciones privadas internacionales. La solución es criticable, pues habría sido más adecuado utilizar criterios europeos, únicos, uniformes y armonizados para todos los Estados miembros participantes en el Reglamento 1259/2010. Ello habría evitado toda fricción con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18 TFUE)<sup>73</sup> y habría comportado también estabilidad y certeza de la Ley aplicable al divorcio / separación judicial de los sujetos dobles nacionales.

**89.** En el Reglamento 2201/2003 [materia matrimonial y responsabilidad parental], la solución a los casos de doble nacionalidad es diferente (Sent. Cass. Francia 16 abril 2008 [divorcio de cónyuges con nacionalidad francesa y húngara], STJCE 16 julio 2009, as. C-168/08, *Laszlo Hadadi* [divorcio de cónyuges con nacionalidad francesa y húngara]). Como ya se ha indicado, en dicho Reglamento, si un sujeto ostenta varias nacionalidades todas ellas de Estados miembros, todas estas nacionalidades deben estimarse plenamente operativas, pues cada Estado miembro dispone de competencia exclusiva para determinar qué personas ostentan su nacionalidad (STJCE 7 julio 1992, *Micheletti*, FD 10-11, STJUE 2 marzo 2010, as. C-135/08, *Janko Rottmann*, STJCE 2 octubre 2003, *Garcia Avello*, as. C-148/02, FD 25). Ahora bien, en dicho Reglamento la nacionalidad se utiliza como criterio o foro de competencia internacional. Por ello, si ambos cónyuges poseen varias nacionalidades cada uno, el foro de la nacionalidad común permite litigar ante los tribunales de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad ostentan, *de jure*, ambos cónyuges. En este Reglamento, no puede preferirse de ningún modo, como prevalente, la «nacionalidad más efectiva» de los cónyuges («*la nationalité la plus effective*»), ni tampoco es posible que los Estados miembros determinen, con arreglo a sus propias normas, qué nacionalidad debe prevalecer a efectos de determinación de los tribunales competentes. El Reglamento 1259/2010 sigue otra orientación: los Estados miembros participantes decidirán qué nacionalidad prevalece en casos de múltiple nacionalidad de los cónyuges a efectos del art. 8.c R.1259/2010. En este Reglamento 1259/2010, sólo puede privilegiarse una sola nacionalidad (= la Ley aplicable al divorcio / separación legal sólo puede ser «una Ley estatal»). El objetivo del legislador de la UE ha sido reforzar, de esta manera, la seguridad jurídica y la certeza de la Ley aplicable. En efecto, se trata de que los cónyuges sólo puedan hacer valer como conexión una sola de las nacionalidades que pudieran ostentar. Por otro lado, el art. 9.9 CC sólo regula la determinación de la nacionalidad prevalente a efectos de determinar la «Ley aplicable» en los casos internacionales. Dicho precepto no puede aplicarse para determinar una presunta «nacionalidad prevalente» a efectos de la determinación de la competencia judicial internacional.

**90.** Indica el Cons. (22) R.1259/2010 que aunque en los casos de nacionalidad múltiple son los Estados miembros participantes los que decidirán la «nacionalidad prevalente» a efectos de este Reglamento, dicha decisión debe realizarse «*respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea*». Este Cons. (22) R.1259/2010 recoge así la jurisprudencia del TJUE en la materia (STJCE 11 noviembre 1999, *Mesbah*, as. C-179/98, FD 29, STJCE 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, as. C-200/02, STJCE 24 noviembre 1998, *Bickel y Franz*, as. C-274/96, FD 17, STJCE 2 octubre 2003, *Garcia Avello*, as. C-148/02, FD 25, STJUE 12 julio 2005, *Schempp*, as. C-403/03 FD 19, STJUE 12 septiembre 2006, *España y Reino Unido*, as. C-145/04, FD 78, y sobre todo, muy especialmente, STJUE 2 marzo 2010, as. C-135/08, *Rottmann*, FD 48, 51-57). En efecto, visto que la determinación de la nacionalidad prevalente de un cónyuge puede afectar a un ciudadano de la UE y, en todo caso, afecta a la aplicación de un Reglamento de la UE, es preciso que dicha decisión se lleve a cabo en el marco del respeto al Derecho de la UE. En tal sentido, la decisión del Estado miembro a la hora de concretar una «nacionalidad prevalente» a efectos del Reglamento 1259/2010 debe respetar el principio del «no arbitrariedad» (= esa decisión no debe ser arbitraria, sino que debe responder a un «motivo de interés general», como, por ejemplo, prevenir y castigar el fraude y las falsificaciones) y debe también respetar el principio de «proporcionalidad» en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada y de su familia. En este sentido, el art. 9.9.II CC no puede aplicarse si conduce a privilegiar la nacionalidad española de un

<sup>73</sup> J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit del union europeenne», *RCDIP*, 2010, pp. 427-456.

cónyuge en perjuicio de la nacionalidad de otros Estados miembros que también ostenta dicho cónyuge, sólo por el mero hecho de que es la nacionalidad española es la que coincide con el Estado del foro, pues ello resultaría discriminatorio por razón de la nacionalidad.

91. En el caso de apatridia de uno o de los dos cónyuges, el Reglamento 1259/2010 guarda un total silencio. Dicho silencio debe ser interpretado en el sentido de que falla la conexión cultural, que se construye, precisamente, sobre la conexión «nacionalidad del cónyuge». No se trata, como ocurre en el art. 9.1 CC, de aplicar la «Ley personal» de cada cónyuge, sino de aplicar la «Ley nacional» del mismo. Los cónyuges apátridas no tienen nacionalidad y por ello, esta conexión no puede operar en relación con dichos cónyuges.

### G) Sujetos nacionales de Estados plurilegislativos

92. En el caso de resultar aplicable la Ley nacional común de los cónyuges, y de que el país de la nacionalidad común de los mismos sea un Estado en cuyo seno coexisten diferentes sistemas jurídicos de Derecho Privado, debe observarse el art. 14 R.1259/2010. Será aplicable, en este sentido, el ordenamiento jurídico determinado por el sistema de Derecho interregional o interfederal de dicho Estado. Si tal Estado carece de un sistema único de normas de Derecho interregional o interfederal, se aplicará el Derecho correspondiente a la unidad territorial «elegida por las partes». En el caso de que las partes no hayan elegido ningún Derecho de base territorial, se aplicará el Derecho correspondiente a la unidad territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados. El tribunal deberá determinar *in casu* dicha circunstancia (erróneamente, en el régimen jurídico anterior al Reglamento 1259/2010, *vid.* SAP Las Palmas 27 junio 1997 [cónyuges británicos uno escocés, el otro inglés: la Ley reguladora de la separación judicial debía haber sido la Ley británica, y en dicho contexto, cualquiera de los sistemas legales vigentes en el Reino Unido, a tenor de su Derecho interregional (art. 12.5 CC), pero el tribunal español estimó que no tenían «Ley personal común» y aplicó la Ley sustantiva española].

### H) Análisis económico del punto de conexión «nacionalidad común de los cónyuges»

93. Un sencillo ejemplo práctico puede ayudar a descubrir la eficiencia conflictual de este punto de conexión «nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda»<sup>74</sup>.

Marido español reside habitualmente en París, mientras que su esposa, también española, reside habitualmente en Londres. La esposa presenta demanda de divorcio ante los tribunales españoles.

Pues bien, el Derecho estatal que permite resolver el litigio de divorcio con unos costes menores globales es el Derecho español (= Ley nacional común de los cónyuges). En efecto, para el cónyuge español que reside habitualmente en París, informarse acerca del Derecho francés le comporta unos costes moderados (= coste: 20), pues es la Ley del país en cuya sociedad vive y se halla integrado. Tales costes son los mismos que para el cónyuge que habita en Londres le comporta la aplicación del Derecho inglés, ya que es el Derecho del país donde dicho cónyuge tiene su centro social de vida (= coste: 20).

Ahora bien, para el cónyuge que reside en París, la aplicación del Derecho inglés, del que nada sabe, le comportaría costes elevados (= coste: 90). Tales costes son los mismos que debería arrostrar el cónyuge español que reside habitualmente en Londres si el divorcio tuviera que resolverse con arreglo al Derecho francés (= coste: 90).

Por el contrario, ambos son españoles y aunque informarse sobre el Derecho de su país pudiera resultarles más costoso que informarse sobre el Derecho de sus respectivos países de residencia habitual (= coste de la aplicación del Derecho español: 30), la aplicación del Derecho español les conduce a un «juego conflictual de suma positiva». En este supuesto, la aplicación del Derecho alemán (art. 8.c R.1259/2010) es la solución conflictual más eficiente para estos cónyuges. El legislador europeo «fuerza a colaborar a los cónyuges» e indica que el divorcio debe regirse por la Ley nacional común porque se trata de la solución conflictual que mejor satisface la tutela judicial efectiva para ambos litigantes.

<sup>74</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de Leyes y teoría económica*, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 176-185.

**Tabla 2**

Divorcio entre cónyuges españoles con residencia habitual uno en París y otro en Londres  
(análisis económico de la conexión «nacionalidad común» en materia de divorcio  
y del art. 8.c R.1259/2010)

| Divorcio  | Coste de aplicación de la Ley francesa (= Ley del país de la residencia habitual del primer cónyuge) | Coste de aplicación de la Ley inglesa (= Ley del país de la residencia habitual del segundo cónyuge) | Coste de la aplicación de la Ley española (= Ley de la nacionalidad común de los cónyuges: art. 8.c R.1259/2010) |
|---|--|--|--|
| Cónyuge 1 español con residencia habitual en París  | 20   | 90   | 30   |
| Cónyuge 2 alemán con residencia habitual en Londres | 90   | 20   | 30   |
| <b>TOTAL =</b>                                      | <b>= 110</b>   | <b>= 110</b>   | <b>= 60 (solución conflictual eficiente)</b>   |

#### 4. Conexión final: la *Lex Materialis Fori* (art. 8.d R.1259/2010)

94. En defecto de todos los anteriores puntos de conexión, el divorcio / separación judicial se registrará por la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto. Esta conexión presenta diversos rasgos.

95. La justificación de esta «conexión judicial» es clara. Cuando no existe un país en el que los cónyuges tienen su residencia habitual común, actual o pasada, la «conexión social» falla, y cuando además también falla la «conexión cultural» porque los cónyuges no ostentan una misma nacionalidad, el legislador activa una «conexión judicial». En efecto, se trata de una auténtica «conexión de cierre», ante la imposibilidad de encontrar una conexión «social» o «cultural» que conduzca a una Ley de aplicación suficientemente previsible para los cónyuges. Ello significa que esta conexión «*Lex (Materialis) Fori*» debe operar sólo en relación con supuestos de divorcio cuyos elementos se hallan muy dispersos por diferentes Estados: cónyuges de distinta nacionalidad que no tienen su residencia habitual en el mismo Estado ni la han tenido jamás o que tuvieron su residencia habitual en un Estado pero hace ya más de un año que cada cónyuge que dicha residencia habitual dejó de ser común a ambos cónyuges. La conexión judicial se activa, en consecuencia, en presencia de «divorcios altamente internacionales» (= divorcios / separaciones judiciales plurilocalizados). Existe una conexión real y sustantiva entre los cónyuges (= el litigio de divorcio / separación judicial) y el Estado cuyos tribunales conocen del asunto (= *Forum*). En efecto, debe subrayarse que un tribunal de un Estado miembro sólo se declarará competente en el caso de que concurra alguno de los foros de competencia judicial internacional previstos en el Reglamento 2201/2003, o en las normas de producción interna del Estado miembro del que se trate. Por tanto, dicho foro debe haber justificado la competencia de los tribunales para conocer del pleito de divorcio / separación judicial y si, como es normal, dicho foro aparece construido sobre el principio de «vinculación mínima suficiente» (art. 24 CE, art. 6 CEDH), entonces existe una «conexión real» entre el Estado miembro participante cuya Ley es aplicable (*Lex Fori*) y el litigio de divorcio.

Es también cierto que si un tribunal de un Estado miembro participante se ha declarado competente mediante la utilización de un foro exorbitante recogido en sus normas de producción interna, la conexión judicial (= *Lex Materialis Fori*) pierde valor localizador. En tal caso, resulta injustificada e inconstitucional tanto la competencia de tales tribunales como la aplicación de la Ley sustantiva de dicho Estado, por infracción del derecho de los cónyuges litigantes a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) y a

un proceso equitativo (art. 6 CEDH). En España, dicha situación no debería surgir, pues los foros recogidos en el art. 22 LOPJ en materia de divorcio / separación judicial no presentan carácter exorbitante. Por otro lado, la aplicación de tales foros contenidos en las normas de producción interna queda circunscrita a supuestos que, al menos en teoría, serán poco frecuentes. En definitiva, la conexión judicial, que opera en casos que carecen de una conexión cultural y de una conexión social con un país determinado, conduce a la Ley estatal cuya aplicación al divorcio / separación judicial comporta los costes más reducidos para los cónyuges. De ese modo, los cónyuges pueden prever cuál es la Ley que regirá su divorcio, de modo que la información sobre el contenido de dicha Ley no debe resultarles excesivamente costosa, ya que pudieron fácilmente prever la aplicación de la misma al litigio de separación judicial o divorcio.

**96.** Debe subrayarse con el mayor énfasis que, pese a la presencia de la conexión judicial en el Reglamento 1259/2010 (art. 8.d R.1259/2010), este Reglamento no contiene un sistema conflictual legeforista<sup>75</sup>. En efecto, la conexión judicial es la última de todas, es el final de la escalera. Sólo se activa si no existe elección de Ley por los cónyuges y si no existe, tampoco, una conexión social ni una conexión cultural definida, clara y previsible con un concreto país. Es la conexión de cierre, que sólo opera en casos altamente plurilocalizados, con elementos y vinculaciones espaciales muy dispersas por diferentes países. Este enfoque diferencia al art. 8.d R.1259/2010 del art. 107.2 CC. En este precepto, el primer criterio de determinación de la Ley aplicable era la aplicación pura y simple de la *Lex Fori* (= Ley sustantiva española) en casos teóricamente conectados con España. Sin embargo, el legislador que en 2003 elaboró la vigente redacción del art. 107.2 CC fue legeforista porque extendió la aplicación de la Ley sustantiva española de manera desmesurada, pues era suficiente que un cónyuge fuera español o tuviese su residencia habitual en España y que el divorcio / separación judicial fuera de carácter no contencioso para que la Ley sustantiva española resultase aplicable.

**97.** La aplicación última de la *Lex Fori* constituye un último recurso para precisar la Ley aplicable al divorcio / separación judicial (= *Lex Fori Last Resort*). El art. 8.d R.1259/2010 evita, de este modo, las lagunas en la determinación de la Ley reguladora del divorcio / separación judicial. A diferencia del art. 107.2 CC, que no fue capaz de señalar la Ley aplicable a ciertos supuestos residuales de divorcio / separación judicial y dejaba ciertos supuestos en el limbo conflictual, sin una Ley aplicable concreta que los regulase.

#### IV. Consideraciones finales

**98.** Las normas de conflicto recogidas en el Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial constituyen un conjunto de soluciones conflictuales de alta calidad. Una composición icónica integrada por ingredientes emblemáticos de la justicia conflictual que garantizan y potencian la solución efectiva y eficiente de los litigios internacionales de divorcio / separación judicial. Un sistema conflictual técnicamente logrado con basamentos conflictuales coherentes y sólidos edificados sobre parámetros económicos de incuestionable valor. Este conjunto de normas de conflicto no sólo refleja la evidente *elegantia juris* de un legislador europeo, auténtico y profundo *connaisseur* de las estructuras valorativas esenciales del DIPr., sino que pone de relieve el sentido práctico de todo el sistema conflictual contenido en el Reglamento 1259/2010. Ese sentido práctico que aleja al DIPr. de la soberanía de los Estados y lo acerca a las necesidades de los particulares implicados en las situaciones privadas internacionales del siglo XXI. La «solución económica» a los litigios internacionales de divorcio y separación judicial, auténtico *élan vital* del Reglamento 1259/2010, ha llegado. Y ha llegado para quedarse.

<sup>75</sup> F. SEATZU / J. CARRASCOSA, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, n.1, 2010, pp. 49-78.

# EFICACIA EN ESPAÑA DE LAS RESOLUCIONES EXTRANJERAS EN MATERIA DE EFECTOS ECONÓMICOS DEL MATRIMONIO\*

LUIS F. CARRILLO POZO

*Profesor de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Gerona*

Recibido: 15.09.2011 / Aceptado: 22.09.2011

**Resumen:** El reconocimiento y la ejecución de una decisión extranjera sobre consecuencias patrimoniales del matrimonio plantea dificultades que van desde la individualización de la normativa aplicable al caso (en presencia de situaciones complejas, cada segmento puede ser objeto de una normativa distinta) hasta la necesidad de filtrar contenidos con frecuencia escasamente ajustados a las concepciones fundamentales del foro, y de traducir instituciones desconocidas a las categorías propias, pasando por lo poco adaptado de –en particular– las disciplinas registrales españolas para lidiar con decisiones extranjeras. Así las cosas, pensar en la futura desaparición del trámite del exequatur es ilusorio (incluso en el espacio europeo).

**Palabras clave:** régimen económico matrimonial, reconocimiento y ejecución de decisiones, protección de terceros, orden público.

**Abstract:** The recognition and enforcement of a foreign decision on economic effects of the marriage poses difficulties that range from individualization of the rules governing the case (in the presence of complex situations, each segment can be subject to separate rules) to the need to filter content that are often poorly adjusted to the forum fundamental conceptions, the translation of unknown institutions into the own categories, considering how poorly adapted are Spanish registration disciplines to deal with foreign judgments. So, the thought of the future demise of the processing of exequatur is illusory (even within Europe).

**Keywords:** economic marriage regime, recognition and enforcement of decisions, protection of third parties, public policy.

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. 1. El cuadro normativo (fuentes): La necesaria coherencia entre el sistema de competencia judicial internacional y el de reconocimiento y ejecución. 2. Los controles genéricos. A) Competencia del juez de origen. B) Notificaciones. C) Análisis del fondo: La ley aplicada y el límite del orden público. a) Exigencias básicas derivadas de la excepción de orden público: Libertad e igualdad. b) Compatibilidad con el orden público del foro de soluciones materialmente diferenciadas. D) Aspectos particulares de la eficacia en España de las decisiones extranjeras. a) La especial protección dispensada al domicilio familiar. b) La protección de los terceros: El acceso de las decisiones extranjeras a los registros públicos españoles. c) Operaciones sucesivas: De la disolución a la liquidación. d) Las decisiones extranjeras reconocidas como punto de partida de operaciones en el foro. e) Denegación del exequatur por inconciliabilidad de decisiones o pendencia de un proceso en España. f) Ejecución de decisiones que incorporan institutos desconocidos: Trusts, fondo patrimonial, imposibilidad de liquidación, asignaciones patrimoniales de los ordenamientos de inspiración islámica. g) La modificación del régimen. Supuestos de preceptiva intervención judicial. III. A modo de conclusión.

---

\*El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación DER2009-11702 (Subprograma JURI).

## I. Planteamiento

1. Adán y Eva se casaron en su país; al cabo del tiempo se instalaron en España, donde prosperaron y compraron, entre otras cosas, una vivienda. Después, con un patrimonio consolidado, regresaron a su lugar de origen, donde iniciaron un negocio. Pero las cosas no salieron como esperaban y terminaron por divorciarse. Ahora tienen una sentencia en la que se dice que el inmueble español debe ser vendido y el producto repartido a partes iguales entre ellos.

Ticio se jubiló y se instaló junto a su actual cónyuge en un pueblo de la costa mediterránea. Después vendió alguna de las propiedades que había acumulado en su país, donando el producto a los hijos de aquélla. Los propios, ahora, han obtenido una sentencia en la que se declara que tales ventas fueron fraudulentas por no concurrir al negocio su primera esposa.

¿Qué hacemos con estas dos sentencias?

2. Que los problemas a tratar son reales lo acredita unos pocos datos: En 2003 el número de extranjeros residentes en España era de algo más de dos millones seiscientos mil, cuando en 1998 superaba apenas el medio millón. Según la actualización del padrón municipal a 1 de enero de 2011, 5.747.734 ciudadanos extranjeros están empadronados en los ayuntamientos españoles, o sea, un 12,2% de la población. No deja de ser relevante que haya regiones como las islas Baleares o Valencia donde ese porcentaje asciende hasta el 22 y 17,4% respectivamente. En otras (Madrid, Murcia, Cataluña y La Rioja) la cifra se mueve en torno al 15 por ciento. Y un último dato a retener: En Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias Extremadura y ambas Castillas los comunitarios superan el 50% del número de extranjeros. Asegura el INE que la mayor parte de los ciudadanos comunitarios residentes en España trabajan en el sector servicios, y a mucha distancia en el industrial. La mera constatación empírica nos dice que a ellos habrá que unir el grupo de los jubilados, bastante numeroso en zonas costeras. De otro lado, Eurostat informa de que en 2007 el número de matrimonios celebrados y de divorcios –probablemente no menos celebrados– con elementos internacionales en España fue de algo más del diez por ciento del total<sup>1</sup>. Pues bien, es diáfano que los efectos patrimoniales de cualquier matrimonio son objeto de disciplina jurídica, y que cuando el patrimonio está disperso en varios Estados pueden toparse con litigios en los que un juez nacional ha de decidir sobre bienes situados más allá de su propia jurisdicción (o afectarlos de un modo u otro). Los emigrantes o los trabajadores temporalmente desplazados a España que realicen inversiones en nuestro país y después vuelvan a su lugar de origen; los residentes en el extranjero que adquieran una segunda residencia en España<sup>2</sup> o inviertan en sociedades españolas; o los jubilados que compren una casa en nuestras costas y fallecen con bienes y herederos domiciliados en sus países pueden encontrarse con una decisión dictada por un juez extranjero y con incidencia –específica o indirecta, en caso de la apertura de una sucesión– en la materia régimen económico matrimonial. La cuestión a partir de aquí será determinar el si y el cómo de la eficacia en España de esas resoluciones.

A tal fin, empezaremos por recordar varios datos y establecer las siguientes premisas:

- a. La atención a esta materia de los regímenes matrimoniales se debe a que aquí se concentran los ejemplos más claros de lo que significa conflicto de leyes. Los modelos sustantivos son tan diferentes como las soluciones tanto conflictuales como en materia de competencia

<sup>1</sup> 208.000 matrimonios en total, 34.000 internacionales; 125.000 divorcios, 14.000 internacionales. En Europa hay dieciséis millones de parejas internacionales, asegura la Comisión en la presentación de las propuestas de reglamentos sobre relaciones patrimoniales entre cónyuges y entre convivientes. En algunos países las relaciones jurídicas con elementos internacionales son espectaculares: En torno a un tercio de los matrimonios celebrados en Malta y Estonia pertenecen a este grupo, mientras que en Luxemburgo el porcentaje se eleva a bastante más de la mitad. Ni que decir tiene que estos datos tienen su correlato en el número de divorcios.

<sup>2</sup> Subrayaba el *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur patrimoine des couples non mariés dans le droit international privé et le droit interne des Etats membres de l'Union européenne*, elaborado bajo los auspicios de la Comisión en 2002, que unos dos millones y medio de inmuebles pertenecían a matrimonios residentes en un Estado distinto al del lugar de situación. 300.000 inmuebles españoles pertenecen a alemanes.

judicial internacional<sup>3</sup>. En estas circunstancias, el *forum shopping* es una tentación –*rectius*, una realidad– demasiado virulenta como para afirmar sin matices que la libre circulación de decisiones puede funcionar también en este ámbito.

- b. Si el legislador quiere proteger el tráfico y no entorpecer la libre circulación de personas –y no puede no querer– ha de garantizar el eficaz ejercicio de las facultades inherentes a la titularidad de los derechos, y eso pasa –entre otras cosas– por la información<sup>4</sup>. Una posible solución es unificar las normas sustantivas –incluyendo las registrales– en materia de efectos patrimoniales del matrimonio, solución que no es tal, por inviable y –antes que eso– inoportuna. La segunda opción consiste en unificar las normas de conflicto, con la previa necesaria unificación de las reglas de competencia judicial y el corolario de las de reconocimiento y ejecución de actos y decisiones. Lo cierto es que en ello se está trabajando<sup>5</sup>, pero no podemos desconocer que el alcance territorial del futuro reglamento comunitario será limitado: Cabe apostar sin riesgo que ni siquiera llegará a ser aplicado en todos los Estados de la Unión<sup>6</sup>. En esta materia, los consensos son difíciles, y no conviene olvidar el ejemplo del fracaso del convenio de La Haya de 1978 sobre el mismo tema. Donde se puede incidir, porque es factible –no sólo en el espacio europeo; para demostrarlo basta repasar la lista de convenios bilaterales suscritos por España– es en el sector reconocimiento y ejecución, diseñando un sistema suficientemente flexible como para asegurar la continuidad. Un buen sistema que evite tener que demandar allí donde se encuentre el grueso del patrimonio conyugal y habilite tribunales próximos a los sujetos; un sistema que no imponga indirectamente costes irrazonables a la exogamia, que haga baldíos los esfuerzos por esconder bienes, suficientemente automatizado como para impedir que un cónyuge utilice ese trámite como instrumento idóneo a torpedear la eficacia extraterritorial de la decisión extranjera y conseguir una renegociación de los términos de una liquidación patrimonial<sup>7</sup>. Esta es la tercera opción. En ella, los obstáculos a la eficacia transfronteriza de las decisiones quedan limitados a unos pocos controles, que en términos generales son compartidos.
- c. Las hipótesis de intervención judicial en tema de régimen económico son de lo más variopintas, y evidentemente no suscitan los mismos problemas<sup>8</sup>. Pensamos en las siguientes situaciones

<sup>3</sup> Un ejemplo numérico de las distintas consecuencias a las que llevan los ordenamientos nacionales en materia de división en A. AGELL, «The Division of Property upon Divorce from a European Perspective», en VVAA, *Droit comparé des personnes et de la famille. Liber amicorum M. T. Meulders-Klein*, Bruselas 1998, p. 8.

<sup>4</sup> Sobre la negativa al reconocimiento de derechos válidamente creados en un EM y su contrariedad con las libertades comunitarias, por todos, M. DE BOER, «Unwelcome Foreign Law: Public Policy and other Means to Protect the Fundamental Values and Public Interests of the European Community», en MALATESTA/BARIATTI/POCAR, *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, 2008, p. 322.

<sup>5</sup> Véase el Plan de Acción de Viena de 1998, el Programa de acción de 30 de noviembre de 2000, el Programa de La Haya de 2004, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento de 10 de mayo de 2005, el Programa de Estocolmo de 2009 y el Informe de la Comisión sobre la ciudadanía europea, de octubre de 2010. Tras el Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, presentado por la Comisión de las Comunidades Europeas el 17 de julio de 2006 (COM(2006) 400 final), llega, el 16 de marzo de 2011, una propuesta del Consejo sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de regímenes económico matrimoniales (COM(2011) 126/2) [en lo sucesivo, *la propuesta*], a la que acompaña otra propuesta sobre las consecuencias patrimoniales de las parejas registradas. Hace ya varios años ponía de relieve N. BOUZA VIDAL («Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado», *La notaría*, 2007, p. 35) que las probabilidades de prosperar del enfoque adoptado (tanto matrimonios como parejas) eran muy limitadas, teniendo en cuenta las profundas discrepancias de fondo existentes en Europa. Llevaba razón, claro. Una presentación general de los trabajos en S. BARIATTI/I. VIARENGO, «I rapporti patrimoniali tra i coniugi nel diritto internazionale privato comunitario», *RDIPP*, 2007, pp. 603 ss. (con atinadas observaciones sobre la imposible supresión del *exequatur* y la necesidad de tutelar a los terceros); R. FARRUGIA, «The Future EU Regulation Concerning Matrimonial Property Regimes», en VVAA, *Latest Developments in EU International Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, pp. 63 ss.

<sup>6</sup> La respuesta al Libro verde del *Bar Council of England and Wales* es crudísima a este respecto: Un reglamento basado en el libro verde, plagado de errores, no podría tener efecto en Inglaterra (p. 3). Es previsible que los países que no participan en el reglamento Roma III tampoco van a hacerlo en éste. En todo caso late una queja de los juristas ingleses por la incomprensión de su sistema evidenciada en los trabajos preparatorios.

<sup>7</sup> No otra era la situación del olvidable ATS de 5 de octubre de 1982, que la ampara.

<sup>8</sup> En realidad, son la traducción judicial de los fines de la disciplina sobre régimen económico matrimonial: Regular la

típicas, ordenadas por orden más o menos cronológico: a. Individualización del régimen de bienes de un sujeto y en particular el carácter de un bien, constante el matrimonio; b. Cambio de régimen, también durante el matrimonio (por voluntad de las partes o como consecuencia de ciertos hechos que permiten a uno forzar el cambio, *v. gr.*, art. 1373 CC); c. Desacuerdo entre los cónyuges e intervención judicial para dirimir la controversia, o para obligar al respeto de las obligaciones derivadas del régimen primario (contribución a las necesidades familiares)<sup>9</sup>, o para conferir a uno sólo de los cónyuges el derecho a administrar los bienes de la familia<sup>10</sup>; d. Disolución como consecuencia del fallecimiento de un cónyuge, con eventual intervención judicial para fijar las cuotas del viudo y de los herederos y/o legatarios; e. Disolución por divorcio, nulidad o separación seguida de liquidación. La sentencia sobre la crisis matrimonial se limita a declarar la disolución, pero con frecuencia nada dice sobre el aspecto liquidatorio, que puede quedar diferido en el tiempo y verificarse ante los tribunales de otro Estado. Si es este el caso, será necesario realizar cuantas operaciones exija la *lex causae* hasta llegar al reparto; f. Intervención judicial en actividades preparatorias de la liquidación del régimen de bienes: Por ejemplo, para obtener informaciones sobre la situación patrimonial del otro cónyuge, § 1379 BGB<sup>11</sup>; g. Resoluciones dictadas a consecuencia de litigios sobre validez y eficacia de los pactos matrimoniales; h. Reclamaciones a un tercero para combatir negocios fraudulentos de uno de los cónyuges<sup>12</sup>; i. Durante el curso del matrimonio la protección del crédito puede verse comprometida por las informaciones –o falta de informaciones– que ofrezcan los registros a los terceros potenciales cocontratantes con unos cónyuges. Se necesita saber con qué patrimonio se responde y con qué problemas se pueden encontrar en el momento de cobrar o solicitar la adopción de una medida de protección del crédito.

**3.** En las páginas que siguen nos dedicaremos a estudiar la forma en que las resoluciones judiciales extranjeras cuyo contenido se refiera a consecuencias patrimoniales del matrimonio pueden tener efectos en España, prestando especial atención a los contenidos típicos de las decisiones extranjeras. Quedan fuera las órdenes dirigidas a particulares<sup>13</sup>. Los efectos personales carecen de transcendencia en sí mismos, funcionando, en particular, como causa de divorcio (en otros ordenamientos –y en España hasta 2005–)<sup>14</sup>; sólo nos interesan en cuanto incidan en la liquidación del régimen de bienes. Por supuesto, no se trata ni de hacer una exégesis del art. 9.2 y 9.3 CC ni de exponer el sistema español de reconocimiento y ejecución de decisiones<sup>15</sup> ni de ponderar las presuntas especificidades del sector (de hecho, el sistema

---

contribución a los gastos, repartir las ganancias y fijar los efectos de la disolución del matrimonio (E. ROCA TRIAS/V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Patrimonio familiar en matrimonios no indisolubles*, Madrid, 2010, pp. 49 ss.).

<sup>9</sup> Véase los arts. 145 CC italiano, 214.4 CC francés, 221.2 CC belga y 86 de la NBW holandesa.

<sup>10</sup> Así, arts. 219 y 220 CC francés o 220.2 y 223 del belga: La cogestión llevada a su extremo produce colapso. No va contra nuestros principios una decisión que la obvie: 1365 CC.

<sup>11</sup> Cuando se trate de recoger informaciones que se puedan obtener mediante el interrogatorio de un testigo, la exhibición de un documento o cursando un oficio, por ejemplo, no es descartable que se pueda recurrir al reglamento 1206/2001 (en su ámbito territorial, claro), más expeditivo y seguro que el *exequatur* de la decisión que ordene la realización de tales actuaciones.

<sup>12</sup> En los términos del párrafo 1390.1 BGB, el cónyuge con derecho a cobrar el crédito de participación tiene acción directa contra el tercero donatario si se trata de actos abusivos de disposición del patrimonio realizados por el cónyuge deudor.

<sup>13</sup> Donde el problema se traslada a la existencia de jurisdicción personal, sin perjuicio de la posibilidad de cumplimiento espontáneo por el destinatario de una orden.

<sup>14</sup> Véase de todas formas la STS de 14 de julio de 2010, que deja abierta la posibilidad de que surjan daños extracontractuales en el seno del matrimonio como consecuencia del incumplimiento de obligaciones personales: Al respecto, A. RODRÍGUEZ GUTIÁN, «De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio. (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010)», *La ley*, nº 7582, de 4 de marzo de 2011, pp. 7 ss.

<sup>15</sup> Para una exposición general (dirigida a un público exclusivamente extranjero) permítasenos reenviar a nuestro «Riconoscimento di decisioni e atti pubblici in materia di rapporti patrimoniali fra coniugi e conviventi», ponencia presentada en el congreso sobre Il riconoscimento reciproco del regime patrimoniale di coniugi o conviventi, Roma, 13 y 14 de diciembre de 2005. Puede ser consultada en <http://www.fondazioneavvocatura.it/files/53/Relazione%20Carillo.pdf>. En aquella ocasión formábamos el llamado grupo español MIGUEL AMORES y yo. Desde aquí mi reconocimiento a su trabajo.

comunitario que se diseñe no va a diferir del modelo general del Reglamento Bruselas I)<sup>16</sup>. Nuestro trabajo viene por lo demás animado por el hecho de disponer ya de una propuesta de reglamento europeo en la materia, y la constatación de que ningún instrumento normativo internacional (esto vale para los demás sistemas de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras) es autosuficiente.

## II. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

4. Las cuestiones 15 y 16 del mencionado Libro verde sobre regímenes matrimoniales se refieren al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras en la materia. Se trataba de chequear la posibilidad de suprimir el *exequatur*, plantear los posibles motivos de no reconocimiento y la idoneidad de las decisiones extranjeras para acceder a los registros de otros Estados sin trámites intermedios (la pregunta 16 se refiere sólo al catastro, mas no tendría sentido limitar la eficacia a éste). Las respuestas van en tres sentidos, desde las más fervientes internacionalistas que abogan por su pura supresión – desde el momento en que todos los tribunales llegarían a la misma solución<sup>17</sup>–, hasta las que dejan a salvo siempre los motivos de no reconocimiento anclados en la idea de orden público<sup>18</sup>, pasando por la posición de las instancias británicas para las que tal supresión resulta inviable, porque para un jurista de las Islas es incomprensible y/o inasumible una sentencia extranjera que trate de este tema, precisándose una especie de traducción para consumo interno emanada de un juez local<sup>19</sup>. En efecto, basta recordar las mentadas disparidades en las normativas –trasunto de disparidades en los principios básicos de comprensión del matrimonio– para llegar a la conclusión de que la eliminación de todos los controles es hoy por hoy inviable, dentro y fuera de Europa<sup>20</sup>.

### 1. El cuadro normativo (fuentes): la necesaria coherencia entre el sistema de competencia judicial internacional y el de reconocimiento y ejecución

5. Sabemos que la máxima debe ser el reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras: Si el sistema de competencia judicial internacional viene caracterizado por las notas de autolimitación<sup>21</sup> y alternatividad de los foros, el corolario es que el particular puede obtener justicia en otras instancias judiciales (la clásica distinción entre tutela por declaración o por reconocimiento<sup>22</sup>), lo que entraña consecuencias en ambos niveles: En el de la competencia: a. Que a falta de residencia de las partes (o al menos del demandado) en España, no tiene sentido que nuestros tribunales puedan asumir competencia judicial internacional<sup>23</sup>. Es una verdadera carga del legislador definir normas que impidan el conocimiento

<sup>16</sup> En la línea marcada por la proposición del GEDIP de 1992. El sistema, por lo demás, no difiere de los demás vigentes en nuestro país: M. AMORES, «Eficacia de resoluciones extranjeras en España: Pluralidad de regímenes, unidad de soluciones», Cursos de verano de Vitoria, 1996, *passim*.

<sup>17</sup> Así, la del Colegio de registradores de España.

<sup>18</sup> Por ejemplo, las respuestas del Comité de Derecho de familia de la Asociación de abogados alemanes o la de la Universidad de Milán.

<sup>19</sup> *V. gr.*, respuestas del *Council of Bars and Law Societies of Europe*, del grupo *Resolution* y de la *Law Society of England & Wales and the Society of Trust & Estate Practitioners* («Some adjudication may be necessary to «convert» a foreign order into a meaningful domestic judgment»), señala ésta última).

<sup>20</sup> CH. KOHLER, «Auf dem Weg zu einem europäisches Justizraum für das Familien- und Erbrecht», *FamRZ*, 2002, pp. 709 ss.

<sup>21</sup> En el sentido esbozado por la La STC 61/2000 cuando insiste en la necesidad de equilibrio entre las posiciones del demandante y del demandado en el diseño de los foros de competencia, de modo que a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o unas cargas excesivas para poder ejercitar su derecho a la defensa en juicio, pudiendo el demandado en el proceso civil quedar sometido a una determinada jurisdicción sólo si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio de tal derecho no se verá sujeto a costes desproporcionados, mientras que a un demandante debe ser asegurada la posibilidad de acceso a aquellos tribunales que le resulten más próximos a las partes y/o al objeto del litigio.

<sup>22</sup> Esta idea aparece, por ejemplo, en M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2007, p. 30.

<sup>23</sup> En este sentido, la mera nacionalidad española de ambos cónyuges no debería ser un criterio suficiente para afirmar la competencia de nuestros tribunales, y su legitimidad constitucional sólo queda a salvo a nuestro juicio por venir configurada como manifestación particular de la autonomía de la voluntad. No se tienen en cuenta consideraciones de efectividad de las decisiones, como sin embargo sí ocurre en Derecho inglés: *Razelos c. Razelos (n. 2)*, 1970. A pesar de ello, es un foro retenido en el art. 5.1.d de la propuesta.

de lo no próximo, siempre que existan mecanismos alternativos para alcanzar tutela<sup>24</sup>; b. Que la mera presencia de bienes en territorio español no puede ser motivo para fundar un foro de competencia –y mucho menos para obligar a los cónyuges– para que conozcan nuestros tribunales de los litigios sobre régimen económico, ni siquiera para lo relativo a esos bienes, aunque sean inmuebles (sin perjuicio de lo jurídico real, claro); parece más lógico concentrar las controversias, impedir la dispersión<sup>25</sup>; c. Que, siendo improbable que se susciten litigios sobre esta materia de forma autónoma, y apareciendo más bien como consecuencia de otros en la inmensa mayoría de los casos, lo razonable es que el juez competente para lo «causal» pueda conocer también de lo «consecuencial». En este sentido, las previsiones de los arts. 3 y 4 de la propuesta (competencia para régimen económico del competente en materia de sucesiones y de crisis matrimoniales respectivamente) deberían prosperar. Las respuestas al libro verde ya reclamaban soluciones de «acumulación». Otra historia es la idoneidad de alguno de los foros del reglamento 2201/2003 para conocer de lo patrimonial, como, *v. gr.*, los basados en la mera nacionalidad; habrá que confiar en que la racionalidad de los litigantes conduzca a su no uso). Cuando el litigio sea sucesorio, la propuesta de reglamento<sup>26</sup> prevé unos foros de competencia –en los arts. 4 y siguientes– que, al establecer como principio la residencia habitual del difunto, tiene la virtud de llevar en la normalidad de los casos al último domicilio conyugal, alineándose sin problemas con las orientaciones usuales en la materia regímenes matrimoniales. Ahora bien, pasará mucho tiempo hasta que los reglamentos sobre sucesiones y régimen económico sean aplicables, y mientras llega ese momento no hay continuidad entre el reglamento Bruselas II bis y el art. 22 LOPJ ni, dentro de este último, entre los foros previstos en materia de sucesiones y los propios de la materia matrimonial. Esta pluralidad tiene su reflejo en el momento de controlar la competencia del juez de origen cuando se pida el reconocimiento y ejecución de una resolución<sup>27</sup>.

6. Por supuesto, tampoco existe plena coherencia en las piezas del sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones, de modo que no se puede afrontar unitariamente todo este complejo<sup>28</sup>: En presencia de una resolución que decreta, por ejemplo, el divorcio y la disolución del régimen de bienes habrá que aplicar simultáneamente el sistema de *exequatur* del mencionado reglamento 2201/2003 y las de la vieja LEC o los convenios bilaterales aplicables también en esta materia<sup>29</sup>. Pero permítasenos insistir en que lo malo no es la dualidad de fuentes (a lo sumo, será incómoda), si hay coordinación, desde el momento en que el régimen de condiciones de la LEC(A) se reconduce sin mayor dificultad a las causas de no reconocimiento del Reglamento; lo malo es que al margen del instrumento comunitario no se reconoce ni ejecuta una decisión no firme y se controla la competencia del juez de origen (convenios bilaterales, con normas de competencia indirecta), de suerte que podríamos encontrarnos con una situación compleja pero sustancialmente unitaria que en el instante en que atraviesa la frontera pierde su coherencia, porque la continuidad de sus efectos es parcial. Frente a esto no hay solución posible, más que interpretaciones que sin duda serán *contra legem*<sup>30</sup>. Será obligación del legislador predisponer

<sup>24</sup> M. AMORES, «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», en VVAA, *Pacis artes. Obra homenaje al prof. González Campos*, vol. II, Madrid, 2005, p. 1199.

<sup>25</sup> El art. 6 de la propuesta adolece, en este sentido, de cierto exceso y es prescindible.

<sup>26</sup> Manejamos la Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, de 14 de octubre de 2009.

<sup>27</sup> Una observación final: El limitado ámbito de aplicación territorial del reglamento Roma III no ayuda, desde luego, a conseguir la unidad de soluciones en el espacio europeo. No hará falta insistir en su transcendencia en la materia que estudiamos.

<sup>28</sup> La SAP Barcelona de 31 de marzo de 2003 califica la situación de paradójica. Probablemente no sea el adjetivo más ajustado: No es paradójico tratar de forma desigual orígenes y materias litigiosas diversas, según el grado de compromiso y homogeneidad existente en cada uno. Por lo demás, la mencionada sentencia constituye un magnífico ejemplo de análisis y distinción.

<sup>29</sup> Cubren este tema los convenios con Suiza (10 de noviembre de 1896), Colombia (30 de mayo de 1908), Francia (28 de mayo de 1969), Italia (22 de mayo de 1973), Alemania (14 de noviembre de 1983), Austria (17 de febrero de 1984), Checoslovaquia (4 de mayo de 1987), Uruguay (4 de noviembre de 1987), Brasil (13 de abril de 1989), URSS (26 de octubre de 1990), China (2 de mayo de 1992), Bulgaria (23 de mayo de 1993), Marruecos (30 de mayo de 1997), Túnez (24 de septiembre de 2001), Argelia (24 de febrero de 2005) y Mauritania (12 de septiembre de 2006).

<sup>30</sup> En presencia de una resolución extranjera sobre divorcio y efectos patrimoniales del matrimonio cabe usar el art. 27 del reglamento Bruselas II bis yugulando su flexibilidad, suspendiendo en todo caso el reconocimiento se la primera parte de la

un modelo de eficacia extraterritorial de resoluciones coordinado con el de competencia, que asegure aquella continuidad de los derechos válidamente nacidos más allá de nuestras fronteras, resultando en consecuencia dudoso que se pueda predisponer un sistema que convierta en ficticio, por excesivamente oneroso, el modelo de eficacia extraterritorial o lo haga depender de instrumentos ajenos a la estricta lógica del Derecho privado, como la reciprocidad del art. 952 LEC(A). No deja de ser reseñable que, a la espera del tan mencionado reglamento, lo que nuestros jueces utilizarán en el espacio intraeuropeo es un sistema tan poco cooperativo como el de la LEC(A) (incluyendo tal reciprocidad).

7. En todo caso, para perfilar el panorama en su justa complejidad hay que recordar las dificultades de engarce del concepto de alimentos manejado en el reglamento 44/2000 (el mismo valdrá sin duda para el 4/2009) y el de regímenes matrimoniales de su art. 1, según la interpretación que hace el TJ, no necesariamente intangible ni eterna<sup>31</sup>. El juez español al que se le presente una solicitud de reconocimiento deberá distinguir los diversos planos de la resolución e investigar sobre la concreta naturaleza de un determinado pago en el Derecho aplicado en la sentencia, para darles el tratamiento jurídico diferenciado que corresponda<sup>32</sup>. Otra cosa es que eso sea posible (en Derecho inglés, por ejemplo, no existe una real distinción entre alimentos y división de bienes<sup>33</sup>), circunstancia ésta que debería comportar como consecuencia la exclusión de una calificación alimenticia de la asignación económica controvertida, toda vez que una conclusión diferente podría tener el resultado de extender a sectores ajenos –o al menos de dudosa inclusión en esa categoría– al modelo de recíproca confianza un sistema reservado a día de hoy sólo a las deudas de alimentos: De algún modo, se trataría de un incentivo para que los Estados introduzcan normativas aptas a la diferenciación en sede judicial de los diversos aspectos. En definitiva, todo lo anterior desemboca en la posibilidad de que una parte de una sentencia extranjera procedente de un tribunal europeo sea reconocida y ejecutada *ex* reglamento 44/2000 (pensión compensatoria)<sup>34</sup>, otra parte por la vía del 2201/2003 (el pronunciamiento sobre la crisis matrimonial) y otra por la LEC(A) o el eventual convenio bilateral (para lo relativo al régimen matrimonial)<sup>35</sup>.

8. Más allá de lo deseable que resulta que un tratamiento procesal homogéneo para todas las partes de la sentencia objeto de reconocimiento y ejecución, *de lege lata* no disponemos de instrumentos adecuados para ello, y no es descartable que una parte de la misma sea provisionalmente ejecutada y otra no, que se controle la competencia del juez de origen<sup>36</sup> o la ley aplicada para una parte sí y para

---

decisión en tanto en cuanto el pronunciamiento sobre efectos no haya alcanzado firmeza en el Estado de origen. Que es *contra legem* se deduce del mero hecho de que se está eliminando la libertad de apreciación que se deja al juez.

<sup>31</sup> Ni que decir tiene que evocamos las sentencias del TJCE en los asuntos *De Cavel* (27 de marzo de 1979 y 6 de marzo de 1980) y en *Boogaard* (27 de febrero de 1997). En particular esta última es bastante clarificadora: Alimentos es lo necesario para la manutención, fijada en atención a las necesidades y recursos de cada cónyuge; las asignaciones realizadas pensando en el reparto de los bienes corresponden al concepto régimen económico matrimonial (cdo. 22).

<sup>32</sup> Sentencia del TJCE de 27 de febrero de 1997, considerando 21. El ATS de 18 de noviembre de 2003 relata las dudas suscitadas respecto a la calificación de las cantidades reconocidas por una decisión inglesa y cómo mediante providencia hubo de requerirse al solicitante de *exequatur* para que informara, entre otros extremos, sobre el Derecho extranjero (*Matrimonial Causes Act* de 1973).

<sup>33</sup> Respuesta al libro verde de *Resolution* (antes conocido como *Solicitors Family Law Association of England and Wales*), p. 10. Pondera igualmente las dificultades de distinción y el peligro de incertidumbre la respuesta del *Bar Council of England and Wales*.

<sup>34</sup> Sin perjuicio de que no parezca demasiado correcta tal calificación como alimenticia de la pensión compensatoria; desde luego en la segunda sentencia de *Cavel* no hay trazas de algo parecido a un argumento. Desde el punto de vista español no hay duda de su carácter indemnizatorio y no alimenticio, y no la hay tampoco en la mayor parte de los ordenamientos. En este sentido, remitimos a S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996, pp. 44 ss.

<sup>35</sup> El fraccionamiento está muy bien expuesto en la sentencia de la AP de Barcelona de 31 de marzo de 2003. Paradójicamente, las únicas resoluciones que tienen asegurada la coherencia en su tratamiento son las que proceden de países con los que no existen relaciones estrechas de cooperación –en forma de reglamento comunitario o convenio–, lo que pone sobre la pista del sinsentido que sería dar peor trato a los amigos que a los indiferentes.

<sup>36</sup> Donde la descoordinación es notoria: Piénsese en el caso de que se haya decretado el divorcio en base a la nacionalidad y residencia prolongada del actor (art. 3.1 inciso final del reglamento 2201/2003), criterio éste no asumido (dicho en general) para el sector colindante por los convenios bilaterales.

otra no. Sólo en sede calificatoria puede corregirse estas dificultades, por ejemplo ampliando (*rectius*, violentando) los conceptos de alimentos y de responsabilidad parental para hacerles comprender litis expensas o uso de la vivienda familiar, respectivamente<sup>37</sup>.

Es crucial por lo tanto delimitar bien cuándo estamos en presencia de una cuestión de efectos económicos del matrimonio bienes. Toda operación patrimonial consecuencia de la extinción de un régimen de bienes de los cónyuges –sería el caso de un cambio de gananciales a separación– o que sólo se explique por la disolución de éste –por muerte o por divorcio– pertenece a este núcleo, y por consiguiente toda resolución extranjera que incorpore pronunciamientos relativos a ese reparto debe seguir los cauces ya apuntados de la LEC(A) o de los convenios bilaterales<sup>38</sup>.

**9.** Un caso particular es el de aquellos ordenamientos en los que el matrimonio no incide en el patrimonio de los cónyuges, de modo que no existe propiamente tal régimen. Si la normativa aplicada por el juez de origen pertenece a este grupo, cabe plantear si se trata de aplicar las normas sobre división de la cosa común (al fin y al cabo en nada difiere esta situación de cualquier otra propiedad romana) o las propias del régimen matrimonial. Los efectos más importantes se detectan en el espacio europeo, porque en el primer caso estaríamos en el ámbito de aplicación del reglamento 44/2001 –si la resolución tiene ese origen geográfico– y en el segundo en la LEC(A) o convenios bilaterales (para resoluciones procedentes de otros tribunales los regímenes procesales no son tan diferentes en uno y otro supuesto).

Pues bien, a juicio de quien esto firma no cabe diferenciar la respuesta procesal en función de los datos procedentes del ordenamiento aplicado al fondo del litigio, por tres motivos: 1. Porque desde la perspectiva del juez del foro en todas esas hipótesis estamos ante la respuesta del otro sistema jurídico al evento matrimonio: Dicho de otro modo, la mera «declaración de indiferencia» contenida en la ley aplicada constituye ya en sí una norma sobre régimen económico; 2. Porque también en los regímenes de separación existen cargas del matrimonio, cuentas que saldar y liquidar, y eso en España pertenece al núcleo de cuestiones analizado<sup>39</sup>. Por ello, que –por ejemplo en nuestro caso– se apliquen las normas del art. 399 ss. CC o las del 1392 ss. CC no es más que la respuesta del ordenamiento a un mismo e idéntico problema, el de la liquidación del patrimonio a raíz de la disolución del régimen, de gananciales, separación o el que cuadre, pero régimen de bienes; 3. Porque no encaja con la doctrina del Tribunal de Justicia que se aplique el Reglamento o no en función del tipo de organización patrimonial incorporado en la sentencia extranjera. Nótese bien que hablamos de individualizar las normas de derecho internacional privado, no de la eventual aplicabilidad de los arts. 806 ss. LEC.

**10.** Cada sector material tiene una autonomía jurídica que en el mundo real no existe. Ciertamente, mal se puede reconocer y ejecutar *en sus propios términos* una decisión sobre disolución y liquidación del régimen de bienes si no se hace antes lo mismo con el pronunciamiento sobre divorcio, y ese debería ser el contenido de los autos que conceden el *exequatur*; pero la práctica judicial española ha optado por obviar todo control sobre los aspectos patrimoniales de las decisiones extranjeras. Son elocuentes de esta forma de funcionar dos autos del TS, de 25 de enero de 2000 y de 22 de febrero de 2005, ambos decidiendo sobre solicitud de *exequatur* de sendas decisiones de divorcio: El primero de

<sup>37</sup> Analizando los argumentos a favor y en contra de una calificación alimenticia de ambas partidas, S. ALVAREZ GONZALEZ, *op. loc. cit.*

<sup>38</sup> Así, la *financial provision* inglesa cabe en esta definición (y en el art. 2 de la propuesta); como destaca la respuesta al libro verde de *The Law Society of Scotland*, al menos tal y como es conocida en el ordenamiento escocés, no encaja en el concepto de alimentos: Téngase en cuenta que Gran Bretaña no ha ejercido su derecho de *opting in* en el caso del reglamento 4/2009.

<sup>39</sup> Al respecto, S. RODRIGUEZ LLAMAS, «La liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes. Análisis doctrinal y jurisprudencial», *La ley*, nº 7449, 20 de julio de 2010. En Derechos como los de Inglaterra o Gales, tan ajenos a la idea de régimen económico, el matrimonio comporta la sujeción de los bienes de cada cónyuge al poder discrecional del juez en el momento de la disolución. Una espléndida explicación de la evolución del sistema, apta para juristas continentales, en E. AL MUREDEN, «Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle «leading decisions» inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2009, pp. 211 ss. Resulta criticable que se haga uso de ese poder incluso cuando las partes han formalizado un contrato excluyendo cualquier partición o distribución equitativa, equivaliendo la elección del régimen de separación a una renuncia de ese género: *Cfr.* J. A. TALPIS pone de relieve a este respecto cómo el legislador quebequés responde a los pactos de renuncia con la disciplina del patrimonio familiar (*vid. infra*): «La distribution équitable des biens des époux en droit international privé», en *Liber amicorum M. Revillard*, Paris, 2007, pp. 307 ss.).

ellos dedica cinco líneas a justificar al reconocimiento de una sentencia italiana de divorcio, afirmando que los requisitos previstos en el Convenio bilateral resultan razonablemente respetados, sin más complicaciones, y evitando cualquier ulterior análisis antes de decidir sobre los efectos económicos; la segunda concede el *exequatur* de dos sentencias, una americana de divorcio y la otra alemana en la que se aprueban los acuerdos de los cónyuges sobre efectos de la disolución del matrimonio. Aun aplicando textos distintos a cada una –LEC(A) y convenio bilateral hispano alemán–, los análisis son esencialmente iguales en ambos casos y limitados a verificaciones casi formales. Es evidente, por lo demás, que cuando el tribunal español no ha reconocido un divorcio decretado en el extranjero ni siquiera ha entrado a analizar la cuestión de las consecuencias patrimoniales.

## 2. Los controles genéricos

11. Se trata de recordar, con la mayor brevedad, cuáles son los elementos generales de cualquier resolución extranjera que deben ser chequeados por el juez español al que se le solicita el *exequatur*: Competencia, notificación, orden público. No merece la pena detenernos en la exigencia de firmeza (generalizada hoy por hoy)<sup>40</sup>.

### A) Competencia del juez de origen

12. Hasta donde nuestro conocimiento alcanza, los tribunales españoles se han enfrentado a solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que declaraban el divorcio –con las usuales consecuencias patrimoniales–, mas raramente a peticiones dirigidas sólo a lo patrimonial. Por ello el análisis de la competencia del juez de origen se ha limitado a verificar lo razonable de los elementos sobre la base de los cuales se ha alcanzado tal resultado, convirtiendo en un accesorio (a estos efectos) la parte de decisión relativa a los bienes del matrimonio. Al fin y a la postre, también en los sistemas procesales nacionales (incluida la LOPJ) ambos aspectos suelen ir unidos, con lo que no es anómala la extensión de la competencia.

13. Superada ampliamente la idea de que la competencia de los tribunales españoles en cuestiones de Derecho de familia es exclusiva cuando se trate de nacionales españoles y fraudulento cualquier intento de escapar de ellos<sup>41</sup>, desde 1985 se hace algo mejor que bilateralizar la norma del art. 22 LOPJ<sup>42</sup>, prefiriéndose un análisis flexible, en términos de razonabilidad, un mero proceso de evaluación de índices<sup>43</sup>. La frecuente predisposición de foros exorbitantes<sup>44</sup> no tiene por qué conducir

<sup>40</sup> La firmeza es exigida indubitablemente por todos los convenios bilaterales (nos referimos a los que incluyen la materia estudiada en su objeto), salvo los de Checoslovaquia, Brasil y la URSS, si bien en estos casos se pide que las resoluciones tengan carácter ejecutivo según el ordenamiento del Estado de origen. El carácter definitivo de la resolución se ha ido perdiendo a lo largo del tiempo, y sólo los acuerdos con Suiza, Colombia y Francia lo contemplan.

Conviene tener presente que ese carácter no depende del nombre sino del contenido: En el proceso inglés de divorcio el *decree of divorce* decreta la disolución del vínculo matrimonial sin pronunciarse sobre lo patrimonial, que es decidido al final, por el cauce de procesos ancilares formalmente distintos al de divorcio. Las *orders* de carácter patrimonial pueden ser provisionales e inmediatamente eficaces o definitivas, cuyos efectos se producen a partir del momento en que se emane el decreto de divorcio (S. M. CRETNEY, *Principles of Family Law*, Londres, 1997, pp. 65 ss.). Hay decisiones provisionales tendencialmente estables, capaces de disciplinar una situación jurídica durante un apreciable espacio de tiempo o con un estricto régimen de impugnación, y respecto de las cuales la negativa al reconocimiento no está justificada: E. SAVARESE, «Sul riconoscimento di provvedimenti provvisori stranieri in materia familiare», *RDIPP*, 2005, p. 734.

Hay ordenamientos en los que los controles son muy generales. Por ejemplo, en Holanda se mira que la decisión extranjera no contenga nada contrario a los standards internacionales; en Francia se exige una vinculación caracterizada entre el litigio y el juez de origen.

<sup>41</sup> Así en el ATS de 5 de octubre de 1982, entre otros. La SAP Orense de 10 de octubre de 1998 es sólo un fleco. Sobre esta tesis véase A. L. CALVO CARAVACA, *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*, Madrid, 1986, pp. 147 ss.

<sup>42</sup> Solución que podría desembocar en la denegación del reconocimiento por más que la asunción de competencia esté fundada en bases razonables.

<sup>43</sup> Valgan dos datos de sistemas de nuestro entorno: Los tribunales belgas se limitan a controlar que no se haya asumido competencia en base sólo a la nacionalidad del actor; en Alemania es chequeada según las normas del Estado de origen.

<sup>44</sup> Por ejemplo, la nacionalidad o residencia del actor en Francia o Luxemburgo y Austria o Suecia respectivamente, la nacionalidad alemana en el momento de contraer matrimonio en Alemania (la misma solución en Grecia).

*in casu* a la denegación del *exequatur* si no se ha generado indefensión. La idea es la alternatividad de los foros, considerándose idóneos los tribunales del domicilio del cónyuge, el lugar de celebración y la aceptación de la competencia<sup>45</sup>, o sólo la nacionalidad de uno de los cónyuges más lugar de celebración<sup>46</sup>, la nacionalidad de ambos y el lugar de celebración del matrimonio<sup>47</sup>, la nacionalidad de uno y el domicilio del otro en el momento de la demanda<sup>48</sup>, la nacionalidad de uno y el domicilio de ambos en el mismo Estado<sup>49</sup> y por supuesto el cúmulo nacionalidad, residencia y lugar de celebración<sup>50</sup> (con la consecuencia de reconocer las decisiones emanadas por ellos). Por contra, se rechaza su concesión cuando en el momento de iniciar el proceso de divorcio ambos cónyuges se encontraban domiciliados en España, siendo irrelevante la nacionalidad de la esposa o el lugar de celebración del matrimonio<sup>51</sup>. Dicho en positivo, de lo anterior se deduce que no se requiere la residencia de alguno de los cónyuges en el Estado al que pertenece el tribunal elegido para que pueda considerarse competente. Si, como hemos visto, se admite que son suficientes la nacionalidad de uno de ellos y el lugar de celebración (vínculos evanescentes donde los haya), será difícil –una verdadera patología– que se deniegue el *exequatur* por falta de competencia del tribunal de origen. Por lo demás, no se confunden los aspectos de la liquidación del régimen con los inmobiliarios<sup>52</sup>.

**14.** La razonabilidad como parámetro del análisis desaparece cuando se trate de resoluciones procedentes de países con los que existe convenio bilateral, sustituida por normas de competencia indirecta, con resultados a veces paradójicos: A efectos puramente expositivos, y para el sector que nos ocupa, podemos hablar de cuatro enfoques al respecto: El modelo standard de los convenios con Francia, Italia y Brasil, que admiten la competencia del juez de origen basada en el domicilio o residencia habitual del demandado en el Estado de origen, así como la prórroga<sup>53</sup>; un segundo grupo es el de los convenios que incorporan junto al foro general del domicilio o residencia habitual del demandado (y, eventualmente, la sumisión) uno especial en la parcela vecina de las sucesiones: Los de República Checa (Eslovaquia), China, Rusia, Argelia y Mauritania; el tercero, es el de los convenios que contienen normas especiales en materia de relaciones matrimoniales<sup>54</sup>, grupo en el que hay que diferenciar los de Austria y Alemania (art. 8 en ambos casos<sup>55</sup>), que prevén foros lo bastante generosos como para impedir la denegación del reconocimiento y ejecución por este motivo, y el convenio con Túnez, cuyo art. 19 contiene –junto a los foros generales– previsiones detalladas se supone que dirigidas a una peculiar búsqueda de proximidad y expectativas de exportabilidad de las resoluciones, pero que concluye con una remisión general a las normas de competencia de cada Estado, debidamente bilaterizadas<sup>56</sup>; el

<sup>45</sup> ATS de 29 de febrero de 2000.

<sup>46</sup> ATS de 31 de julio de 2002, 15 de julio de 2003.

<sup>47</sup> ATS dce 16 de mayo de 2000.

<sup>48</sup> ATS de 15 de julio de 2003.

<sup>49</sup> El mismo ATS de 15 de julio de 2003.

<sup>50</sup> ATS de 17 de octubre de 2006.

<sup>51</sup> ATS de 17 de febrero de 2004 (Cuba en este caso).

<sup>52</sup> ATS de 10 de septiembre de 1996, citada.

<sup>53</sup> El convenio con Uruguay acepta específicamente el domicilio o residencia del demandado para las obligaciones pecuniarias derivadas de las relaciones de familia.

<sup>54</sup> No cabe duda de que la norma está pensando antes que nada en crisis matrimoniales, pero tampoco es discutible que el supuesto de hecho es lo bastante amplio como para abarcar los aspectos patrimoniales.

<sup>55</sup> Su extensión y prolijidad nos eximirán de reproducirlos.

<sup>56</sup> El tenor del art. 19 d) es el siguiente: en materia de relaciones matrimoniales, los órganos jurisdiccionales del Estado de origen en el sentido del presente Título serán competentes cuando los dos cónyuges no tengan la nacionalidad del Estado requerido; cuando los dos cónyuges sean nacionales de un tercer Estado, no se reconocerá la competencia jurisdiccional del Estado de origen en el caso de que la resolución tampoco sea reconocida en el tercer Estado. Cuando solamente uno de los dos cónyuges tenga la nacionalidad del Estado requerido, los órganos jurisdiccionales del Estado de origen en el sentido del presente Título serán competentes si el demandado, en el momento de la iniciación del procedimiento, tuviera su residencia habitual en el Estado de origen o cuando la última residencia habitual común de los cónyuges estuviera situada en el Estado de origen y si uno de los dos cónyuges residiera en el Estado de origen en el momento del inicio del procedimiento. En la letra j) se señala que «en cualquier otro caso en que se reconozca la competencia en virtud de las normas de competencia judicial internacional admitidas por la legislación del Estado en que se invoque la resolución». Como pone de relieve P. DE MIGUEL

cuarto grupo es el de los convenios construidos sobre la idea de confianza recíproca, a saber, el que el hispano búlgaro (art. 19.1) y el hispano marroquí (art. 23.1, sin perjuicio de la expulsión del sistema de los foros exorbitantes en el art. 32), a tenor de los cuales la competencia se aprecia según las reglas del Estado de origen.

Las cuestiones son dos: La aleatoria admisibilidad de unos mismos foros y la posibilidad de que la decisión extranjera que asume competencia para crisis matrimoniales y régimen económico se vea segmentada y sometida a soluciones contradictorias en sede de reconocimiento y ejecución:

- a. Visto el paisaje, resulta diáfano que carece de sentido que a una decisión apoyada en criterios de competencia judicial que serían juzgados razonables cuando se aplica la LEC(A), esto es, supuestos de falta de especial relación de cooperación (convenio bilateral) se conceda el *exequatur* y que sin embargo si procede de un país con el que se colabora no pueda obtenerlo. Incluso cuando entre en juego el reglamento comunitario (el art. 28 de la propuesta excluye el control de competencia del juez de origen) y desplace a los convenios con nuestros socios europeos, nos queda el caso de las decisiones procedentes de Brasil, Uruguay, China, Rusia, Argelia y Mauritania (Túnez no debería dar problemas en la realidad). En sus articulados no existen instrumentos que permitan escapar de tan absurdo resultado, de modo que a día de hoy lo único factible sería renegociar los convenios.
- b. Por lo demás, por lo que se refiere a la concurrencia de fuentes, ese panorama evidencia que las hipótesis reales más normales constante el matrimonio no suscitarán demasiadas dificultades (por supuesto que los de los grupos tercero y cuarto no las generan): El litigante medio en este sector no suele actuar con oportunismo ni sofisticación, sino que suele acudir a los tribunales del lugar en donde vive, o lo que es igual, los de la residencia conyugal. Después, en casos de ruptura, si uno de ellos traslada su residencia, resultará más difícil cohonestar las soluciones del reglamento 2201/2003 –cuando resulte aplicable, claro– para las crisis matrimoniales y las aquí contempladas –con la normativa vigente a día de hoy– para lo patrimonial (*v. gr.*, demanda de divorcio presentada en el tribunal del actor en base a su nacionalidad y residencia continuada, o el del último domicilio conyugal residencia del actor: Si asume competencia para cuestiones de régimen económico se podrá rechazar el reconocimiento y ejecución por el motivo que analizamos). Por contra, cuando se aplique sólo la LEC o sólo un convenio bilateral, no existirán dificultades de engarce.

15. Por último, nótese que nada obliga al juez español –vinculado sólo a su sistema– a respetar la asunción de competencia exclusiva por un juez extranjero (por ejemplo el caso irlandés o en el portugués, ordenamientos donde el juez se declara exclusivamente competente en relación con los inmuebles situados en sus territorios aunque se trate de discutir de régimen matrimonial<sup>57</sup>). Si la decisión que se dicte en España es efectiva o no en su totalidad, es un problema de las partes<sup>58</sup>.

## B) Notificaciones

16. El régimen aplicable y los extremos a verificar son los generales<sup>59</sup>. Puede plantearse el interrogante respecto al alcance de lo notificado. Sería arduo dudar de la validez –a los efectos que ahora

---

ASENSIO en la presentación del convenio (*AEDIPr*, 2004, p. 477), tal remisión comporta menor flexibilidad que el *approach* normal en los casos de ausencia de convenio, y sobre todo el peligro de estar a expensas de modificaciones unilaterales de las normas de competencia judicial.

<sup>57</sup> Un planteamiento similar en Inglaterra, cuyos jueces se declaran incompetentes si la decisión no va a ser efectiva en el extranjero (sección 17 de la *Married Women's Property Act*, 1882). En Portugal son incompetentes en relación con los inmuebles en el extranjero, con lo que el *exequatur* de una decisión portuguesa no garantiza el fin del litigio entre cónyuges.

<sup>58</sup> Lo que no parece compartir la AP Navarra en la sentencia de 21 de abril de 2009, ocupada en construir el concepto de orden público búlgaro.

<sup>59</sup> Así, véase el art. 11 de la propuesta de reglamento. Un resumen de la doctrina jurisprudencial en el *ÁAP* Madrid de 24 de noviembre de 2008, que rechaza el reconocimiento de una sentencia cuando la demanda había sido notificada mediante anuncios.

nos interesan— de una (correcta en todo caso) notificación de una demanda en la que se solicitara el divorcio, por ejemplo, pero en la que no constara nada acerca de la disolución del régimen económico matrimonial, si después el tribunal entra a decidir sobre este tema. Cuando la ley reguladora del divorcio considera que éste es causa de disolución del régimen de bienes (o incluso si sólo incide de un modo más limitado en él), será fácil entender que cuando se discute sobre una crisis matrimonial —lo mismo dígame si se litiga sobre una sucesión— se van a realizar pronunciamientos sobre sectores colindantes: Nadie puede alegar indefensión por el hecho de que en la demanda no conste expresamente una referencia al patrimonio conyugal. Conocida la existencia del proceso, se tiene que ser consciente de su potencial alcance. En segundo lugar, estamos en un sector en el que a lo largo del litigio los datos que se van descubriendo pueden ir modulando el contenido exacto de su objeto, de forma que tampoco genera indefensión la disparidad entre lo primeramente solicitado y lo que finalmente haya sido debatido y decidido<sup>60</sup> (en nuestro sistema, recuérdese las facultades del tribunal en los términos de los arts. 772 y 774.4 LEC; en Francia, sin embargo, el juez tiene un amplio poder en lo tocante a adopción de medidas provisionales —art. 255 CC—, pero no se admite demanda de divorcio que no comporte una propuesta de pago de los derechos de los cónyuges)<sup>61</sup>.

### C) Análisis del fondo: la ley aplicada y el límite del orden público

17. Superados con éxito los anteriores tests, de nuevo encontramos una paradoja realmente inexplicable: El control de la ley aplicada por el juez de origen no forma parte del modelo general español, y en la LEC(A) no hay trazas de ello: La STC de 17 de junio de 1991 lo expone muy bien, dejando al margen los supuestos de reciprocidad del art. 952 LEC(A). Y sin embargo en algunos convenios bilaterales se convierte en una exigencia difícilmente esquivable. De nuevo se castiga la cooperación: A salvo la equivalencia de resultados y el principio de mayor favorabilidad<sup>62</sup>, existe en los convenios con Francia (art. 5), Italia (art. 15), Alemania y Austria (art. 6.2 en ambos casos, especificando la materia régimen económico matrimonial), Chequia-Eslovaquia (art. 22), China (art. 22.2), Bulgaria (art. 19.2), Argelia y Mauritania (en ambos casos, art. 16.1.g)<sup>63</sup>. En el convenio con Túnez, el art. 18.2, después de haberse prohibido la denegación del reconocimiento y ejecución por disparidad en cuanto a la ley aplicada, se sanciona que podrá a pesar de todo denegarse ambos en materia de familia, estado y capacidad cuando la resolución sea «notoriamente contraria al ordenamiento jurídico del Estado requerido». Que esto no es la excepción de orden público lo acredita que éste viene en el art. 17, de modo que sólo puede ser un control de ley aplicada vergonzante. Como se dijo más arriba sobre competencia judicial, en la actualidad se podría dar el absurdo de someter la mitad de una decisión a ese control y no hacerlo para la otra mitad (concurrencia del reglamento 2201/2003 y convenios bilaterales). De todas formas, no consta en los últimas décadas un solo precedente en el que un juez español haya rechazado el *exequatur* por este motivo<sup>64</sup>.

18. Otra historia es la excepción de orden público, a la que no se renuncia ni siquiera en el estrecho ámbito comunitario (art. 27 de la propuesta): El hecho de que todos los tribunales tengan las mismas normas de conflicto no quiere decir que se llegue al mismo resultado<sup>65</sup>. En una esfera más

<sup>60</sup> Cfr. S. ALVAREZ, *Crisis matrimoniales...*, op. cit., p. 279.

<sup>61</sup> Art. 257-2 CC: *A peine d'irrecevabilité, la demande introductive d'instance comporte une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux.*

<sup>62</sup> Desplazando las soluciones convencionales y aplicando el Derecho interno cuando sea más favorable al resultado perseguido. En relación con los alimentos, S. ALVAREZ, *Crisis matrimoniales internacionales...*, op. cit., p. 282.

<sup>63</sup> En la propuesta, el art. 29 prohíbe la revisión en cuanto al fondo, como era augurable.

<sup>64</sup> Una precisión: Cuando un tribunal de una jurisdicción de *civil law* se enfrente a una liquidación de régimen de bienes sometida a un ordenamiento de *common law* que prevea el sistema de distribución equitativa será fácil que no haya aprehendido en su integridad todos sus matices y haya terminado por descartar la aplicación esperada por las partes, sustituyéndola por la propia. La experiencia demuestra que la hipótesis contraria es usual, dada la tendencia de los tribunales de *common law* a someter las cuestiones de familia a la ley del foro. En estos casos, la quiebra de las expectativas legítimas —con importantes consecuencias patrimoniales— será normalmente denunciada por la parte que haya quedado perjudicada, y debe dar lugar a la revisión de la solución adoptada; pero nótese que esto no es control de ley aplicada sino interdicción de la indefensión.

<sup>65</sup> Cfr., *Resolution, Comments on the Proposal for a Regulation on Applicable Law in Matrimonial Matters*, p. 2. El grupo realmente es más drástico, hablando de la indiferencia hacia los resultados del hecho de aplicar la misma ley. A las razones

amplia, en una materia en la que la Unión no ha legislado y persisten profundas disparidades a nivel sustantivo, no es sólo que el juego de esta excepción tenga el terreno abonado, sino también que la definición del concepto es en gran parte nacional (con la única particularidad de que todos los Estados de la UE han incorporado en sus sistemas la Convención de Roma de 1950).

Por descontado que la idiosincrasia patria ha servido para que los jueces españoles, a partir de la instrucción sentada en el art. 16.1.2ª CC, creen un esquema de análisis que conduce a la virtual desaparición del orden público en lo patrimonial y a la utilización de un modelo abierto y flexible de recepción de instituciones desconocidas en nuestro foro. No existe un «régimen primario español» encarnado en el CC absolutamente imperativo a cuya estricta observancia se condicione la eficacia de decisiones extranjeras en España (sí a los casados y en parte a los residentes en Francia, por ejemplo). Pero tan cierto es que no cabría afirmar la imperatividad de las concepciones recogidas en éste como que al final llegamos a algo muy parecido, desde el momento en que las exigencias de orden público español se encarnan en el respeto de los postulados básicos derivados de la CE e informan todas las normativas españolas en la materia: Protección de la familia, la libertad y dignidad personales, la igualdad entre cónyuges, interdicción de los enriquecimientos injustos (derecho de un cónyuge a participar, en el momento de la disolución, en las ganancias de las que se ha apropiado en exclusiva el otro, habiendo contribuido a generarlas)<sup>66, 67</sup>. Distinguiremos en fin varios aspectos (sin perjuicio de cuestiones concretas a las que se hará referencia más abajo).

### a) Exigencias básicas derivadas de la excepción de orden público: libertad e igualdad

**19.** Podemos asumir con carácter general que la excepción de orden público ofrece una doble faz, forzando el rechazo de las leyes extranjeras particularmente repulsivas –aunque el supuesto litigioso no esté fuertemente vinculado con el foro– y corrigiendo el automatismo de la norma de conflicto –cuando no esté materialmente orientada–<sup>68</sup>. Trasladando esa idea al campo de la eficacia transfronteriza de resoluciones, resulta diáfano que no podrán ser reconocidas ni ejecutadas aquéllas que impongan por un motivo reconducible a los prohibidos en el art. 14 CE (y al margen de la voluntad de las partes) una distribución no equitativa –distíngase de un reparto no igualitario, que siempre será posible– de los bienes del matrimonio<sup>69, 70</sup>. Ni que decir tiene que la existencia de los elementos necesarios para poder descubrir una voluntad negocial real compete al tribunal de origen, y no ha lugar a reconstruirla en sede

---

aducidas (discrepancias en la calificación procesal-fondo, incapacidad para conocer y aprehender el Derecho extranjero y sus actualizaciones, dificultades de los juristas continentales para comprender el sistema de *common law*) hay que añadir, en nuestro caso particular, el modo en el que se trata el Derecho extranjero, lo difícil que es que termine siendo aplicado por mucho que la norma de conflicto lo reclame.

<sup>66</sup> Existiría incluso un principio europeo en este sentido: *Cfr.* B. BRAAT, «Matrimonial Property Law: Diversity of Forms, Equivalence in Substance?», en M. ANTOKOLSKAIA, *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 247.

<sup>67</sup> Por lo demás, que las normas de los arts 1315-1324 CC configuran un régimen primario es algo constantemente afirmado por la doctrina civilista. En contra, M. AMORES en J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1995, p. 343, para quien las normas de tales artículos se limitan a configurar un amplísimo ámbito de autonomía convencional de los cónyuges y no son compartidas por todos los sistemas jurídicos españoles en la materia. Basta leerlas para comprobar que lo que subsiste es un espacio para el común acuerdo vinculante, y para la intervención del juez en su defecto. Esto no es predominio de la libertad de pactar lo que se desee sin protección para la efectiva igualdad entre los cónyuges. Por lo demás, por lo que se refiere al hecho de que estas normas no existen en los ordenamientos regionales, está por probar que disposiciones inspiradas en *policies* análogas no existan en todos ellos.

<sup>68</sup> Añádase que la resolución 37/78 de 27 de septiembre del Consejo de Europa establece el compromiso de los Estados de asegurar el derecho de un cónyuge a obtener en caso de nulidad, separación o divorcio una parte equitativa de los bienes del ex cónyuge o una suma indemnizatoria que compense cualquier desigualdad financiera surgida durante el matrimonio.

<sup>69</sup> M. DE BOER, «Unwelcome Foreign Law...», *op. cit.*, p. 299.

<sup>70</sup> Es la línea marcada por la Corte de Casación francesa en su decisión de 24 de febrero de 1998, que rechaza como contrario al orden público el viejo sistema suizo de unión de bienes (reparto no igualitario en el momento de la disolución, atribuyendo al marido dos tercios de los incrementos habidos durante el matrimonio, art. 214 del viejo CC). Con disparidades en gestión y apropiación de frutos, el art. 186 CC turco antiguo, en vigor hasta 2002.

Los cónyuges pueden pactar particiones no igualitarias de los bienes: arts. 1497.5 CC francés y 1451 CC belga, por ejemplo.

<sup>70</sup> Como subraya B. BRAAT, todos los sistemas europeos tienen como norte un reparto equitativo de los bienes después del matrimonio, sea mediante la división igualitaria en caso de gananciales, mediante un reparto de los incrementos en caso de régimen de participación o con atribuciones judiciales discrecionales en los ordenamientos anglosajones: *Cfr.* «Matrimonial Property Law...», *op. cit.*, p. 242.

de *exequatur*. Advuértase que el mero hecho de que un cónyuge consienta en una liquidación de bienes que le empobrezca o la renuncia a cobrar una pensión compensatoria a la que eventualmente tendría derecho carece de trascendencia y no es censurable desde el prisma de la protección de los menores a su cargo (*ex art. 39 CE*), porque hablamos de planos que discurren en paralelo: Si un padre se empobrece en exceso, el otro se enriquecerá también en exceso, y a la hora de fijar el *quantum* alimenticio se tiene en cuenta tanto las necesidades de los hijos como las disponibilidades globales de los padres<sup>71</sup>. Distinta historia y conclusión sería si se usara para encubrir transferencias fraudulentas de bienes a terceros, hipótesis que recibirían el tratamiento propio de los negocios simulados.

20. El ATS de 8 de marzo de 2005 resume muy bien su posición respecto al engarce con el orden público de las expresiones de autonomía en las cuestiones de contenido económico (sus consideraciones son demasiado generales como para limitar su alcance al estrecho marco de la pensión compensatoria de la que trata): Tratándose de una sentencia extranjera que homologaba el acuerdo entre los cónyuges, mediante el cual el de género femenino renunciaba a percibir tal pensión, el TS subraya que no existe un interés general superior al propio particular de los interesados que lo sustraiga a la libre disponibilidad de las partes y que exija una tutela obligatoria dispensada por los tribunales y que encontraría fundamento en el concepto de orden público<sup>72</sup>. En segundo lugar, el hecho de que el ministerio fiscal no intervenga en el proceso originario en defensa de los intereses de los hijos no constituye obstáculo al reconocimiento de la decisión, porque es suplido por la necesaria intervención del fiscal español en el procedimiento de *exequatur* (los convenios bilaterales se remiten al procedimiento previsto en la ley estatal, con lo que se llega a la misma solución).

Todo lo cual no es más que la traducción del principio constitucional de libertad personal. En consecuencia, interferencias de los órganos estatales que comprometan el alcance de los pactos nacidos válidos (inclúyase en la idea de validez la referencia a la ley a cuyo amparo se gestaron) deben ser rechazadas en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones<sup>73</sup>. Traemos el tema a colación a propósito del reciente debate suscitado por el alejamiento de los tribunales ingleses de su tradicional doctrina en torno a la validez de los pactos prematrimoniales. Como es sabido, éstos no se consideraban vinculados por el contenido de los acuerdos (tampoco por el contenido de las leyes extranjeras en la materia), de suerte que en el momento del divorcio resolvían lo que estimaran oportuno en consideración a las circunstancias del caso<sup>74</sup>. Sin embargo, a raíz de la sentencia de 20 de octubre de 2010 se abre la vía para la consolidación de una solución más atenta a los acuerdos de las partes<sup>75</sup>. Con carácter general, un pacto nacido válido (en la especie, entre un nacional francés y una nacional alemana y sometido al

<sup>71</sup> En torno a la validez de los pactos de renuncia que pudieran comprometer la posibilidad del cónyuge acreedor de atender a sus necesidades se ha escrito que no podrían ser eficaces (véase las referencias contenidas en C. PINTO ANDRADE, «Los pactos entre cónyuges sobre la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil», *La ley*, nº 7571, 17 de febrero de 2011, p. 9; por una ineficacia condicionada opta el reciente CCC en su art. 233-16.2). Más allá de lo correcto o incorrecto de esta tesis en Derecho civil español, no cabe duda de que si un juez extranjero ha reconocido su validez, en el trámite del *exequatur* el juez español no dispone de los datos de hecho necesarios para cuestionarla y poder enjuiciarla desde este prisma del orden público.

Sobre los pactos relativos a la pensión compensatoria existen multitud de estudios. Para el ordenamiento español es muy útil por el exhaustivo manejo de las fuentes jurisprudenciales V. MORENO VELASCO, «Principio dispositivo y la pensión compensatoria: expresiones en la práctica judicial», *La ley*, nº 7467, 14 de septiembre de 2010.

<sup>72</sup> Así, secciones 21(2)(c) y 25 de la *Matrimonial Causes Act 1973* (respectivamente, facultad del tribunal de modificar o declarar nulo alguno de los pactos alcanzados por los cónyuges en un acuerdo matrimonial válido). No conocemos demasiados casos en el que un tribunal haya hecho algo así al amparo del art. 90 CC por un motivo distinto al interés de los hijos.

<sup>73</sup> Diverso es el caso de Hungría, donde el juez puede modificar ciertas disposiciones del régimen cuando se haya producido un cambio en las circunstancias que entrañe una injusticia a los intereses legítimos de una parte, a instancia de parte: El procedimiento asegura el respeto de los derechos individuales. En todo caso, como señaló la CA de Michigan en *Reed v. Reed* (2005) un crecimiento sustancial de activos no puede ser considerado cambio de circunstancias.

<sup>74</sup> Sección 16(1) de la *Family Law (Scotland) Act 1985*. Por lo demás, hasta la *Matrimonial and Family Proceedings Act 1984* en el Reino Unido se rechazaba el reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio que no contuvieran una previsión sobre consecuencias financieras. Ahora se reconoce pero se permite acudir a los tribunales para que las fijen.

<sup>75</sup> En la sentencia de 20 de octubre de 2010 (*Radmacher v. Granatino*) la Supreme Court respalda la idea de que los cónyuges pueden renunciar antes del matrimonio –en previsión de un eventual divorcio o en caso de disolución por fallecimiento– a cualquier derecho sobre el patrimonio del otro cónyuge. Puede verse un análisis de esta sentencia y de la de la Corte suprema de NY de 18 de diciembre de 2008 (*Van Kipnis v. Van Kipnis*) en K. JANK-DOMDEY/A.-D. POLZER, «Ausländische Eheverträge auf dem Prüfstand der Common Law Gerichte», *Iprax*, 2010, pp. 83 ss.

Derecho alemán) no puede ser anulado sin más por imperativo de la ley del foro<sup>76</sup>. De otro lado, ni que decir tiene que el *equitable distribution system* no merece reproche alguno por el mero hecho de que el juez asuma tan elevado protagonismo en el reparto de los bienes. Si se hubiera de controlar algo sería –como en cualquier resolución– la motivación, bajo la cobertura del orden público.

## b) Compatibilidad con el orden público del foro de soluciones materialmente diferenciadas

21. El núcleo de materias que forman parte del régimen económico matrimonial lo decide cada ordenamiento de forma soberana, así como la precisión de las causas y consecuencias de una disolución. A la ley rectora del mismo régimen corresponde establecer los presupuestos<sup>77</sup>, asignar titularidades y fijar tales consecuencias, que no tienen por qué coincidir con las previstas en el sistema del foro más que en la interdicción de la desigualdad por motivos intolerables. Es obvio que cuando al juez español no se le pide que aplique una ley extranjera, sino que se pronuncie sobre efectos de la decisión extranjera en España, el juego de la excepción de orden público queda muy matizado. Por ello, que un juez extranjero no se haya pronunciado sobre indemnizaciones a un cónyuge en caso de régimen de separación de bienes, por ejemplo, no contradice *per se* nuestro orden público, y ello con independencia de si la omisión se debe a la inexistencia del instituto, la falta de concurrencia de los presupuestos o sólo que se deja a un futuro procedimiento –si fuere necesario–; no podría el juez español imponer sus propias concepciones sobre lo que entiende que es el núcleo esencial de materias incluidas en las mencionadas consecuencias. Lo único relevante es que no se generen y consoliden situaciones de desequilibrio patrimonial como consecuencia del no reconocimiento de derechos a uno de los cónyuges después de la disolución del régimen<sup>78, 79</sup>. La sentencia del *Tribunale civile e penale* de Belluno de 24 de junio de 2010 es un ejemplo en este sentido, al enfrentarse al problema de la eficacia de una sentencia ucraniana de divorcio en la que no se había previsto nada sobre pensión compensatoria ni disposiciones sobre las relaciones económicas entre los esposos, lo que no considera en sí contrario al orden público italiano, dejando en todo caso abierta la posibilidad de que sobre este tema las partes puedan litigar ulteriormente y sea fijada la pensión compensatoria, si subsisten los presupuestos<sup>80</sup>.

22. Visto desde la perspectiva negativa, no viola nuestro orden público el hecho de que la decisión provenga de una autoridad administrativa, siempre que esté dotada de *imperium* y tenga competencia según la ley del foro para pronunciarse sobre separaciones consensuales y procedimientos relativos a los hijos (AATS de 20 de enero de 2004, 17 de octubre de 2006)<sup>81</sup>. No importa que la autoridad se limite a dejar constancia de que las partes quieren divorciarse, sin intervenir salvo para controlar que subsisten los requisitos previstos en la ley. Basta que tenga competencia para decretar el divorcio (Autos del TS de 8 de junio de 1999, 18 de mayo de 1999, 1 de octubre de 1996, 20 de octubre de 1999, 1 de diciembre de 1998...). Tampoco es problemático el divorcio notarial, siempre que el notario desarrolle funciones de control de las condiciones de disolución y de los efectos respecto a los hijos comunes (ATS de 15 febrero de 2000, que termina denegando el *exequatur* en base a la existencia en España de una sentencia

<sup>76</sup> En particular, queremos llamar la atención sobre los pactos de indivisión. Las decisiones extranjeras que los incorporen y avalen no son reprochables, visto el tenor del art. 400 CC.

<sup>77</sup> Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2010 (Serife Yigit c. Turquía): No es contraria a la Convención europea de Derechos humanos la opción del legislador de no conceder derechos a quienes no satisfagan las exigencias del ordenamiento civil y opten por contraer matrimonio sólo según un rito religioso.

<sup>78</sup> Por ejemplo, sería difícilmente reconocible en España una decisión que no atribuya nada a la esposa tras el divorcio, no reconociendo su contribución a la formación del patrimonio familiar: Un estudio del sistema marroquí en M. D. CERVILLA GARZÓN, «Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en la *Mudawana* 2004: una reflexión desde el Derecho español», *AC*, 2010, nº 18. Claro que la denegación del reconocimiento deja abierta la puerta a la posibilidad de litigar en España.

<sup>79</sup> Dicho de otro modo: Sería intolerable que el valor del patrimonio de un individuo tras la extinción del matrimonio se vea mermado de forma desproporcionada respecto al valor de patrimonio disponible durante su vigencia, porque ello generaría incentivos perversos (más en un sistema de divorcio unilateral).

<sup>80</sup> Por supuesto, no va contra el orden público del foro la no previsión de alimentos entre divorciados. Así, la sentencia de la *Cour de Cassation* belga de 18 de junio de 2007, que casa la decisión de instancia.

<sup>81</sup> Nótese que las decisiones que citamos (las que existen en el mundo real) versan sobre crisis matrimoniales, y sólo tangencialmente –como mucho– se plantean consecuencias patrimoniales.

de separación con fuerza de cosa juzgada que impide reconocer la extranjera de divorcio; AAP Tenerife de 23 de febrero de 2009). Evidentemente, tampoco importa que no se hubiera respetado la obligación de inscribir el matrimonio (ATS de 10 de septiembre de 1996). No hay indicios en estas decisiones de que se estén controlando los aspectos patrimoniales.

**23.** No nos ha llegado ningún caso de reconocimiento de una decisión relativa a efectos económicos de un matrimonio poligámico (serán mínimos: Poligamia y separación de los patrimonios suelen ir unidas) o de un divorcio basado en causas discriminatorias<sup>82</sup>. De todas formas, dado que no se trata de dar inicio a una relación sino de controlar sus efectos, y de la misma forma que se ha hecho en ámbitos como el de los alimentos o en modo análogo a la forma en la que se reparten las pensiones de viudedad entre las diversas esposas del contribuyente, no es hipotizable que se opongan consideraciones de orden público a su reconocimiento en España más allá de la exigencia de igualdad en el reparto de los bienes<sup>83</sup>. El trámite del *exequatur* no es probablemente el más adecuado para estudiar situaciones consolidadas, ni en particular enjuiciar el concepto de matrimonio que se maneja por el tribunal extranjero. De ahí que no tenga sentido la operatividad del orden público para hacer valer una idea de igualdad, que palidece ante la necesidad de atender a necesidades más perentorias y urgentes: Del reparto de los bienes (del uso de la vivienda en particular) depende en gran parte la atención a las necesidades vitales. Lo mismo valdrá para el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo. En este sentido la propuesta lo tiene bastante claro (considerando décimo), donde la validez depende de la ley que lo hubiera creado<sup>84</sup>. Cuando dos personas constituyen una unión del tipo que sea y la formalizan, no sería acorde a exigencias básicas del Derecho no darles seguridad de que van a poder exportarla.

**24.** A día de hoy, el error de la sentencia de origen al calificar indebidamente una institución y dar lugar a la acumulación de atribuciones patrimoniales no puede ser amparado en el foro. El problema no es el error o lo discutible de la calificación, que evidentemente no puede ser revisada en sede de reconocimiento, sino la ruptura de la situación compleja que comporta un desequilibrio patrimonial. Piénsese por ejemplo en la indemnización por trabajo en el hogar prevista para los casos de separación de bienes: Si fuera calificada como efecto del divorcio y éste se sometiera a una ley diferente a la del régimen económico, su asignación adicional rompería la armonía interna que preside la organización de este último dentro de cada ordenamiento<sup>85</sup>.

**25.** Por último, tampoco debe tropezar con objeción alguna las decisiones extranjeras en la que se asignen daños morales como consecuencia de la disolución del matrimonio, en la medida que, aun excepcionalmente, también los reconoce el TS; claro que la atención se desplaza al control de los motivos de la sentencia<sup>86</sup>. En un segundo nivel, conviene no confundir normas como las de los arts. arts.

<sup>82</sup> Por ejemplo, en Chipre el marido puede pedirlo si la mujer pasa fuera la noche sin su consentimiento, pero no la mujer.

<sup>83</sup> Un buen ejemplo de la respuesta y argumentación augurable es ofrecido por la *Nova Scotia Supreme Court* en el caso *Vladi c. Vladi* (1987), en el que se rechaza el reenvío operado por la ley alemana reclamada por la norma de conflicto canadiense y que habría desembocado en la aplicación de la ley iraní, que no reconocía prácticamente ningún derecho sobre la propiedad conyugal a la esposa en caso de disolución del matrimonio y nada de los bienes a nombre del marido. Análogamente, téngase en cuenta la exigencia de conexión entre la situación y el foro: véase *BGH*, 14 de octubre de 1992.

<sup>84</sup> Sostiene sin embargo el considerando 25 de la propuesta que la excepción de orden público no puede servir para rechazar el reconocimiento de una decisión procedente de otro Estado si con ello se llegan a resultados contrarios a la prohibición de discriminaciones del art. 21 de la Carta de derechos fundamentales de la UE. No hace falta ser demasiado mal pensado para intuir la presión de ciertos grupos favorables a un concepto amplio de matrimonio.

<sup>85</sup> Un buen ejemplo en los hechos que dieron lugar a la STSJ Cataluña de 22 de septiembre de 2008, con comentario de B. ANOVEROS TERRADAS, «Compensación económica por razón de trabajo y pensión compensatoria: pluralidad de leyes y necesidad del mecanismo de adaptación», *Indret*, 2009, donde se describe muy bien la coherencia interna del sistema alemán. La unidad entre regímenes económicos y divorcio es recordada por E. ROCA TRÍAS, citando a M. SESTA, a propósito de la introducción del divorcio en Italia: *Patrimonio familiar...*, *op. cit.*, p 107.

<sup>86</sup> Varios ejemplos: El art. 151 CC suizo dispone que «si los hechos que han determinado el divorcio han comportado un grave atentado a los intereses personales del esposo inocente, el juez puede asignarle además una suma de dinero a título de reparación del daño moral»; el art. 351 del CC peruano, «si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero en concepto de reparación del daño moral». El dolor ocasionado por el divorcio es indemnizado en otros ordenamientos, aunque no haya sido ocasionado por el incumplimiento de un deber conyugal. En Francia el art. 266 CC redactado en la ley 2004-439 de 26 de mayo

98 y 1395 CC, que sancionan la mala fe negocial, con las disposiciones que consagren una concepción del divorcio sanción, con su correspondiente traducción en sede liquidatoria<sup>87</sup>. Decisiones que contengan una disciplina del divorcio y de la liquidación del régimen económico matrimonial apoyada sobre la buena o mala fe de uno de los cónyuges comportan una rémora en el ejercicio de la libertad personal, siendo cuestionable su reconocimiento en España.

## D) Aspectos particulares de la eficacia en España de las decisiones extranjeras

### a) La especial protección dispensada al domicilio familiar

26. Va de suyo que un tribunal extranjero puede legítimamente decidir sobre las diversas vicisitudes referentes a la vivienda familiar aunque se trate de un inmueble situado en España, tratándose de acciones de naturaleza personal. En consecuencia, el TS suele pronunciarse en sentido afirmativo sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras que atribuyen el uso de la casa familiar o reconocen el derecho de habitarla (el caso de las *Occupation Orders* de la sección 33 de la *Family Law Act*<sup>88</sup>); en consecuencia, no debe plantear objeciones la decisión en la que se establezca además el deber de un cónyuge o ex cónyuge de marcharse a otro lugar con expresa atribución del derecho de ocupar algún otro inmueble desocupado de la familia, la orden de transferir la titularidad de un arrendamiento a uno sólo de los cónyuges, la prohibición de acceso a la casa familiar del cónyuge violento (así por ejemplo, §2 de la *Gewaltschutzgesetz*, las *non molestation orders*<sup>89</sup>), la obligación de informar sobre los futuros pagos a realizar (cuotas hipotecarias, por ejemplo), las órdenes de contribución al levantamiento de los gastos generales de la vivienda. o la declaración de que se considera una determinada vivienda como familiar. A partir del reconocimiento de la ejecutividad se abre la vía para la realización de cuantas medidas sean necesarias en los términos de los arts. 699 ss. LEC, incluyendo, es claro, las multas del 711 LEC o la adecuación del Registro al título (art. 703 LEC). Dentro de este tipo de atribuciones, si se trata de lograr la constancia registral de la atribución de uso, habrá que pasar por el trámite del *exequatur*, condicionado en todo caso, en aras de la salvaguarda del derecho de defensa, a la acreditación de que en el proceso de origen el propietario del inmueble (cuando sea distinto de los cónyuges) ha sido emplazado y ha intervenido en calidad de parte<sup>90</sup>.

27. En otro orden de cosas, la finalidad protectora que inspira las normas relativas a la vivienda familiar y la igualdad entre los esposos conduce a la conclusión de que no es reconocible ni ejecutable en España una decisión extranjera que autorice o ampare actos unilaterales de disposición (inclúyase la

---

dispone que «Sin perjuicio de la aplicación del artículo 270, se podrá conceder una indemnización por daños y perjuicios a uno de los cónyuges para reparar las consecuencias de especial gravedad que sufra por el hecho de la disolución del matrimonio, bien cuando fuera la parte demandada en un divorcio pronunciado por alteración definitiva del vínculo matrimonial y sin que hubiese él mismo interpuesto ninguna demanda de divorcio, o bien cuando el divorcio fuese pronunciado atribuyendo exclusivamente las causas de culpabilidad a su cónyuge. Esta petición sólo podrá formularse en el procedimiento de divorcio». Por su parte el art. 270 CC establece la posibilidad de fijar una pensión compensatoria (una cantidad global en todo caso); «sin embargo, el juez podrá denegar la concesión de dicha prestación si la equidad lo exigiera, considerando los criterios previstos en el artículo 271, o bien cuando el divorcio, a la vista de las circunstancias particulares de la ruptura, fuera pronunciado atribuyendo todas las causas de culpabilidad a la parte que solicita el beneficio de dicha prestación». El CC argentino no prevé responsabilidad civil extracontractual por la disolución del matrimonio, pero la jurisprudencia mayoritaria sí la admite.

<sup>87</sup> Por ejemplo, el art. 1790 CC portugués, en el que el culpable de la crisis puede recibir como máximo los derechos que le corresponderían si se hubiera casado en régimen de comunidad.

<sup>88</sup> Desde la sentencia de la *Court of Appeal* en *Grubb v. Grubb* de 25 de septiembre de 2009 las mencionadas órdenes parecen emanciparse de su contexto fáctico usual (violencia familiar) y se convierten en algo parecido a una medida cautelar durante el proceso de divorcio. Lo que no cambia el discurso más que en lo tocante a no reconocimiento de decisiones no definitivas.

<sup>89</sup> Que en nada difieren del art. 64 de la LO 1/2004.

<sup>90</sup> Lo mismo vale para el usufructuario: *Cfr.*, B. J. AGUIRRE FERNANDEZ, «La inscripción del uso de la vivienda familiar en la doctrina de la jurisprudencia de la DGRN», *La ley*, n° 7378, 12 de abril de 2010, p. 8. Igualmente véase las referencias contenidas en P. GONZÁLEZ POVEDA, «La moderna jurisprudencia sobre Derecho de familia», *AC*, n° 20, nov. 2010, pp. 7 ss. No se deje de lado en todo caso la insistente negativa de los registradores españoles a inscribir el uso de la vivienda propiedad de un tercero (*vid. infra*).

constitución de garantías) de la misma –aunque sea un bien personal<sup>91</sup>– sin el consentimiento del otro cónyuge o de la autoridad judicial en caso de negativa injustificada de éste<sup>92</sup> (otro tanto dígase para actos de disposición que afecten a bienes de extraordinario valor, por idénticos motivos), si no se establecen cautelas para la recomposición del patrimonio<sup>93</sup>. Por supuesto que lo censurable suele ser la ley aplicada, mas la conclusión es la misma.

Por lo demás, el ámbito de poder del que disponen las partes en lo patrimonial permite que pacten y se homologuen acuerdos en los que se exima a uno de ellos de contribuir a los gastos que la casa genere.

**28.** Existe una ardua interferencia entre lo concursal y lo matrimonial en el caso de que un cónyuge sea declarado en concurso, que a raíz de ello se disuelva el régimen de gananciales y que en aplicación de la normativa concursal le sea atribuida preferentemente al esposo *in bonis* la vivienda habitual de la familia como parte de su haber (así, por ejemplo, en el art. 78.4 LC). ¿Qué sistema de normas rige el reconocimiento de la resolución en la que se reconozca el derecho a recibirla o se realice tal atribución? Si aceptamos que el proceso concursal se vertebra en torno a los bienes del deudor y que la normativa sobre insolvencia disciplina las relaciones deudor-acreedores-administración<sup>94</sup>, la consecuencia es que lo que afecte a su cónyuge debe ser calificado como matrimonial y ese concreto pronunciamiento seguirá los congruentes cauces procedimentales, con independencia de que proceda del juez del concurso: Al fin y al cabo, se está hablando de liquidación de un patrimonio común. Otra historia son las eventuales disputas que surjan a propósito de la repercusión de esta operación en la masa activa (valoración, solicitud en tiempo y forma, pago puntual de la compensación en metálico,...), cuya calificación concursal no es dudosa.

## **b) La protección de los terceros: el acceso de las decisiones extranjeras a los registros públicos españoles**

**29.** Es cierto que bastantes las reglas sobre régimen económico tienen mucho de modificaciones puntuales de la normativa contractual y la congruente responsabilidad universal<sup>95</sup>, pero no se entienden si no vienen acompañadas de un sistema de información a los potenciales cocontratantes de los riesgos que asumen al concluir un negocio con un operador cuya responsabilidad puede quedar alterada por circunstancias personales no visibles. Que un buen registro sea la forma más barata y ágil de informar y proteger el tráfico es fácilmente asumible; sin duda, es difícil imaginar otra mejor para que quienes

<sup>91</sup> P. CENDON, «I regimi patrimoniali fra coniugi e la circolazione delle cose mobili», en F. GALGANO, *Atlante di diritto privato comparato*, Bologna, 1995, pp. 155 ss. Lo normal es que no se altere la naturaleza del bien por el hecho del matrimonio. No obstante, el Código de Familia lituano (art. 3.84) llega a establecer que un bien (incluida la casa y el mobiliario) propiedad de uno de los cónyuges antes del matrimonio se convierte en bien de la familia el día del registro de éste, y a partir de ese momento el propietario no podrá vender, pignorar ni alquilar sin consentimiento del otro cónyuge.

<sup>92</sup> La protección dispensada por los §§ 1365 y 1369 BGB es al patrimonio entero. Por ello, según algunas interpretaciones, podría uno de los cónyuges disponer de la vivienda familiar si posee otros bienes. Una decisión que ampare esta interpretación debe, como mínimo, ser puesta bajo control. El art. 5 del acuerdo franco alemán por el que se establece un régimen económico matrimonial abandona esa limitación y se alinea con la solución del *Code civil*, protegiendo todos los derechos que sirven para garantizar la casa familiar: *Vid.* al respecto M. G. CUBEDDU/D. HENRICH, «Due modelli europei di regime patrimoniale dei coniugi», *Rivista di Diritto Civile*, 2010, pp. 575 ss.

<sup>93</sup> Va de suyo que si en la sentencia se constata la anulabilidad del acto pero se protege al tercero de buena fe, en la medida en que se hayan fijado cautelas para la reconstitución del patrimonio conyugal no podrá afirmarse que existe violación de los principios constitucionales de protección. Así, en la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 17 de marzo de 1988, que rechaza la acusación de ilegitimidad del art. 184 CC, fundada por el tribunal recurrente en que no se prevé la nulidad radical de los actos de disposición de los bienes de la comunión realizados por un sólo cónyuge.

<sup>94</sup> Aunque se trataba de un asunto de competencia judicial internacional, vale aquí el concepto usado por el TJ en su sentencia de 22 de febrero de 1979, *Gourdain c. Nadler*: Es concursal lo que sea derivación directa de la insolvencia y tenga relación inmediata con ella. Es lo mismo que sanciona el art. 11 LC. Más aún: Si atendemos a la finalidad de la norma (esto es, la protección de la vivienda familiar) queda claro que su naturaleza no es concursal. Más ampliamente, F. J. ORDUÑA Y J. PLAZA, «Art. 78», en A. ROJO Y E. BELTRÁN, *Comentario de la Ley concursal*, Madrid, 2004, pp. 1422-1423.

<sup>95</sup> *Cfr.* D. MARTINY, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», en VVAA, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan den Rijn, 2011, p. 442.

contratan con los cónyuges o ex cónyuges puedan conocer el nivel de solvencia que éstos pueden ofrecer, de la misma manera que la libertad de elegir la ley aplicable y la propia libertad de pactos tiene sentido sólo si va acompañada por un registro que funcione e informe a nivel europeo. En el límite mínimo de lo que resultaría útil, bastaría diseñar un mecanismo limitado a informar de que el potencial cocontratante está casado para alertar al operador diligente de que tiene que seguir investigando, que no puede ignorar que en la mayor parte de los ordenamientos del mundo el matrimonio comporta una modificación en el sistema de distribución de las responsabilidades patrimoniales: Ninguna de las formas de organización (comunitaria o separatista) es comparativamente mejor a este respecto. Lo único que importa es no frustrar las expectativas generadas por la apariencia, y es claro que a la construcción de ésta contribuye en buena medida la normalidad estadística<sup>96</sup>.

Para atender a esas necesidades, la opción de crear algo al estilo de los registros existentes en los Derechos internos es estéril: Limitarse a indicar que el régimen de bienes de dos sujetos se somete, por ejemplo, al ordenamiento alemán (incluso aunque se especifique con su propio *nomen* cuál es el aplicable) o que existe un contrato prenupcial resulta escasamente informativo<sup>97</sup>. En tanto en cuanto se pone en pie un sistema más ambicioso —o se logra interconectar los que ya existen—, sí que sería factible asegurar el acceso a los registros de las resoluciones judiciales extranjeras. Eso bastaría para la protección de los terceros. Dicho en negativo (siempre en referencia a este tema), la no instauración de mecanismos idóneos a tal fin es dudosamente compatible con el objetivo de tutela del crédito, una rémora a la contratación y en consecuencia (en el ámbito europeo) choca con los principios comunitarios. Pues bien, en esta situación de déficit nos encontramos.

**30.** Sabemos que en el Registro Civil español se inscriben sólo los matrimonios de los nacionales españoles en el extranjero y de los extranjeros en España (art. 15 LRC), y sobre la base de esta inscripción se realizan las otras (art. 77 LRC)<sup>98</sup>. Existen además normas que prevén la publicidad de decisiones que afectan a la disolución del régimen, aunque sólo de manera indirecta, porque al margen de la inscripción del matrimonio se inscriben las decisiones sobre nulidad, separación o divorcio y los otros actos que pongan fin a éste (art. 76 LRC). Tratándose de decisiones extranjeras que no hayan recibido aún el *exequatur*, se practica una anotación con simple valor informativo (art. 38.4 LRC y 153 RRC). La eficacia probatoria de cuanto sea inscrito es la del documento público sobre el que se basa, puesto que tiene sólo valor informativo. Aquella es la única norma —junto a la del art. 266 RRC, redactadas en términos de estricta voluntariedad— que consiente la publicidad del régimen económico matrimonial sin perjuicio de las indicaciones que se hagan en el libro de familia (art. 36 RRC). Se ha defendido que, al amparo del art. 15, inciso segundo, LRC cabe la inscripción (en el Registro central, art. 18 LRC) del matrimonio de dos extranjeros en el extranjero<sup>99</sup>, y en base a ésta —se supone— realizar la indicación de los pactos y resoluciones con incidencia en el régimen patrimonial. Mas hay que matizar el alcance de esa idea. No deja de ser relevante que no haya una sola resolución, instrucción o circular que contemple esa hipótesis en lo que se refiere a la constancia de pactos; al fin y al cabo, el art. 15 LRC piensa en inscripciones que a su vez sirvan de base a «inscripciones marginales exigidas por el Derecho

<sup>96</sup> Así, art. 30.3 de la ley italiana de Dpr.

<sup>97</sup> Las respuestas al libro verde sobre regímenes matrimoniales procedentes del mundo del *common law* evidencian hasta qué punto la mera expresión régimen económico matrimonial carece de sentido para un jurista formado en esa tradición.

<sup>98</sup> «Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal». Es un notabilísimo avance la imperatividad del art. 60.1 de la nueva LRC («Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo»), consecuencia de la necesidad de hacer constar en el Registro el régimen económico (art. 4, mención 8ª).

<sup>99</sup> Así, E. RODRIGUEZ GAYAN, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, 1995, p. 154. En parecidos términos, M. P. DIAGO DIAGO, «La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en Derecho internacional privado español», *BIMJ*, núms. 2067-68, p. 2784. Recuérdese la norma: «En todo caso, se inscribirán los hechos ocurridos fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones deban servir de base a inscripciones exigidas por el derecho español».

Está por ver cómo se concreta el art. 9 apartado segundo de la nueva LRC («se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español»), en tanto que, de una parte, la inscripción del régimen conyugal es obligatoria, pero, de otro lado, el matrimonio de dos extranjeros en el extranjero sigue sin ser inscribible.

español», y si algo no prevé el art. 77 LRC es la obligatoriedad de tal constancia. No parece, por tanto, que sea posible. Eso sí: Cuando se obtenga el *exequatur* de una sentencia extranjera del divorcio de dos extranjeros casados en el extranjero divorciados en el extranjero o que hayan disuelto su matrimonio en España, habrá que activar esa hipótesis del art. 15 LRC, dada la exigencia de inscripción de la resolución a la que hace referencia el art. 76 LRC y 263 ss. RRC (y sin perjuicio del art. 153 RRC y sin descuidar su magra utilidad práctica).

Visto en negativo, nótese lo mucho que queda fuera del Registro: Las inscripciones se hacen a petición del interesado, no hace falta referencia alguna en caso de matrimonio no inscribible y el único dato que se publica es que existen decisiones, sin precisar su contenido, reenviando a aquella en cuya virtud se extiende el registro. Una vez obtenido el reconocimiento de la decisión extranjera, y salvo las correcciones derivadas de la tutela de terceros de buena fe, los efectos frente a terceros de la publicidad registral vienen establecidos por la ley reguladora del régimen económico, no por la española del registro, cuya competencia se ciñe a la disciplina del *iter* procedimental (qué se transcribe, cómo, a petición de quién)<sup>100</sup>. Así, piénsese en dos cónyuges de nacionalidad francesa con intereses patrimoniales en España que modifican su contrato matrimonial; se les aplicará el art. 1397 del *Code* en lo tocante al plazo (tres meses) desde la inscripción de la sentencia de homologación del cambio para que el cambio sea oponible a terceros<sup>101</sup>. Pues bien, a los terceros que operan desde España el Registro nunca va a informarles ni del primer contrato ni de la modificación y su posterior homologación judicial, porque la ley española *qua* ley del registro no ofrece instrumentos para ello, aunque se trate de decisiones reconocidas (va de suyo que la normativa procesal española regirá los requisitos del *exequatur*). Reiteremos que la sentencia que no haya sido reconocida puede ser objeto sólo de una anotación con valor informativo, no de una verdadera inscripción (arts. 38 LRC y 151 RRC). En todo caso, la oponibilidad a terceros puede resultar de otros datos (por ejemplo, en el caso del ejemplo, si la decisión ha sido transcrita en un registro francés y los terceros no pueden razonablemente alegar su ignorancia –*v. gr.*, en razón de su residencia–, el cálculo de la fecha de la oponibilidad tomará como punto de partida la de la inscripción francesa, no la de una eventual constancia registral en España o la de concesión del *exequatur*)<sup>102</sup>.

Las decisiones no vinculadas a una cuestión del estado civil (por ejemplo la que declara que un determinado bien es privativo) no pasan nunca a este Registro. Sí acceden, sin embargo (de oficio), las de nulidad, separación o divorcio (art. 76 LRC)<sup>103</sup>, mas con ese limitado contenido informativo. Pero hay más: Hasta 2007 (y por lo tanto las inscripciones realizadas hasta ese momento así lo indicarán), existía una hipótesis –marginal– en la que sí se ofrecía alguna indicación idónea para poner sobre la pista de la forma en la que se había repartido el patrimonio conyugal, a saber, cuando se hubiera apreciado mala fe de uno de ellos (art. 263 RRC). El ordenamiento español –puntualmente– vincula consecuencias patrimoniales a la mala fe de un cónyuge (art. 1395); la constancia de ese dato permitía indagar en el contenido de la ley rectora del régimen de bienes (única competente para estatuir sobre este aspecto) y verificar la manera en que se había modalizado el reparto. Sin embargo, la reforma de la normativa registral ha bebido exclusivamente en la desaparición del divorcio causal en nuestro sistema<sup>104</sup>, optando por omitir toda referencia y olvidando que pueden existir sentencias de divorcio, separación o nulidad extranjeras en las que conste ese dato y tenga repercusiones patrimoniales.

El art. 272 RRC (y el 727.5 LEC) admite, en fin, que a petición de una de las partes se anote la demanda de nulidad, separación o divorcio (con las consecuencias que la ley reguladora de los efectos

<sup>100</sup> El art. 1303-6 del nuevo CPC francés opta expresamente por calificar las medidas de publicidad como una cuestión de fondo.

<sup>101</sup> Reglas similares de oponibilidad a terceros existen por ejemplo en Luxemburgo, Croacia, Bélgica o Italia. Fuera de los casos de publicidad, lo que se establece es un plazo para la oponibilidad a terceros (Holanda, por ejemplo, lo fija en catorce días).

<sup>102</sup> En el ordenamiento francés se ha defendido la no necesidad de *exequatur* de las sentencias extranjeras homologadoras de un cambio de régimen económico, que podrían acceder sin más al Registro civil: M. REVILLARD, «Les changements de régimes matrimoniaux dans l'ordre international», *Travaux CFDI Pr*, 1997-1998, p. 270.

<sup>103</sup> En la misma dirección se mueve el art. 264 RRM (remisión de oficio del documento oficial de la decisión al RC).

<sup>104</sup> Expresamente lo reconoce así el preámbulo del Real Decreto 170/2007, de 9 de febrero.

pueda fijar en relación con las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, como en el caso del art. 102 CC sobre la extinción de las autorizaciones y poderes recíprocos)<sup>105</sup>, aunque el contenido de la mencionada inscripción es bastante limitado (el testimonio de la admisión). Nada obsta a la posibilidad de anotar también, con simple valor informativo, la demanda presentada ante un tribunal extranjero, a partir de la decisión en la que venga admitida, debidamente traducida y autenticada. Bajo este aspecto, el RC ofrece también informaciones indirectamente relevantes en caso de declaración de concurso de un cónyuge, que se inscribe al margen de la inscripción de nacimiento (art. 46 LRC).

**31.** Por su propia naturaleza, el Registro de la Propiedad tiene un alcance limitado, en cuanto que publica sólo los actos y contratos relativos a los derechos reales sobre inmuebles situados en España. La consecuencia es que, en el ámbito matrimonial que ahora tratamos, las decisiones judiciales que incidan sobre contratos o pactos o alguno de los derechos reales inscritos –se incluye el auto relativo a las medidas provisionales– serán inscritos en él (arts. 3 y 257 LH), requiriéndose en todo caso el *exequatur* para las extranjeras (arts. 4 LH y 38 del RH)<sup>106, 107</sup>. Podrá igualmente solicitarse la anotación preventiva de la demanda de nulidad, de separación o de divorcio en la medida en que la decisión que se adopta pueda comportar cambios en la titularidad de los derechos reales inscritos (art. 42.5º LH). Hay que admitir la de la demanda presentada ante un juez extranjero, aunque, teniendo en cuenta que se trata de una anotación preventiva que produce efectos reales, debe superar el control preventivo del *exequatur*. No hace falta decir que, si con la admisión se adopta una medida cautelar, la anotación es en todo caso posible y en las mismas condiciones de control preventivo. Las resoluciones sobre secuestro serán anotadas (art. 42.2º LH) si se refieren a bienes del titular registral. Además, se puede anotar sólo el secuestro de derechos reales, no de meras expectativas o derechos de crédito, aunque se refieran a inmuebles<sup>108</sup>.

Sin embargo, el más grave –y conocido– problema deriva de la interpretación del art. 92 RH<sup>109</sup> que ha realizado la DGRN: En el momento de la inscripción debe solo señalarse que la adquisición se hace en conformidad con el propio régimen económico, dejando para el momento de la venta su determinación concreta<sup>110</sup>. No es éste el lugar adecuado para estudiar este tema; baste subrayar cómo, en estas circunstancias, resulta insólito que la primera verdadera información que reciba un tercero puede provenir de la eventual sentencia extranjera reconocida y ejecutada en España que declare que el bien adquirido tiene tal o cual carácter (no hay motivos para no otorgar el *exequatur* aduciendo las esqueléticas

<sup>105</sup> Añádase que el art. 102 CC permite que a petición de la parte se solicite la anotación de la demanda también en el registro de la propiedad y en el mercantil.

<sup>106</sup> No existe homogeneidad en la praxis registral por cuanto concierne la anotación de la atribución del uso de la vivienda familiar pero lo que es cierto es que los arts. 2 LH y 7 RH la permiten de los títulos relativos a los derechos reales pero también de cualquier acto que modifique desde ese momento o en el futuro alguna de las facultades dominicales. Véase AGUIRRE FERNANDEZ, «La inscripción del uso...», *op. cit.*; A. J. PEREZ MARTÍN, «Disposiciones generales sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores», en AAVV., *El derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Valladolid, 2001, p. 136.

<sup>107</sup> En el sistema inglés es posible que en el momento de la disolución del matrimonio el juez asigne un bien personal al cónyuge no titular del mismo (*House of Lords, White c. White*, 2000). Va de suyo que, una vez que esta decisión sea reconocida, la ejecución en el Registro no plantean problemas diversos respecto a los de cualquier transferencia de la propiedad. Desde el punto de vista registral se trata de una situación equiparable a la del art. 194.2 del *codice civile* italiano (constitución de un usufructo sobre los bienes del otro cónyuge para subvenir a las necesidades de la prole).

<sup>108</sup> Resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 2004: El crédito de participación del sistema alemán es un derecho de crédito ordinario que surge en el momento de la disolución del régimen legal y por tanto no es inscribible ni embargable, aunque existe la eventualidad de que se proyecte sobre bienes inmuebles. El parágrafo 1382 BGB prevé la concesión de garantías de pago en caso de diferimento; accederán al registro las que se refieran a inmuebles situados en España. Sólo dentro de ese límite tiene sentido la posibilidad ofrecida por el art. 232-23 CCC como mecanismo de protección del mencionado crédito de participación.

<sup>109</sup> «Cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare». Un buen repaso de la doctrina al respecto en M. P. DIAGO DIAGO, «La publicidad del régimen...», *op. cit.*, pp. 2766 ss.

<sup>110</sup> Por ejemplo, resoluciones de 29 de octubre de 2002, 14 y 15 de marzo de 2003, 14 de octubre de 2003. Obsérvese además que en los supuestos de diversa nacionalidad si los cónyuges no consiguen acreditar cuál es su régimen se opta por denegar la inscripción. Evidentemente es un problema menor que no afecta a terceros, pero las carencias a las que lleva la doctrina de la DGRN pueden repercutir negativamente también en la esfera patrimonial de los propios esposos, que no van a poder estar a su verdadero régimen en relación con inmuebles situados en España.

informaciones registrales). En segundo lugar, en el momento de realizar la enajenación de un derecho real inscrito en el RP español puede retomar importancia la decisión extranjera en la que se manifiesta cuál es el régimen de bienes de los adquirentes. Es cuestionable que haya de pasar por el trámite del *exequatur* si de lo que se trata es sólo de acreditar cuál sea, porque las normas mencionadas de los arts. 4 LH y 38 RH parten del hecho de que los privados quieren inscribir un derecho documentado en ésa (ejercitarlo, en otros términos), y en tal situación la homogeneización con las decisiones españolas es lo razonable, pero cuando ocurre –como en el presente supuesto– que lo único que se trata es de suplir la escueta indicación acerca del régimen de bienes de algunos sujetos no se está en la hipótesis contemplada por esas disposiciones sino más bien –salvando las distancias– en algo similar a la prevista en el art. 84 RRC (no exigencia de *exequatur* cuando la sentencia extranjera se usa para acreditar la capacidad de un sujeto): Aquí tampoco se trata de hacerla valer como sentencia sino como documento.

**32.** Siendo el sistema del Registro Mercantil español de página personal (art. 3 RRM), se recogen en él vicisitudes que afectan –por lo que nos interesa– a los comerciantes individuales que voluntariamente decidan inscribirse, y, entre aquéllas, los pactos y contratos y las decisiones judiciales emitidas tras un procedimiento de nulidad, separación o divorcio (arts. 22.1 CCom y 87.6º RRM). De la misma manera, en el caso del comerciante casado se indica el régimen económico, sea el legal o el que resulta de los contratos inscritos en el RC (art. 92 RRM). Los títulos que acceden al Registro son siempre documentos públicos (art. 5 RRM; para las decisiones judiciales, art. 93 RRM). No existe una disposición específica relativa a las decisiones extranjeras, pero el párrafo tercero del art. 5 RRM estatuye que para los documentos extranjeros hay que remitirse a la legislación hipotecaria, lo que, unido a la orientación general del sistema, nos permite aceptar sin demasiada discusión que para servir de base a una inscripción se requiere que sea concedido el *exequatur*; podemos reenviar a las observaciones realizadas unas líneas más arriba a propósito de la LH. Añádase solo que, visto el tenor del art. 309 RRM, cuando un empresario extranjero transfiere su domicilio a territorio español y debe inscribirse, ha de justificarse los actos y las circunstancias que son de obligatoria indicación en base a la disciplina española sobre los registros y están vigentes en el registro extranjero, mediante certificado o transferencia del folio o de copia del registro extranjero. Aunque la norma parece exigir la simple recepción de los datos que se encuentran en el registro extranjero, sean cuales sean, es lógico pensar que, siendo las indicaciones requeridas por la ley del foro absolutamente imperativas (art. 15 CCom), las exigidas por la *lex fori* que no resulten en el Estado de origen deben ser aportadas en el momento de la inscripción, y a tal efecto valdrá la decisión judicial extranjera, sujeta en tal caso al preceptivo proceso de homologación.

**33.** Nada garantiza que los registros publiquen idéntico contenido respecto a una determinada situación, surgiendo la necesidad de coordinarlos o sentar al menos criterios de preferencia. Distingamos dos planos:

- Internamente: La existencia de una determinada inscripción en un registro español, con un concreto contenido, no es causa de denegación del reconocimiento de una decisión extranjera con un pronunciamiento contradictorio. Nada obstaría para que la decisión con efectos en materia de régimen de bienes del matrimonio adquiera eficacia en España y sea inscrita en un registro (sea primera inscripción sea rectificación) mientras que en los demás registros no conste nada o conste algo diferente. Las situaciones de contradicción son provocadas por la decisión de los particulares de ejecutar segmentadamente una decisión extranjera. Es claro que la organización de los registros españoles compete al ordenamiento patrio, incluyendo el establecimiento de criterios de preferencia en caso de descoordinación (por supuesto, jamás puede tener prioridad lo publicado por un registro extranjero sobre la información suministrada por uno español, al menos en el momento actual de desarrollo de las normas europeas al respecto). Pues bien, la posición de la DGRN es bastante clara, inspirada en la idea de especialidad: El civil es un registro del estado y la condición civil de las personas y no de los actos de gestión realizados sobre los distintos derechos subjetivos, para lo que

- existe el registro de la propiedad<sup>111</sup>; consecuentemente, el tercero que intervenga en una transacción sobre derechos reales tiene que estar al régimen matrimonial que publique el Registro de la propiedad. El TS sin embargo ha oscilado entre dar preferencia a lo que aparece en uno u otro, pero siempre articulando la respuesta sobre la protección del tercero, que queda amparado por la apariencia más favorable<sup>112</sup>.
- En un plano internacional, la experiencia demuestra que cabe que un registro civil extranjero informe de unas cosas que no constan en el de la propiedad español o al revés. En este nivel, la mencionada postura de la DGRN resulta impecable, de modo que, en caso de discrepancias entre los registros, la primacía absoluta en cuanto a derechos reales sobre inmuebles situados en España tiene que ser otorgada a lo que diga el registro de la propiedad español, perjudique a uno u otro: El tercero que contrate con un sujeto casado será de buena fe, en los términos del art. 34 LH, en tanto en cuanto no se acredite que conocía la inexactitud del registro. A este respecto, un dato del que puede inferir esa inexactitud es justamente la contradictoria información proporcionada por el registro civil extranjero en el que conste inscrito su cocontratante. Sin duda resulta razonable (no parece desproporcionado) imputarle la carga de consultarlo antes de concluir un contrato. La máxima diligencia pasa por acudir al registro especializado en el tipo de negocios que quiere concluir (y sólo a éste). Adaptar la respuesta a las peculiares circunstancias de distancia, desconocimiento de los ambientes jurídicos y frecuente falta de información propias de las transacciones internacionales pasa por dotar de preferencia exclusivamente a los datos que suministre el RP español con independencia de lo que conste en el civil extranjero: Si se quiere mantener la contratación dentro de unos parámetros de costes más o menos asumibles, no parece razonable que en un tráfico con esas características se pueda exigir que el privado compruebe cada uno de los registros de los que pueda deducir la situación patrimonial de su cocontratante. Pensar que se destruye la presunción de buena fe sólo por el hecho de que el registro civil extranjero diga que sus cocontratantes tienen tal o cual régimen distinto al publicado en España hace caer en su bolsillo unas obligaciones de inversión poco acordes con la facilitación del tráfico, y priva de contenido al art. 38 LH. Las mismas razones abogan por mantener la primacía de los registros especializados cuando se trate de discordancias entre el RP y el mercantil.

Si existe diferencia entre lo publicado por el RC español y el mercantil español, teniendo en cuenta la ancilaridad de éste último y el carácter no especializado de las informaciones que suministra en la materia que aquí tratamos, se podría aceptar que no resulta carga desproporcionada para quien contrata con un comerciante comprobar la coherencia y dar preferencia al primero<sup>113</sup>. Sin embargo, cuando se contrate con un comerciante individual domiciliado en España pero cuyo matrimonio no conste en el RC español volvemos a toparnos con aquellas dificultades de distancia, idioma, desconocimiento, que determinan en fin que el tercero pueda legítimamente contentarse con los datos que le ofrece el registro mercantil localizado en España y quedar protegido por la buena fe en los términos del art. 9.4 RRCCom.

**34.** Permítasenos cerrar este tema constatando cómo hoy por hoy el sistema registral informa de poco, y no satisface su función<sup>114</sup>. Entre las hipótesis de inaccesibilidad y las de descoordinación, lo único seguro que queda es la investigación privada, extraregistrar. Convendría consolidar en el futuro reglamento la norma de que lo que no consta en el registro no puede perjudicar a los terceros de buena fe.

<sup>111</sup> Resolución de 14 de mayo de 1984; en sentido parecido la de 3 de junio de 1991.

<sup>112</sup> SSTs de 26 de mayo de 1994 y de 10 de marzo de 1998. *Vid.* J. M. DIAZ FRAILE, «Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro civil», *RCDI*, 2002, p. 1403.

<sup>113</sup> Favorable a la aplicación del art. 313 RH (prevalencia de la realidad extraregistrar en caso de doble inmatriculación), R. ARENAS GARCIA, *Registro mercantil y Derecho del comercio internacional*, Madrid, 2000, pp. 89 ss.

<sup>114</sup> No es un problema sólo español: La precitada sentencia de la Corte constitucional italiana lo reconoce sin ambages: «*Per appurare la reale situazione giuridica dell'immobile i terzi non possono limitarsi a ispezionare i registri immobiliari, ma devono estendere le loro ricerche ai registri dello stato civile, meno facilmente accessibili e anche meno affidabili*».

Crear un registro europeo es poco rentable si se limita a indicar que existen unos pactos, capitulaciones y sentencias de potencial importancia pero de contenido desconocido. De todas formas, a día de hoy lo que sí resulta factible es la interconexión de los registros.

### c) Operaciones sucesivas: de la disolución a la liquidación

35. Entra en lo posible que un juez extranjero se limite a decretar la disolución del régimen económico de la pareja. Concedido el *exequatur* de esa decisión, ante nuestros tribunales puede desarrollarse la fase de formación de inventario y liquidación<sup>115</sup>. Nos cuestionaremos dos aspectos, el de la competencia judicial y el de la ley aplicable.

- a. El AAP Cáceres de 15 de diciembre de 2004 plantea la primera cuestión: Sentencia francesa de divorcio reconocida, solicitud en España de formación de inventario y liquidación del único bien ganancial existente (un inmueble), en los términos de los arts. 806 ss. LEC. El juez de instancia entiende que no es competente, al amparo del art. 22.3 LOPJ; la Audiencia revoca la decisión, considerando que se trata de la ejecución de la sentencia francesa, y por ello las actuaciones quedan cubiertas por la reserva de competencia exclusiva del art. 22.1 LOPJ. Niega además que se trate de un procedimiento distinto sometido a las normas de competencia generales, porque en el caso concreto se habría llegado al resultado inadmisibles de haber reconocido la decisión francesa de divorcio y no poder después liquidar el patrimonio conyugal por no existir un tribunal español competente *ex art. 22.3 LOPJ*. Esta doctrina tiene un corolario lógico, y es que habría que descartar la posibilidad de que en un procedimiento como el de los arts. 806 ss. LEC (cuando sea menester acudir a él porque existe una masa común de bienes<sup>116</sup>) se pudieran incluir bienes no situados en España; en segundo lugar, no sería posible acudir a él con el único fin de declarar cómo se debe realizar el reparto de los bienes, siendo imprescindible que termine en actividad ejecutiva.

Ni que decir tiene que no parece que sea esto lo que ha querido el legislador. La resolución que declara la disolución del matrimonio es susceptible exclusivamente de ejecución impropia (transcripción registral), y el procedimiento para la formación de inventario y liquidación del régimen económico – frente a la solución de la vieja LEC – ha sido configurado como un declarativo especial (basta comprobar su ubicación en la norma procesal), con objetos y finalidades diferentes. De hecho, el art. 774.4 LEC, al regular los procesos matrimoniales, se refiere a la necesidad de pronunciarse sobre la disolución del régimen, pero nada se prevé sobre liquidación. Hasta tal punto está desvinculado del que declara la disolución que puede iniciarse antes de que exista sentencia de nulidad, separación o divorcio (art. 808 LEC). Incluso más: Esa interpretación da por sentado que el procedimiento mentado sigue a uno sobre crisis matrimoniales, cuando es evidente que la disolución puede ser resultado del fallecimiento de un cónyuge, una crisis patrimonial (como por ejemplo la prevista en el art. 1373 CC) o la simple voluntad de los cónyuges. En consecuencia, siendo autónomo, con presupuestos procesales diferentes, podrá acudirse a un tribunal español competente *ex párrafos 2 ó 3 del art. 22 LOPJ*<sup>117</sup> para realizar las mencionadas operaciones, sin tener que limitarse a los bienes comunes situados en España (en ningún sitio dice que deba ser así; tampoco de los arts. 782 ss. cabría deducir restricción semejante)<sup>118</sup>. Por supuesto, en una hipótesis como la de la Audiencia de Cáceres podría darse que los tribunales españoles

<sup>115</sup> Nada obliga a que sean etapas contiguas. Piénsese en la existencia de un pacto de indivisión durante un determinado plazo de tiempo, por ejemplo, cuya validez en el sistema del CC no admite dudas: E. SERRANO ALONSO, *La liquidación de la sociedad de gananciales en la jurisprudencia del TS*, Madrid, 1997, p. 27.

<sup>116</sup> Una aclaración marginal: Cuando el régimen extranjero sea de participación habrá que estar, lógicamente, al art. 811 LEC.

<sup>117</sup> En el futuro no surgirán conflictos negativos de competencia: *Vid.* art. 6 de la propuesta de reglamento.

<sup>118</sup> Sin contar además con el universalismo de la solución conflictual, compartido por la mayor parte de los ordenamientos. El paralelismo entre la situación tratada y la ordenación de la sucesión es completo.

Por lo demás, las normas de competencia de la propuesta de reglamento asumen que un tribunal no tiene por qué limitarse a conocer de los bienes situados en su territorio.

no fueran competentes si las partes no actuaran de común acuerdo o uno con el consentimiento del otro, pero ello no impide la liquidación en otros órganos judiciales competentes (los de otro Estado), sin que sea óbice que se trate de un bien inmueble: Los trámites encuadrables en la dimensión jurídico real siguen al reparto y tienen canales de eficacia específicos.

El problema es que el art. 807 LEC atribuye competencia objetiva al tribunal que haya conocido de la disolución, estando la territorial fijada en el art. 769 LEC. Claro que el inconveniente es que en nuestro caso se trata de un órgano judicial extranjero. La incoherencia no es exclusiva de este punto: Tampoco funciona el 807 cuando las partes hayan pactado la disolución del régimen sin intervención judicial o cuando sea consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges<sup>119</sup>. Pensar que sólo el tribunal competente para el proceso genético puede pronunciarse sobre lo patrimonial no tiene fundamento racional (son procesos diferentes), además de ser excesivamente gravoso para las partes. Por ello, parece razonable interpretar que los mismos criterios de competencia judicial internacional deben servir para indicar el tribunal territorialmente competente (bastante coherentes por lo demás con los del art. 769 LEC), y en el caso de que ninguno de los cónyuges –nacionales españoles– sean residentes en España y actúen de común acuerdo, habrá que admitir para lo menos el juego de la autonomía de la voluntad admitida para lo más. Nótese que en todo caso se habla de la liquidación de un patrimonio común; las vicisitudes posteriores (por ejemplo, reivindicatoria, constancia registral de la nueva propiedad, subrogaciones,...) tienen su propio cauce procesal.

Único límite a la competencia de los tribunales españoles para conocer de la liquidación es el respeto de los plazos establecidos en la ley rectora del régimen (por ejemplo en Austria es un año desde la disolución).

- b. En un caso como el anterior, cuando el tribunal español conoce sólo de la fase liquidatoria, y estando los tribunales vinculados por las normas de conflicto propias, ¿qué hacer cuando los resultados a que conducen son distintos a los alcanzados en la decisión que ha sido ya reconocida? Por ejemplo, en aquella se ha aplicado la ley del domicilio conyugal mientras que para el juez español la ley aplicable es la de la nacionalidad común. Las situaciones de contraste no van sólo en el sentido apuntado de la valoración o no de la relevancia de la buena fe de uno de los cónyuges sino que en general pueden alcanzar un nivel de contradicción extrema en las premisas (régimen de comunidad-régimen de separación; revocación de la donación o de la garantía concedida en favor del otro cónyuge después del divorcio-irrelevancia del divorcio para la donación o la garantía). ¿Hasta qué punto el reconocimiento de la decisión extranjera vincula el resultado de las operaciones sucesivas<sup>120</sup>?

Partiendo de que una cosa es controlar la ley aplicada (prohibido) y otra bien diversa es indagar en el contenido de la decisión extranjera para verificar cuál es la ley aplicada (necesario), y de que nadie discute que la decisión extranjera reconocida tiene eficacia de cosa juzgada material (art. 222.4 LEC), conviene distinguir dos hipótesis:

1. Si en la sentencia reconocida no se ha hecho pronunciamiento alguno sobre cuál es la ley aplicada y no puede deducirse de ninguno de sus párrafos (no es insólito: El tribunal no se ha planteado la cuestión internacionalprivatística y se ha limitado a declarar la disolución del régimen sin especificar cuál es), habrá que concluir que el órgano español es libre para acudir a su sistema conflictual y realizar las operaciones pendientes según lo que entienda que es el Derecho competente. Ni que decir tiene que la mera declaración de las partes en un sentido u otro no vincula al juez nacional. Compete por ello a los litigantes obtener una resolución en la que se precise aquel extremo.

<sup>119</sup> Seguimos en este tema a V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «El procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial», en VVAA., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Valladolid, 2001, p. 423.

<sup>120</sup> Cuestiones análogas son tratadas en general por E. RODRIGUEZ PINAU en *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, 2001, pp. 202-203 y 229. Sus conclusiones nos sirven limitadamente, porque la presencia de una decisión reconocida separa las hipótesis.

2. Si se han incluido referencias a los hechos determinantes de la disolución y se ha fijado las bases para realizar el reparto, o se explicita cuál es la ley reguladora del régimen, la cosa juzgada exige que el juez español aplique el mismo sistema normativo que ha aplicado el juez extranjero. Desde el momento en que se ha obtenido el *exequatur*, lo declarado en la resolución extranjera vincula a los operadores españoles como si fuera una resolución propia. Igualmente, si la ley aplicada prevé que la disolución tenga efectos sobre otro acto jurídico (léase revocabilidad, anulabilidad, nulidad), habrá que estar a esos efectos aunque no lo disponga así la ley reclamada por la norma de conflicto española.

Por lo demás, ni que decir tiene que si se pide el reconocimiento sólo de la resolución que aprueba un inventario realizado en el extranjero (o se hace valer como punto de partida de la liquidación en España), si las partes están de acuerdo en las partidas incluídas y valoraciones realizadas, no cabrá más remedio que otorgarlo, por muy disparatado que sea o por mucho tiempo que haya pasado de modo que hubiera devenido obsoleto. Pero bastará que se formule objeción para poder revisar al menos las valoraciones<sup>121</sup>.

**36.** Hay un último aspecto de la liquidación que nos concierne, y es que los acreedores y herederos de los cónyuges pueden tener interés en ejercer un control. Aquí nos interesa sólo la liquidación judicial. Hay que evitar posibles confusiones: El art. 782 LEC impide a los acreedores instar el proceso divisorio<sup>122</sup>, y consagra el derecho de algunos de ellos a oponerse a la liquidación (párrafo 4) y en todo caso el de intervenir para evitar que la partición se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (apartado 5), pero es claro que se limita a traducir a sede cauce procesal el art. 1402 CC. La definición de las propias facultades no viene en la ley rituaría, porque una calificación procesal desembocaría en diversos ámbitos de poder en función del foro al que se acuda, siendo más lógico pensar que los poderes y obligaciones derivados de una relación jurídica quedan delimitados desde el primer momento por la *lex causae*. Dentro de ese sistema jurídico se halla la disciplina de la tutela de los acreedores frente a vocisitudes como la apertura de una sucesión, la disolución del régimen conyugal o la crisis del patrimonio familiar (en particular, la hipótesis del art. 541.3 LEC). Son ellas las que marcan los niveles máximo y mínimo de tutela de los derechos de crédito. Por ello, la normativa del foro no puede reconocer a esos terceros unas facultades que la ley del fondo no les haya conferido desde el primer momento. En presencia de una resolución extranjera en la que se decreta la disolución del régimen y de operaciones tendentes a la liquidación a realizar en España, habrá que distinguir: Primero de todo, no parece discutible que como personas con interés legítimo digno de tutela pueden solicitar el reconocimiento de la resolución extranjera que declare la disolución<sup>123</sup>. En un segundo nivel, la hipótesis más fácil es aquella en la que el Derecho rector de la relación jurídica de la que se deriva el crédito a defender no reconoce poder alguno (o sea, legitimación activa) a los acreedores, porque en sede procesal bastará con desestimar cualquier pretensión tan pronto se le acredite aquel extremo; si en cambio se les permite solicitar la liquidación e intervenir después para vigilar el desarrollo de las operaciones de formación de inventario y reparto del patrimonio o sólo intervenir para defender sus intereses<sup>124</sup>, el problema es de implementación procesal, y ahí el instrumento –a falta de otro mejor adaptado– no puede no ser el del art. 13 LEC, con el amplio ámbito de actuación que tal norma comporta (v. *gr.*, en cuanto a recursos)<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> Ni que decir tiene que la hipótesis es extraña y convendría que no se diera nunca, dados los problemas que comporta el paso del tiempo. El examen de las partidas que se incluyen o no escapa al poder del juez del *exequatur*, salvo en el más que improbable caso en el que la normativa se inspire en causas inaceptables (*vid. supra*).

<sup>122</sup> Lo que genera la justa crítica de que incentiva la inacción de los cónyuges (art. 541.3 LEC). El legislador realmente ha pensado en la disolución por causa de crisis matrimonial y no en la que deriva de una crisis patrimonial: V. GUILARTE GUTIÉRREZ, «El procedimiento para la liquidación...», *op. cit.*, p. 436.

<sup>123</sup> Sin perjuicio de que puede revelarse inútil si después no se puede instar la liquidación para poder cobrar. Frente a la inactividad de los cónyuges no hay remedio alguno más que reformar la ley.

<sup>124</sup> Las diferencias incluso entre los ordenamientos más favorecedores de los acreedores no son baladíes. Hay que prestar especial atención al momento en que se puede solicitar la formación del inventario: La LEC no exige la firmeza de la resolución sobre disolución; otros sistemas (dentro de España, el sistema aragonés) sí lo requieren.

<sup>125</sup> *Cfr.*, J. L. VAZQUEZ SOTELO, «El procedimiento judicial para la liquidación del régimen económico matrimonial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2004, nº 1, p. 652.

**d) Las decisiones extranjeras reconocidas como punto de partida de operaciones en el foro**

37. El reparto de los bienes que se realiza con la liquidación subsiguiente a la disolución del régimen tiene en cuenta el nivel de información del que se dispone en ese momento. Pero el reparto no se hace de una vez para siempre: Nuevas revelaciones deben abrir el paso a operaciones ulteriores que ajusten el resultado, y por eso en nuestra ley rituarial lo decidido en el proceso especial de liquidación no tiene eficacia de cosa juzgada. Incluso más: Por más que las resoluciones extranjeras tengan en nuestro sistema los efectos que les anude su ley procesal (modelo de extensión de los efectos), difícilmente se podría reconocer esa eficacia a una decisión adoptada por un tribunal extranjero en un procedimiento sumario y sin plena cognición si en origen se le atribuyera tal efecto<sup>126</sup>.

38. Por lo demás, no se debe exigir el *exequatur* de la sentencia extranjera cuando sea usada sólo como presupuesto de lo que va a ser objeto de disputa procesal en España. En este sentido deben ponderarse los argumentos de la sentencia de la AP de Barcelona de 31 de marzo de 2003, cuando sostiene que se trata de tomar conocimiento y certeza del hecho de que existe una sentencia que dispone el divorcio de dos sujetos, sentencia que no es ejecutada sino que constituye sólo un *prius* lógico para otras decisiones. El reconocimiento, continúa, «no requiere un procedimiento específico, sino sólo que se pida ante cualquier tribunal o autoridad, a efectos prejudiciales, a efectos probatorios, registrales, fiscales u otros». Es suficiente tomar nota del hecho de que existe un documento que refleja determinados hechos. En estas hipótesis entra la solicitud sobrevenida de pensión compensatoria, posible en las condiciones que determine la ley reguladora de los efectos: Si lo hace atendiendo al desequilibrio resultante de la crisis matrimonial y fijándose en el momento del cese de la convivencia, nada impide que el juez español tenga en cuenta la sentencia extranjera de separación y la utilice como jalón en el proceso lógico de determinación de esas circunstancias y cuantía<sup>127</sup>.

39. En España, una vez hecha la liquidación del patrimonio conyugal en convenio regulador, no cabe accionar la rescisión por lesión (arts. 1410 y 1074 CC), porque si se ha pactado hay que presumir que no hubo desequilibrio<sup>128</sup>. En tanto que emanación de la prohibición de venir contra los actor propios, parece razonable pensar que con independencia de cuál sea la ley reguladora del régimen se impone esa solución: La liquidación que conste en resolución reconocida no puede ser rediscutida por ese motivo si se basa en la voluntad concordante de las partes.

---

<sup>126</sup> Distíngase este reparto de la revisión de la cantidad fijada en concepto de pensión compensatoria (cuando se den los requisitos previstos por la *lex causae* para ello). En presencia de una sentencia extranjera, los tribunales españoles pueden (cuando exista controversia) entrar a revisar el si o no y el *quantum*, si son competentes según las reglas del reglamento 4/2009 y el art. 22 LOPJ, y previo *exequatur* de tal sentencia. Ahora bien: a. En el proceso de reconocimiento y ejecución no es posible tener en cuenta el cambio de las circunstancias (ATS de 16 de mayo de 2000). Sería necesario instaurar un nuevo litigio para ponerlo de relieve. Desde esta perspectiva, es indiferente que la decisión extranjera contenga o no criterios de actualización (el *exequatur* será en todo caso imprescindible), mas si se reconoce una decisión que contiene criterios de revisión hay que estar a éstos, salvo que se tratara de un reconocimiento parcial y no se haya reconocido la parte en la que se contienen esos criterios por ser contrarios al orden público del foro; b. Si existe una decisión española que fija una determinada suma a título de pensión compensatoria y se presenta otra extranjera posterior con una fecha de cierre de los hechos probados posterior a la española, que fija una suma diferente, no se puede negar su reconocimiento y ejecución, entendiéndose que es una decisión con potencia actualizadora de las cuotas, dictada sobre la base de circunstancias sobrevenidas (valen aquí las razones que justifican el art. 23 letra f del reglamento 2201/2003); c. Nada impide reconocer y ejecutar las decisiones extranjeras de modificación por cambio de circunstancias (ATS de 6 de junio de 2000), incluyendo el caso en el que la modificada fuera española; d. Lógicamente, si las partes llegan a un acuerdo de actualización, no se precisará de tal trámite, siendo alegable en vía ejecutiva si hubiera cualquier disputa posterior (SAP Barcelona de 4 de enero de 2006). Recuérdese que frente a un auto despachando ejecución sólo cabe oponer el pago (art. 556 LEC; al respecto, AAP Barcelona de 3 de junio de 2004, relativo a un convenio privado posterior a sentencia mexicana homologada). Es irrelevante la disciplina de las causas de oposición a la ejecución en el país de origen de la decisión reconocida.

<sup>127</sup> El procedimiento para obtener un pronunciamiento de modificación será el del art. 775 LEC. Sobre los aspectos procesales de la revisión de las medidas acordadas, *vid.* A. J. PEREZ MARTIN, «Las medidas previas, provisionales y definitivas en los procedimientos matrimoniales», en VVAA., *El Derecho de familia y sucesiones en la nueva LEC*, Valladolid, 2001, pp. 164 ss.

<sup>128</sup> STS de 9 de febrero de 2010, que distingue muy bien y pone de relieve que los alimentos pueden haber ocultado el desequilibrio, pero lo importante es atender al momento de la ruptura.

<sup>128</sup> STS de 6 de marzo de 2003. En sentido distinto, sentencias antiguas.

**e) Denegación del *exequatur* por inconciliabilidad de decisiones o pendencia de un proceso en España**

**40.** Las hipótesis son infinitas. El TS descubre litispendencia donde hay prejudicialidad civil, haciendo valer la regla no sólo cuando existe identidad entre litigios<sup>129</sup>: Como es notorio, la perspectiva de defensa de los intereses de la buena administración de justicia no ha tenido el esperable reflejo en la litigación internacional, donde la práctica viene marcada –a falta de instrumento internacional específico– por la indiferencia hacia los procedimientos extranjeros<sup>130</sup>. Sin perjuicio de las razones de coherencia sistemática y valorativa que aconsejan extender la solución europea a los demás ámbitos (y no es baladí el tenor del art. 421 LEC –con las previsiones relativas a inhibición y suspensión– en relación con el 224 y el 43), lo cierto es que sólo el reglamento sobre régimen económico matrimonial supondrá incorporarla a nivel legal, sin margen de duda ni maniobra (art. 12). Sin embargo, nada prevé la propuesta respecto a la hipótesis de solicitud de reconocimiento y ejecución cuando existe pendiente un procedimiento en el foro o en otro Estado, con lo que renacerán las mismas dudas que a propósito del reglamento 44/2001, y las mismas razones para dar primacía a la primera decisión<sup>131</sup>. Ni que decir tiene que la pretensión de trazar soluciones paralelas a las del reglamento sobre insolvencia es hoy por hoy inviable<sup>132</sup>. Por lo demás, en España la jurisprudencia es escasa y oscilante. En los convenios bilaterales, si el proceso del foro ha sido iniciado antes que el que ha dado lugar a la sentencia cuyo reconocimiento se pide, se opta por no concederlo (por ejemplo, art. 14.4 del convenio con Italia)<sup>133</sup>; de lo que se deduce que si el proceso español es posterior hay que reconocer aquélla y poner fin a éste dictando auto de sobreseimiento. A falta de convenio, la solución debería ser idéntica, por las mismas razones expuestas inmediatamente *supra*<sup>134</sup>. Por supuesto, si en España existe ya una decisión reconocida o con los requisitos para el reconocimiento, no se puede conceder el *exequatur* de ninguna otra decisión extranjera.

**41.** En realidad, el problema estriba en la identidad de los objetos y causas (en cuestiones matrimoniales los requisitos subjetivos no suelen suscitar demasiada incertidumbre), y por ello en este sector la partición vertical de las resoluciones despliega toda su virtualidad<sup>135</sup>. La casuística potencial es tan amplia como menguado el cuerpo de decisiones del TS. Descartando los supuestos de evidente identidad objetiva, podemos proponer el siguiente catálogo de casos<sup>136</sup>:

- a. Cuando se pide el reconocimiento de una decisión extranjera en la que se declare que un bien tiene un determinado carácter (o sea, personal o conyugal) y en España se está desarrollando un proceso sobre algún hecho que según la ley reguladora del régimen pueda conducir a la declaración de disolución y a su posterior liquidación (por ejemplo, defectos de información, asunción irresponsable de deudas por uno de los cónyuges), estamos ante objetos diferentes. Sólo que cuanto se dice en la sentencia reconocida condiciona las eventuales operaciones de

<sup>129</sup> F. MÁLAGA DIÉGUEZ, *La litispendencia*, Barcelona, 1999, pp. 557 ss. Así, SSTTS de 25 de noviembre de 1995, 23 de marzo de 1996, 12 de diciembre de 1997 y 14 de noviembre de 1998.

<sup>130</sup> Por ejemplo, SAP Álava de 20 de septiembre de 1995, SAP Barcelona de 1 de febrero de 2000. Una acertada crítica en M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN, *Derecho procesal...*, *op. cit.*, p. 255.

<sup>131</sup> H. GAUDEMET TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement no. 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, París, 2002, p. 342.

<sup>132</sup> Donde al establecimiento principal sería la residencia habitual común y el lugar de situación de los bienes el secundario: *Étude sur les régimes matrimoniaux...*, *op. cit.*, p. 176.

<sup>133</sup> Un cuadro sintético de algunos tratados bilaterales en P. GONZÁLEZ POVEDA, «La jurisprudencia en materia de *exequatur* de sentencias matrimoniales extranjeras», en AAVV, *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, pp. 241 ss.

<sup>134</sup> Ya no se dan las razones para no apreciar la excepción de litispendencia: Se tiene una decisión en la mano, así que el juicio de reconocibilidad es facilísimo. Lo coherente es suspender el procedimiento que se sigue ante nuestros tribunales y verificar si se puede o no admitir el *exequatur* de la sentencia extranjera, archivando la causa en caso afirmativo.

<sup>135</sup> Es decir, la que hace referencia a pronunciamientos que sirven de fundamento a otros. Entre nosotros, muy bien explicado en S. ALVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 258.

<sup>136</sup> Ni que decir tiene que las consecuencias de las identidades varían según se trate de confrontar resoluciones o una resolución y un proceso (suspensión, prejudicialidad, denegación del reconocimiento), pero sustancialmente eso es irrelevante. Recuérdese que aquí no operan los reglamentos comunitarios.

- liquidación (art. 222.4 LEC). Si en España hay ya sentencia de disolución pero no se ha practicado aún la liquidación, tampoco habrá dificultades para el *exequatur*: Simplemente habrá que tener en cuenta –como presupuesto– lo decidido en el extranjero. Si ya se hubiera practicado la liquidación, partiendo de premisas distintas de las de la decisión extranjera sobre el carácter de tal bien, no se dará lugar a ningún reconocimiento (ni, es claro, a deshacer lo hecho).
- b. Si en España se desarrolla un proceso o se ha dictado sentencia sobre si un bien es personal o perteneciente a la comunidad y se pide el reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que decreta la disolución del régimen (esto es, la hipótesis inversa), no existe inconciliabilidad; sólo que habrá que hacerlas actuar coordinadamente (esto es, de forma sucesiva). Otra cosa es que se haya operado ya el reparto del patrimonio: En este caso la rediscusión de lo hecho tiene su sede en el proceso ordinario que corresponda, y ahí se puede usar la resolución extranjera como documento, sin necesidad de *exequatur* (*vid. supra*).
  - c. Si una decisión extranjera se refiere a disolución del régimen pero incorpora directrices o instrucciones de atribución o reparto de los bienes (por ejemplo, se ha decretado el divorcio por culpa de un cónyuge, como por ejemplo en el CC francés, o la liquidación se hace de una forma u otra en función de la duración del matrimonio, como en los sistemas escandinavos) y en España se debate sobre el carácter de un bien concreto, esto no genera problemas, porque aquélla piensa en cuotas y no en bienes concretos. Otra historia es el si y el cómo del reconocimiento de ese tipo de decisiones de divorcio (*infra*).
  - d. Si la normativa de divorcio aplicada en el Estado requirente implica que determinados bienes sean inexorablemente atribuidos a uno de los cónyuges (por ejemplo, los de uso profesional) mientras que en España se debate sobre la naturaleza de ese concreto bien, es claro que no cabe reconocer ni ejecutar nada (estaría por ver en cada caso si cabe un reconocimiento y ejecución parciales). Si lo que tenemos es una sentencia que se pronuncia sobre tal carácter y lo hace de forma contraria a lo establecido en la decisión extranjera, la inconciliabilidad es patente y no cabrá *exequatur* alguno.
  - e. Va de suyo que en ningún modo se podría ejecutar una sentencia extranjera de disolución y liquidación cuando en España se está practicando la liquidación del régimen matrimonial. Mas si la decisión extranjera contiene un reparto parcial del patrimonio y no adolece de defecto alguno que la haga irreconocible, no habría motivo para no reconocerla y continuar ante nuestros tribunales las mismas operaciones para el resto de la masa de bienes.
  - f. Si en España existe controversia sobre la disolución (o sobre alguna cuestión que desemboque en la disolución, como un divorcio o una declaración de fallecimiento) y se pide el *exequatur* de una decisión que liquida el régimen, no procederá tal, en cuanto que parte de una base (la disolución) respecto a la que hay que ver aún si se va a acordar o no en nuestro foro. No deberían suscitarse objeciones si finalmente se acuerda en el foro la disolución.
  - g. No existe inconciliabilidad entre decisiones (o proceso pendiente en España) que se refieran a aspectos personales y aspectos patrimoniales de un mismo matrimonio. Distinto es que después el pronunciamiento en torno a los primeros se convierta en cosa juzgada material, y que la decisión sobre lo personal tenga vocación de influir en la dimensión patrimonial.
  - h. Existe prejudicialidad de un litigio sobre el régimen matrimonial (disolución y liquidación) en relación a otro en materia sucesoria. Si se pidiera la ejecución de una decisión que contiene operaciones de liquidación del patrimonio conyugal mientras que se propone o se ha propuesto la cuestión sucesoria en España, y dado que por fuerza el tribunal español debe pronunciarse sobre los extremos patrimoniales, la inconciliabilidad es evidente. Si cuando se calcule el caudal relicto resulta que el resultado es idéntico al que ha constituido punto de partida para el juez extranjero, podrá ejecutarse su decisión. Si se pide el reconocimiento de una decisión en materia sucesoria cuando en España se ha decidido respecto al patrimonio conyugal, se deberá nuevamente verificar si de hecho las decisiones pueden operar conjuntamente o no, analizando el contenido de la sentencia extranjera<sup>137</sup>.

<sup>137</sup> Un análisis de derecho interno en la STS de 13 de febrero de 1999.

- i. En principio no debería existir inconciliabilidad entre una decisión sobre nulidad, separación o divorcio (exclusivamente, y sin implicaciones relativas al posterior reparto) y otra que se pronuncia sobre el carácter de un bien. Como en el caso visto antes, si es ésta la decisión reconocida, se deberá partir de cuanto se ha establecido para realizar las sucesivas operaciones de liquidación. Ni que decir tiene que surgirán dificultades de ajuste derivadas de la posible aplicabilidad de ordenamientos diferentes a cada segmento.
- j. Dos resoluciones, una declarando la nulidad o ineficacia de unos pactos matrimoniales y otra que liquide un régimen patrimonial partiendo de su validez, son clara y abiertamente inconciliables<sup>138</sup>.
- k. No cabe reconocer en España la sentencia en la que se declare la validez de un pacto de indivisión temporal si en nuestros tribunales se litiga o se ha resuelto ya sobre liquidación del patrimonio conyugal, incluyendo el bien o los bienes afectados por el pacto.

#### **f) Ejecución de decisiones que incorporan institutos desconocidos: trusts, fondo patrimonial, imposibilidad de liquidación, asignaciones patrimoniales de los ordenamientos de inspiración islámica**

42. El simple reconocimiento de una decisión extranjera con contenidos desconocidos no suscita demasiadas dificultades; afirmar que va contra nuestro orden público por el mero hecho de ser distinta es sencillamente disparatado. El problema viene cuando se trata de darle vida en territorio español. Ahí lo decisivo será el aspecto registral, porque el registro español actúa en todo caso conforme a la normativa española, y se impondrá una suerte de acomodación. Apuntaremos, a modo de ejemplo, las siguientes situaciones:

43. Probablemente el caso que en mayor medida atrae el interés del jurista continental es el del *remedial constructive trust*, esto es, aquel que surge por imperio de la ley, sólo con declaración del juez y efectos desde la fecha de la sentencia, resultado de una conducta de un sujeto e independiente de la intención de las partes (en estos casos estaríamos en presencia de un *resulting trust*, si concurre el doble requisito de la contribución directa y substancial), para evitar que alguien derive un beneficio o un enriquecimiento injusto de una manera no acorde a las exigencias de la buena fe. Su campo de juego ha sido básicamente el de las adquisiciones de inmuebles (cuando el titular formal niega su cuota al otro –que ha contribuido a la adquisición– o rechaza cumplir un acuerdo para compartir la propiedad), allí donde se entiende más oportuno actuar sobre la propiedad que reconocer un derecho a cobrar indemnización<sup>139</sup>. En estos casos el demandado tiene la propiedad en cualidad de *trustee*, designándose al actor como *beneficial owner*. Junto a esta creación judicial encontraremos decisiones que no crean pero incorporan aquellas modalidades de *trust* a los que los cónyuges han dado nacimiento y con los que organizan su patrimonio, durante el matrimonio o con causa en la ruptura<sup>140</sup>: Es el caso de los *inter vivos* constituidos con fin alimenticio o como instrumento para regular las consecuencias económicas de una crisis o para organizar el fin del régimen matrimonial en caso de falta de uno de los cónyuges (*v. gr.*, contrato matrimonial por el que se acuerda constituir un *trust* dotado con bienes situados en diversos países y cuyos beneficios deben ser atribuidos a uno de los cónyuges)<sup>141</sup>.

<sup>138</sup> Favorable al desarrollo en paralelo de procedimientos uno sobre pactos matrimoniales y otro sobre liquidación del patrimonio común, J. L. VAZQUEZ SOTELO, «El procedimiento judicial...», *op. cit.*, p. 649.

<sup>139</sup> Su uso ha sido muy extendido para corregir los desequilibrios entre convivientes. En la jurisprudencia canadiense se ha usado para alcanzar un resultado materialmente justo en caso de ruptura de una pareja del mismo sexo: *Forrest c. Price*, 1992 (*British Columbia Supreme Court*), donde se asigna a uno de los convivientes un tercio de un inmueble comprado por el otro. Queda al margen la polémica sobre si esto es un *trust* o no y sobre las condiciones para apreciar su existencia (la base es la común intención de las partes).

<sup>140</sup> Aunque el *trust* no sea en sí un instituto contrario al orden público español (de hecho, nuestros tribunales han sabido afrontar litigios relativos a este instituto), puede convertirse en un instrumento de fraude, a vigilar en cada caso, desde el punto de vista de la responsabilidad universal y de la ley concursal: S. CAMARA LAPUENTE, «Elementos para una regulación internacional del *trust*», en A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDEÑA, *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Madrid, 2005, pp. 241 ss.

<sup>141</sup> Los posibles usos del *trust* para fines alimenticios o matrimoniales está muy bien explicado en W. S. GOFFE, «Estate Planning with Trusts for Divorcing Spouses», *Family Law Quarterly*, 2004, pp. 162 ss.

Si las cargas impuestas en la sentencia se refieren a meras obligaciones de hacer o de no hacer, el tribunal español pueda ejecutarlas coactivamente según los términos de la LEC, sin mayor particularidad. Por ejemplo, en el caso del *constructive trust*, cuando se establece que unas determinadas participaciones sociales engrosen el patrimonio de un *trust* y los beneficios sean ingresados en la cuenta de un ex cónyuge, ninguna actividad ejecutiva especial se exigirá a un tribunal español. Si surge alguna controversia, será entre los protagonistas del *trust*, sin afectar ni implicar a terceros. Pero hay resoluciones que sí que afectan al funcionamiento de registros españoles, y en ese momento se precisará una «traducción». ¿Cómo hacer si el *trust* incluye, por ejemplo, un bien inmueble localizado en España, acciones depositadas en un intermediario español –no los dividendos– o cualquier derecho inscrito en algún otro registro español?<sup>142</sup> No es cierto que la respuesta (admisión o rechazo del fraccionamiento) dependa de lo que disponga la LH. Ni siquiera estamos a expensas del concepto de propiedad contenido en el CC (sin perjuicio de que tenemos en éste algo tan parecido como el censo). Aceptado que el *trust* no contraría principios esenciales de nuestro orden público, habrá que concluir que la normativa hipotecaria no es la que crea o extingue derechos reales<sup>143</sup>. Su carácter ancilar determina más bien que aquel debe abrirse cada vez que resulte necesario publicar una carga o gravamen (arts. 2 LH y, más claramente, 7 RH), como tales o con traducción a nuestras categorías si fuera necesario. Así las cosas, apuntaremos (la limitación propia del objeto de este trabajo no permite otra cosa) unas pocas hipótesis<sup>144</sup>:

1. *Trusts inter vivos*. Ejemplo: Se constituye un *trust* en cuyo patrimonio hay inmuebles en España; se designa como beneficiario al ex cónyuge, que percibirá por ello los resultados de su explotación comercial. Si se desea transcribir en el registro de la propiedad español ese gravamen, la sentencia extranjera debidamente traducida podrá servir de base según el diseño del art. 51 RH<sup>145</sup>. No es necesario detenerse en los *trusts* secretos, ni es imaginable en este punto un *trust* constituido verbalmente<sup>146</sup>.

Una situación parcialmente afin sería aquella de las decisiones que reconozcan a uno de los cónyuges un *equitable interest in the property*, particularmente interesante para, sin discutir la titularidad, hacerla indisponible para su propietario e inatacable por los terceros (embargo) o substraerla a los efectos de la quiebra del cónyuge titular. Justamente porque está bien definido quién es el propietario, la inscripción registral de la indisponibilidad del bien no debe encontrar problemas, mediante anotación preventiva (art. 26.2º LH).

<sup>142</sup> A diferencia de los ejemplos señalados inmediatamente más arriba, no estamos en el ámbito de aplicación del reglamento 44/2001: el art. 5.6 no viene al caso.

<sup>143</sup> Véase a este respecto la breve exposición de S. BANAKAS, «Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe», *Indret*, 2006, explicación perfecta de los problemas que nacen del principio del *numerus clausus* de los derechos reales en la Europa continental, la publicidad registral y el carácter ilimitado de los poderes del propietario. Justamente por las dificultades implícitas en la ejecución de este tipo de decisiones con transcendencia registral es por lo que las observaciones al libro verde formuladas por las autoridades francesas recomiendan que «*les règles de procédure et les dispositions du droit des biens en rapport avec les registres fonciers des Etats membres devraient donc être exclues du champ d'application du futur instrument communautaire*», teniendo en cuenta que, si bien las cuestiones de estado civil afectan a la libre circulación de personas, el régimen de propiedad es de exclusiva competencia de los Estados (art. 295 TCE). La misma sugerencia hace el *Conseil des Notaires de l'Union Européenne*. Ahora bien: La disciplina de lo jurídico real puede seguir en manos estatales, pero si no se coordinan las normativas nacionales y se admite la posibilidad de no ejecutar una decisión extranjera por dificultades procedimentales padece la libre circulación de personas. Advierte el Consejo de los notarios que no se pueden trasladar sin más las reglas sobre ejecución del registro civil al de la propiedad. Cierto. Lo normal es que en el primer caso se trate de reconocimiento y en el segundo de ejecución, y aquello es muy fácil y esto no. Mas la dificultad no puede convertirse en excusa para el hermetismo. Será necesario realizar un esfuerzo de traducción de las situaciones jurídico reales, eso sí.

<sup>144</sup> Ejemplar a este respecto, en otro ámbito material, el art. 227-9 CCC. No se pierda de vista que estamos hablando de ejecución de una sentencia extranjera en materia de régimen de bienes de un matrimonio. Por mucho que los actos a ejecutar sean jurídico reales, obligacionales o societarios, hay que estar a las normas reguladoras del *exequatur* de decisiones en cuestiones matrimoniales, no al reglamento 44/2001 y demás fuentes comunitarias.

<sup>145</sup> Cfr. M. VIRGÓS, *El trust y el Derecho español*, Madrid, 2006, pp. 70 ss.

<sup>146</sup> Se puede obviar esta dificultad mediante la conversión del inmueble en mueble, esto es, la constitución de una sociedad –no necesariamente española– cuyo activo sea el inmueble controvertido.

2. *Trust* cuyo objeto (patrimonio) sea el producto de una obra del ingenio humano, si se trata de derechos sometidos a la ley española. De entrada, los beneficios económicos derivados de una obra o una patente pueden ser cedidos a un individuo; se puede pensar también en la posibilidad de que estos derechos incrementen el patrimonio del *trust*, con gestión a cargo del *trustee* y destino de los productos a un determinado beneficiario, *trust* que, independientemente de la ley reguladora de los elementos que lo integran (es decir, no es necesario que el mismo ordenamiento rija el complejo y los componentes singulares), es pacífico que no podría nunca quedar sometido a la ley española. Pero si los derechos objeto de cesión son derechos españoles (creados por la ley española y por ello disciplinados por ésta de manera imperativa), no hay medio jurídico en nuestro ordenamiento que consienta tal destino:
  - a. Propiedad intelectual: La ley española prevé solo dos situaciones jurídicas de carácter real, propiedad e hipoteca (art. 53 LPI en relación con el art. 12.5º LHMPD); la construcción más próxima al *trust* consistiría en una cesión por parte del autor –o el propietario de los derechos económicos– de la gestión, como si fuera un *trustee*, a uno de los llamados entes de gestión de derechos de propiedad intelectual y derechos afines. Pero no parece demasiado congruente con la filosofía del instituto la predeterminación del potencial fiduciario, ni la posibilidad de revocación de la autorización por parte de los poderes públicos, ni la idoneidad para decretar el secuestro de los productos por las deudas del fundador (art. 53 LPI).
  - b. Propiedad industrial: La legislación española al respecto hace referencia a la cesión de la propiedad, a la constitución de hipoteca y los otros derechos reales, entendiendo que se refiere al catálogo del art. 2 LH. Por otra parte, la hipoteca del derecho de marca debe ser inscrita en el registro de hipoteca mobiliaria (inscripción constitutiva); según el art. 46.3 LM, la oponibilidad de los derechos reales sobre las marcas depende de la inscripción en el registro de marcas. El art. 74.1 LP prevé la posibilidad de cesión en usufructo o de constitución de hipoteca a petición de parte o el derecho, en términos análogos a los de la LM.
3. Acciones y otros productos del mercado financiero. Si de lo que se trata es de ingresar los dividendos al beneficiario, según el esquema visto más arriba, la situación no trasciende a la sociedad y por lo tanto las modalidades de ejecución son las propias de una obligación de dar de la LEC. Esto no sería un *trust* y por lo tanto no se suscitan problemas específicos de ejecución.

Si lo que se hace es constituir un *trust* cuyo patrimonio son acciones o participaciones de sociedades españolas, hay que distinguir: 1. Acciones de una sociedad –cotizada o no– representada mediante anotaciones en cuenta: La entidad adherida al Servicio de compensación y liquidación de valores tiene que inscribir el gravamen; el art. 13 del RD 116/92 sobre representación de valores por medio de anotaciones en cuenta y compensación y liquidación de operaciones bursátiles es suficientemente genérico para permitirlo. El art. 51 en relación con el 50.1 del mencionado decreto exige documento público y por supuesto la sentencia extranjera reconocida lo es. 2. Si se trata de títulos nominativos, el art. 116 LSC exige la constancia en el libro registro, y el 104 de la misma ley contiene idéntica previsión para las participaciones. 3. Si se trata de acciones al portador, no constando en registro alguno, habrán de transmitirse físicamente al *trustee*.

44. Emparentado con el *trust*, el fondo patrimonial italiano (arts. 167 ss. CC) permite «apartar» un conjunto de bienes para atender a las necesidades familiares, con la ventaja de hacerlos inmunes a los ataques de los acreedores. Hay una exigencia fundamental de publicidad a la que queda condicionada su eficacia (en los registros de bienes y en el RC, al margen del matrimonio<sup>147</sup>). Con seguridad no es

<sup>147</sup> Sentencia de la *Corte di cassazione* de 13 de octubre de 2009. Si el matrimonio está inscrito en España, el art. 77 LRC cubre la idoneidad de una anotación de la existencia del fondo.

imposible la constitución de un fondo patrimonial en base al *Codice Civile* que comprenda también bienes localizados fuera de Italia. Cierto que existirá una distribución de los ámbitos de aplicación de los Derechos, y mientras que la ley reguladora de los efectos del matrimonio debe admitir su constitución y regular los diversos aspectos, como por ejemplo la individualización de los bienes que pueden integrarlo (sólo bienes inscritos en registros), la *lex fori, qua* ley del registro, actúa como instancia de control que decide si un determinado bien es registrable o no y por eso de modo mediato condiciona el contenido del fondo en examen (si no contempla la posibilidad de registro de un derecho determinado, por mucho que la ley italiana prevea diversamente, no parece posible que ese bien situado en el extranjero pueda engrosar el fondo). Situaciones de algún modo similares son admitidas en Derecho español (por ejemplo, por lo que se refiere al patrimonio de los incapaces, ley de 19 de noviembre de 2003).

Así pues, de cara a nuestro análisis actual, las hipótesis apuntan a la posible eficacia en España de una decisión extranjera (normalmente, por obvios motivos, italiana) en la que se afectara a esos bienes destinados a tales necesidades familiares (por ejemplo, si un bien forma parte del fondo o no, normas del juez sobre administración, atribución de la propiedad o el usufructo de una cuota de los bienes a uno de los hijos, extinción por declaración de fallecimiento de un cónyuge). *Mutatis mutandis*, vale lo dicho más arriba para el *trust*, de modo que nada obstaría a la transcripción de las vinculaciones o de las transferencias de propiedad que se produzcan, más aún si aquí no existe aquella propiedad compartida sino atribución precisa a un sujeto (art. 2647 del *Codice*): Las decisiones emanadas de un juez –extranjero en este caso– pueden ser transcritas en los mismos términos vistos (art. 13 LH). Sin embargo, es improbable que estas sentencias, cuando vengan referidas a bienes inscritos en el Registro de hipoteca mobiliaria, puedan tener publicidad (los arts. 68 LHMPD y 34 ss. del Reglamento regulador del Registro piensan en otras situaciones fácticas).

45. En tercer lugar, atenderemos a las restricciones como las conocidas en los Derechos danés, alemán, noruego o suizo, relativas a la disolución por causa de muerte de uno de los cónyuges del régimen de comunión pero supervivencia del patrimonio matrimonial –sin liquidarlo, pues– hasta que el cónyuge superviviente no muera o se vuelva a casar. Pero, ¿*quid* si la ley reguladora de la sucesión reconoce a los legitimarios un derecho incondicionado a recibir una cuota de los bienes del difunto que podrían reclamar su cuota o su interés a pesar de la previsión de la ley reguladora de los efectos del matrimonio? Si el *de cuius* muere con domicilio en España o deja bienes inmuebles aquí, no habría ningún obstáculo para el ejercicio ante nuestros tribunales de una acción dirigida a la liquidación del activo hereditario, y aquel legitimario podría obtener, por ejemplo, la adjudicación y alienación de aquel inmueble en España sea cual sea la disposición de la norma sobre régimen matrimonial. Para «fossilizar» el patrimonio conyugal es preciso recurrir a otros instrumentos idóneos. Al registro español no accede una norma extranjera, esto es evidente; la única manera de inscribir las restricciones a la propiedad y la imposibilidad de reclamar la liquidación sería obtener una sentencia declarativa –no necesariamente española– que decreta esta inalienabilidad o las restricciones al poder dispositivo, en cuanto que ésta sí que sería inscribible (art. 38 RH).

46. Hay atribuciones patrimoniales cuya calificación es discutida. Es el caso del *mahr* de algunos ordenamientos de raíz islámica<sup>148</sup>. Existe el prejuicio habitual de calificar este tipo de instituciones como algo contrario al principio básico de igualdad (dependiendo de los diversos ordenamientos, el *mahr* podría ser visto como el precio del tercer repudio, o las cantidades a las que la mujer tendría derecho pero debe devolver y renunciar para poder solicitar el divorcio) y por lo tanto se rechaza su reconocimiento en el foro, en base a la excepción de orden público<sup>149</sup>. Aquí no se trata

<sup>148</sup> *Mahr* es la expresión usada para describir el pago al que tiene derecho la esposa, por parte del marido, en consideración al matrimonio. Una parte se paga antes del matrimonio y otra en el momento de su disolución o en caso de que se verifiquen ciertos eventos pactados. Vid. P. FOURNIER, «Flirting with God in Western Secular Courts», *Harvard-Stanford International Junior Faculty Forum*, 2008; «Adjudicating Islamic Marriage Transnationally: Substantive Equality, Gender and the Indeterminacy of Legal Doctrine», en S. H. WILLIAMS (ed.), *Constituting equality: Gender Equality and Comparative Constitutional Rights*, Cambridge, 2008. En particular este último recoge abundante jurisprudencia «occidental».

<sup>149</sup> Así, sentencia de la *Cour d'appel* de Douai, 8 de enero de 1976: Los contratos que prevén la existencia del *mahr* reducen el matrimonio a una compra y contrarían el orden público francés.

de ver si puede un tribunal español aplicar esta institución o no, sino que el problema sería verificar si cabe el reconocimiento de una decisión extranjera que haga referencia a ella. En este punto conviene enderezar el análisis hacia la consideración de las necesidades en juego y las consecuencias a las que llevaría una respuesta negativa, y en ese sentido no habría lugar a dar efecto (indirectamente) en España al instituto cuando suponga una especie de peaje a pagar por la esposa para poder ejercer su derecho a instar la disolución del matrimonio, mientras que si lo que se intenta es compensarle económicamente por la ruptura (aunque sea consecuencia del repudio válida y eficazmente verificado en el extranjero), una respuesta negativa pecaría de integrista (realmente puede desenvolver una función alimenticia, aunque venga revestida de forma contractual). Es defendible la contrariedad al orden público del foro de aquellas decisiones occidentales que han distorsionado el instituto, no por aplicar la institución en sí sino por generar un inaceptable desequilibrio patrimonial entre cónyuges<sup>150</sup>.

No es preciso detenernos demasiado en la consideración de la dote (piénsese por ejemplo en la situación generada cuando, en aplicación del art. 60 de la *Mudawana*, el tribunal ha establecido su montante por haber sido consumado el matrimonio anulable), cuya contrariedad al orden público es generalmente asumida (de hecho, en las leyes italiana y griega está expresamente prohibida)<sup>151</sup>. Sólo hay que hacer dos matices, correspondientes a supuestos en los que la denegación del *exequatur* de la decisión que la incorpore no tendría razón de ser: a) Cuando, como en el caso anterior, desenvuelva una función útil a los intereses de la esposa (los tribunales del Reino Unido descubren la dimensión alimenticia; los franceses o los de EEUU ponen en un primer plano su aspecto contractual); b) Cuando sea ella la que solicite el reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera.

### g) La modificación del régimen. Supuestos de preceptiva intervención judicial

47. Decisiones que se construyan sobre la idea de inmodificabilidad del régimen aplicable a los efectos del matrimonio no van contra nuestro orden público<sup>152</sup>: También el art. 9.2 del CC parte de idéntico principio (sin perjuicio de que después quede corregido para lo patrimonial en el 9.3). Lo que ocurre es que difícilmente se va a solicitar el *exequatur* de ese género de resoluciones: Por ejemplo, dos ciudadanos griegos o argentinos residentes en España, cuyas leyes les niegan la posibilidad de cambiar, no acudirán a sus tribunales para obtener una prohibición judicial, sino que, con pleno respeto de las reglas de competencia judicial, se limitarán a acudir al art. 9.3 CC para realizar cuantos pactos deseen<sup>153</sup>. No sería por contra admisible un cambio de régimen pactado entre el cónyuge superviviente y los herederos del premuerto. En el otro extremo, está por ver cómo trataría un tribunal español una decisión que aplicara la regla de la modificación automática de la ley reguladora del régimen cuando cambian los criterios de conexión, al margen de la voluntad de las partes, como ocurre en el sistema sueco o allí donde el régimen primario se imponga imperativamente en base a la residencia en el foro<sup>154</sup>. No es sólo, como se ha evidenciado, la eventual contradicción con el derecho a la libre circulación de las personas, sino también la quiebra del principio de seguridad jurídica y de la idea de libertad que inspira las normas de conflicto del CC español en la materia, por lo que no se excluye que hubiera de considerarse contraria al orden público del foro si: a) no se ha contado en absoluto con la voluntad de los cónyuges (bastaría su no oposición, como en el art. 7 del convenio de La Haya de 1978 o en el art. 55 de la ley suiza de derecho internacional privado); b) no

<sup>150</sup> Así, *British Columbia Supreme Court*, sentencias en *Nathoo v. Nathoo* (1996) y en *M.N.S. v. M.N.S.* (2004), en las que aplica cumulativamente la ley canadiense y la islámica, sumando ventajas y pagos en favor de la esposa, con resultados desproporcionados.

<sup>151</sup> Cualquier norma o resolución que incluya la consumación del matrimonio como uno de los elementos del supuesto de hecho tiene desde luego bastantes posibilidades de violar el derecho a la intimidad y por lo tanto contrarias el orden público.

<sup>152</sup> Otra opinión en alguna jurisprudencia francesa. Véase el *Étude sur les régimes matrimoniaux...*, *op. cit.*, p. 129.

<sup>153</sup> La situación es similar en Portugal, donde el CC sienta la regla de la inmutabilidad de los acuerdos matrimoniales.

<sup>154</sup> Suiza, Francia: Ulteriores referencias en M. REVILLARD, «Les changements...», *op. cit.*, pp. 269 y 280 ss. En Quebec es el patrimonio familiar (definido en el art. 414 CC) el que se impone por haber sido mayoritariamente calificado en la jurisprudencia como efecto del matrimonio (art. 3089 CC: ley del domicilio) y no cuestión de régimen económico (art. 3123 CC, ley del domicilio en el momento del matrimonio).

se articula un sistema de inoponibilidad frente a los terceros (es a ellos a los que hay que proteger, no a los interesados)<sup>155</sup>.

Las mismas cautelas valen frente a sistemas de retroactividad de las modificaciones.

48. La idea de igualdad entre los cónyuges y la prohibición de disponer de bienes ajenos comporta la imposibilidad de reconocer un cambio unilateral de régimen económico si la ley reguladora concede este poder sólo a uno de los cónyuges o si el procedimiento seguido no ofrece garantías suficientes para poder controlar que no haya abuso de uno frente al otro. El modelo alemán de transformación de un sistema de comunión a uno de separación es perfecto, en la medida en que se somete al control judicial y responde a razones legalmente establecidas<sup>156</sup>. Otro tanto dígame de la modificación del régimen que opera de pleno derecho cuando concurren circunstancias objetivas, como en el art. 188 del CC suizo o el 191 del italiano: La quiebra de uno de los cónyuges provoca el cambio a régimen de separación<sup>157</sup>. No es objetable en fin la modificación instada por un solo cónyuge y concedida por el juez: Salvo prueba en contra, hemos de aceptar que se ha instaurado un proceso con igualdad de armas y que el procedimiento ha sido impecable.

Para proteger a los terceros, algunos sistemas exigen la homologación previa del juez de los acuerdos de modificación del régimen económico conyugal, sea total o parcial, con la correspondiente constancia registral del cambio. Es el caso del sistema francés<sup>158</sup>. Hasta que no sea aprobado, el acuerdo no tiene efectos frente a terceros. Si posteriormente los cónyuges quieren volver a cambiar y continúa siendo aplicable un sistema que contiene cautelas análogas, podrán hacerlo en España siempre que nuestros tribunales sean competentes. Lo que nos interesa subrayar es que no tendría sentido exigir que la decisión previa de homologación tenga que pasar por el trámite previo de reconocimiento y ejecución judicial, en la medida en que de lo que se trata no es de atribuirle efectos sino sólo usarla como punto de partida para deducir un estado de cosas y modificarlo. Sería la misma situación que hemos descrito antes a propósito de la modificación de la pensión. La resolución extranjera es sólo un documento. Idéntica consideración –e idéntica falta de exigencia de *exequatur*– debe tener: a. La sentencia que declare inoponible a los terceros el cambio de régimen, cuando éstos quieran hacerla valer en España (así por ejemplo, art. 438.3 del CC de Quebec<sup>159</sup>); b. La decisión extranjera que acredite que un determinado régimen ha estado vigente durante los años necesarios para poderlo abandonar y elegir otro<sup>160</sup>.

### III. A modo de conclusión

49. Unificar una materia como la de los efectos patrimoniales del matrimonio no es ni bueno ni factible. La situación ideal vendría caracterizada por tres líneas de construcción: Libertad de los cónyuges para elegir el modelo de organización que más se ajuste a sus necesidades, y para cambiarlo si es necesario; información a los terceros del modo en que el matrimonio afecta la responsabilidad negocial de los esposos; máxima fluidez en la circulación de resoluciones. En este punto es ilusorio pensar que se puede prescindir del trámite del *exequatur* en la materia relaciones económicas entre cónyuges, aunque

<sup>155</sup> Como subraya el Grupo Monasier en su respuesta al libro verde, es imprescindible que se tenga conciencia de la mutabilidad, que sólo podría admitirse en condiciones de clara radicación de los esposos en el nuevo país (vínculos más estrechos), debiendo organizarse un sistema de información a éstos.

<sup>156</sup> Véanse los §§ 1385, 1386, 1388, 1447-1449 y 1470 del *BGB*.

<sup>157</sup> En el art. 1393 CC es, recuérdese, a instancia de parte (en general, art. 77.2 LC –en el proyecto era automático–; la norma presenta un problema por el eventual desajuste entre la ley del régimen económico y la del concurso. No parece que pueda imponerse ésta sobre aquella cuando no prevea el concurso como causa de modificación: por ejemplo, en España, en Cataluña y Valencia).

<sup>158</sup> Por supuesto, no vinculan al juez español del *exequatur* los plazos establecidos en la legislación francesa para dictar una sentencia decretando la separación de bienes (un mes desde la publicidad de la demanda, arts. 1292 ss. *Code de Procédure Civile*).

<sup>159</sup> En España señala la necesidad de declaración judicial de inoponibilidad a terceros de buena fe en caso de cambio fraudulento la STS 19 de febrero de 1992.

<sup>160</sup> Art. 1397 CC francés (dos años). La misma solución en Luxemburgo. En Holanda el plazo es un año.

se puedan prever diversos sistemas, uno para Estados de la Unión y otro para Estados terceros<sup>161</sup>. No está maduro ni siquiera en el espacio europeo: Contenidos desconocidos, extraños, inasumibles por razones materiales, contrarios al orden público, aconsejan el mantenimiento de mecanismos de salvaguarda de los sistemas nacionales.

**50.** Resulta imprescindible asegurar la coherencia entre los instrumentos que regulan sectores vecinos (régimen económico, sucesiones, crisis matrimoniales, alimentos). No cabe duda de que en el Derecho de la UE se terminará por satisfacer esa exigencia, pero hoy por hoy el sistema globalmente considerado no garantiza el tratamiento unitario y uniforme de situaciones complejas, de modo que una misma decisión extranjera puede ser objeto de un convenio bilateral, de las normas de la LEC(A) y de los reglamentos comunitarios. Lo malo no es la multitud de fuentes; lo malo es la falta de sinergia. Queda augurar que el legislador español sepa reaccionar y moldear el sistema autónomo sobre la base del entramado armónico que incorporarán los reglamentos comunitarios.

---

<sup>161</sup> Cfr. M. PERTEGÁS, «Recognition and Enforcement of Judgments in Family and Succession Matters», en MALATESTA/BARIATTI/POCAR, *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, Padua, 2008, p. 186.

# GENTLEMEN'S AGREEMENTS Y CONTRATOS DE FINANCIACIÓN INTERNACIONAL

M<sup>a</sup> PILAR DIAGO DIAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Zaragoza*

Recibido: 14.01.2012 / Aceptado: 20.01.2012

*Proestat in egestate vivere, quam inhoneste* (Adagio latino)

**Resumen:** Los *Gentlemen's Agreements* son incorporados en las Cartas de Patrocinio elaboradas, especialmente, en el ámbito del mundo anglosajón. Cuando ello ocurre y se producen reclamaciones que tienen por objeto éstas garantías personales (utilizadas profusamente en la negociación internacional del crédito), se requiere un planteamiento particular y adecuado desde la Ciencia de los conflictos de leyes. En este estudio se hace un acercamiento a esta difícil y escasamente tratada cuestión. Se elabora, además, un protocolo de actuación que tiene por finalidad facilitar, al operador jurídico, el análisis de las cuestiones de DIPr. a las que una demanda judicial siempre dará lugar.

**Palabras clave:** pactos entre caballeros, pactos de honor, cartas de patrocinio, lettres de patronage, garantías internacionales.

**Abstract:** Sometimes, the Comfort Letters incorporate Gentlemen's Agreements especially in the Anglo-Saxon World. In these cases and when legal claims are made on the basis of these personal guarantees (frequently used in the negotiation of international credits), a particular and proper approach from the field of legal systems conflicts is required. This paper makes an approach to this difficult and barely studied question. It includes a protocol of action with the objective of facilitating to the practitioner of the Law the analysis of the questions of Private International Law involved in a legal claim.

**Key words:** engagement d'honneur, binding in honour only, gentlemen's agreements, comfort Letters, Rome I Regulation, international guarantees.

**Sumario:** I. La negociación internacional del crédito y las Cartas de Patrocinio. II. Los *Gentlemen's Agreements* contenidos en las Cartas de patrocinio internacionales. 1. La garantía basada exclusivamente en el honor del patrocinador. Los *Gentlemen's Agreement*. 2. Posibilidad de garantías no exigibles ante los tribunales (garantías extrajurídicas). 3. Reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio exclusivamente en el honor del patrocinador. Litigios internacionales. 4. Caso específico. La reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinador (*binding in honour only*) y la elección de Ley aplicable a la garantía. III. Protocolo de actuación: Carta de Patrocinio que contiene un compromiso recepticio de la sociedad patrocinadora basado en un pacto de honor. 1. Descripción del supuesto fáctico. 2. Presunto incumplimiento del compromiso de honor por parte de la sociedad patrocinadora y admisión de la demanda judicial que reclama su cumplimiento. 3. Calificación contractual de las Carta recepticias, que contienen un pacto de honor, en el DIPr. de la UE. 4. Competencia judicial internacional: Reglamento Bruselas I. A) Consideraciones generales. B) Especial referencia a las Cartas de Patrocinio recepticias de contenido complejo y mixto. 5. Ley aplicable: Reglamento Roma I. IV. Anexo.

## I. La negociación internacional del crédito y las Cartas de Patrocinio

1. Una economía de mercado de dimensiones mundiales necesita financiación. El crédito permite la expansión de las empresas con ideas nuevas y proyectos rentables y ello reactiva la economía al potenciar el incremento de la creación de empleo, el crecimiento empresarial y, en consecuencia, el crecimiento de todo el tejido económico mundial. Obtener la necesaria financiación constituye un presupuesto del funcionamiento de toda empresa. La economía del siglo XXI es una economía mundial, internacional por definición. Por tanto, las opciones de obtener financiación se han multiplicado de manera exponencial. El mercado de crédito es, ahora, un mercado mundial y las tácticas a seguir en la transacción internacional de aquel, se han convertido en estrategias nucleares de la gestión empresarial.

2. No obstante, la negociación del crédito es muy compleja. Una financiación de calidad precisa „seguridad del crédito« y esa seguridad comporta un coste añadido que el acreedor debe asumir. La búsqueda de la seguridad es, precisamente, la finalidad última a la que se orientan todas las garantías. Ello explica, igualmente, la generación de diversas figuras jurídicas cuya objetivo es la protección del crédito suministrado por el financiador.

3. El complejo entorno económico y empresarial, generado por la integración mundial de los mercados nacionales, precisa instrumentos jurídicos que proporcionen una razonable seguridad a los intercambios patrimoniales. Requiere figuras jurídicas que reduzcan los eventuales efectos adversos de la internacionalización de las empresas.

En efecto, la expansión internacional mediante la inversión directa en el exterior sólo se justifica cuando se producen ventajas que permiten compensar la llamada «desventaja en el extranjero» (*liability of foreignness*<sup>1</sup>), fenómeno también conocido como «coste de operar en el extranjero» (*cost of doing business abroad*<sup>2</sup>). Las dificultades de todo género que suscita el proceso de internacionalización de las empresas deben poderse superar con la facilidad y el precio asociado suficiente como para hacer atractiva la inversión.

La expansión internacional de las empresas requiere, por tanto, neutralizar las desventajas que entraña la implantación en mercados extranjeros derivadas de la falta de conocimiento local, reputación y de relaciones sociales y jurídicas propias de los mercados de destino. Ello es posible a través de las llamadas «ventajas competitivas» que derivan de la experiencia, conocimiento y otros activos intangibles acumulados en el país de origen de la empresa que se expande y que son capaces de producir beneficios en el país de destino<sup>3</sup>.

Dentro de esos activos intangibles, y aunque haya podido pasar desapercibida para los expertos en la llamada «teoría de la internacionalización»<sup>4</sup>, se halla la capacidad para generar seguridad y confianza. Estos valores pueden también formar parte de los activos intangibles del país de destino, lo que favorecerá, sin duda, la decisión última de inversión.

4. Las Cartas de Patrocinio constituyen una garantía personal de las operaciones de financiación, y en particular, de los préstamos monetarios proporcionados por las entidades de créditos. Se trata de

<sup>1</sup> S. ZAHEER, «Overcoming the liability of foreignness», *Academy of Management Journal*, vol. 38, 1995, pp. 341-363.

<sup>2</sup> S.H. HYMER, *The International operations of national firm: a study of direct foreign investment*, Cambridge MA, MIT Press, 1960/1976.

<sup>3</sup> V. Este planteamiento propio de la Teoría de la internacionalización en C. LÓPEZ DUARTE / E. GARCÍA CANAL «Valoración bursátil de los anuncios de inversión extranjera: el impacto del modo de entrada» en *Revista española de financiación y contabilidad*, vol. XXXVI, n° 134, abril-junio 2007, pp. 291-316. Estos autores explican como «la razón por la que la posesión de esos activos conduce a la inversión directa en el exterior por parte de la empresa radica en que la naturaleza intangible de los mismos convierte al mercado en una alternativa poco eficiente para su transferencia, debido a los elevados costes de transacción. Esta circunstancia fuerza a la empresa a explotar tales activos directamente en el extranjero a través de la inversión directa, internalizando los mercados internacionales de activos intangibles» (p. 293).

<sup>4</sup> P.J. BUCKLEY / M. CASSON *The future of the multinational Enterprise*, McMillan, London, 1976; D.J. TEECE, «Technology transfer by multinational firms: The resource cost of transferring technological Know-how», *Economic Journal*, 1977, vol. 87, pp. 242-261 J. F. HENNART *A Theory of Multinational Enterprise*, University of Michigan Press, Ann Arbor, Michigan 1982.

una garantía atípica, conocida como tal, en la mayoría de los Derechos estatales<sup>5</sup>. Esta garantía responde a las necesidades de seguridad del tráfico económico y es utilizada con especial preferencia a otro tipo de garantías personales. El carácter flexible de esta figura le ha permitido adaptarse al cambiante entorno económico y financiero, que ha pasado en relativamente poco tiempo de una expansión sin precedentes, a una importante crisis mundial<sup>6</sup>.

La Carta de Patrocinio puede definirse, en este contexto, como una garantía atípica que recoge declaraciones de contenido variable y cuya finalidad es generar la suficiente confianza en una entidad crediticia como para conseguir financiación por parte de ésta y en favor de la sociedad patrocinada.

Los expertos en Derecho económico internacional afirman, con una práctica unanimidad, que el origen de esta especial garantía se encuentra en el ámbito comercial anglosajón y, más en concreto, en la práctica bancaria estadounidense<sup>7</sup>. Su utilización es antigua y la jurisprudencia anglosajona señala los años sesenta del pasado siglo, como el momento en que comienzan a utilizarse<sup>8</sup>. En el ámbito continental la doctrina jurídica se hace eco de su utilización a mediados de los años sesenta, si bien las primeras decisiones jurisprudenciales datan de los años ochenta. En la práctica jurisprudencial española, hay que esperar a 1985 para que el Tribunal Supremo se pronuncie por primera vez en torno a las Cartas de Patrocinio<sup>9</sup>.

Desde que llegan a Europa, y tal y como ya sucedía en los países de *Common Law*, las Cartas de Patrocinio se convierten en una práctica financiera habitual, que llega a desbancar al resto de garantías personales y muy en especial, a la fianza<sup>10</sup>. Su habitual utilización en la práctica ha alcanzado tal relieve que ha motivado, en Francia, una regulación de nuevo cuño a través de una reciente reforma del Código Civil de dicho país<sup>11</sup>.

5. Las Cartas de Patrocinio presentan una fuerte dimensión internacional. Es más, no se entienden correctamente fuera del escenario de la economía internacional. Resulta, por tanto, cuanto menos curioso que, frente a la riqueza de análisis jurídico que la doctrina mercantilista española y extranjera ha dedicado a esta figura, los estudios que ha suscitado en el ámbito del DIPr. sean muy escasos<sup>12</sup>.

6. Ya desde su irrupción en el panorama legal de la financiación internacional se han detectado serios problemas de definición jurídica y económica de estas Cartas de Patrocinio. Estos problemas de definición se verifican no sólo en relación con el concepto de las mismas, sino que se manifiestan, incluso, a nivel terminológico, pues no existe una denominación única para designar a esta figura.

En inglés se utilizan los términos «*Comfort Letter*», «*Letter of Awarenesses*», «*Letter of Intent*», «*Letter Of recognizance*», «*Letter of Responsibility*»; en italiano «*lettere di gradimento*» y «*lettere*

<sup>5</sup> A. L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Las garantías contractuales (fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)», en AA.VV., *Contratos Internacionales*, Madrid 1997, pp. 1186-1274.

<sup>6</sup> Frente a ella, la UE ha reaccionado con la Estrategia Europa 2020 o UE 2020 que es una Programa de medidas que presentó la Comisión Europea el 3 de marzo de 2010 y que viene a sustituir a la Estrategia de Lisboa, con la finalidad de dar respuesta a la crisis económica actual. El 7 de junio de 2011 la Comisión adopto recomendaciones específicas para cada uno de los 27 países de la UE, más una recomendación para la zona del euro en su conjunto con el objeto de asistir a los Estados miembros en la puesta a punto de su política económica y social y permitirles alcanzar buenos resultados en materia de crecimiento, empleo y finanzas públicas. Para el seguimiento de UE 2020 v. [http://ec.europa.eu/europe2020/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm) Para un acercamiento general a la crisis económica en España v., por todos, J. M. SERRANO SANZ *De la crisis económica en España y sus remedios*, Zaragoza 2011.

<sup>7</sup> V. entre muchos otros estudios A. BRUYNELL, «L'évolution du droit des sûretés» en AA.VV., *Les Sûretés*, Colloque de Bruselles des 20 et 21 octobre 1983, Paris, 1984, p. 23 ; SEGNI, «La 'lettre de patronage' come garanzia personale impropria», *Rivista di Diritto Civile*, 1975. I. p. 126 y ss., en especial p. 128; como excepción v. VALENZUELA, «La 'seriedad' de las llamadas cartas de patrocinio», *Revista de Derecho Mercantil*, 1987, n° 185-186, p. 347 y ss., en concreto p. 360.

<sup>8</sup> Caso *Banque Brussels Lambert SA v. Australian national Industries LTD v. PUGH-THOMAS* «Letters of Confort Revisited: Australia and England Diverge», *JIBL*, 1990, vol. 5, p. 340 y ss., en especial p. 342.

<sup>9</sup> STS Civil 16 septiembre 1985.

<sup>10</sup> «... elles couvrirent rapidement la totalité du spectre des engagements, de l'infraconditionnement à l'ultra-obligation de faire» (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C.H. MOULY y P. PÉTEL, *Droit des Sûretés*, 9<sup>a</sup> ed., Paris 2010, n° 555).

<sup>11</sup> V. art. 2287-1 y art. 2322. La reforma se debe a la Ordonnance n° 2006-346 de 23 marzo 2006 relativa a las *sûretés*.

<sup>12</sup> Frente a esta realidad resulta clara la reflexión de PETTI que no se explica la falta de atención hacia la dimensión internacional de las Cartas de Patrocinio, PETTI, *La fideiussione e la garanzia personali del crédito*, Padova, 2000, en concreto p. 559.

*di patronage*»; en neerlandés se conocen como «*patronaatsverklaring*»; en alemán se suele hablar de «*Patronatserklärung*»; en francés se alude a la «*lettre de confort*», «*lettre d'intention*», «*lettre de patronage*»; en español se emplea el nombre «letras de intención», «declaraciones de patrocinio», «cartas de patrocinio» e incluso «cartas de recomendación».

En ocasiones, los autores han mostrado su preferencia por un término u otro en la medida en que se les relacionaba con aspectos concretos de la garantía. Valga como ejemplo, en Derecho francés, la sutil diferencia aportada por I. NAUAR entre la *lettre de confort* que contiene un compromiso jurídico y la *lettre d'intention* que no lo contiene<sup>13</sup>. En Derecho mercantil español puede ser útil recordar las consideraciones de C. SUÁREZ GONZÁLEZ, que ha señalado que el termino «confort» hace referencia al punto de vista del Banco y se refiere a la misión de «asegurar», mientras que el termino «*patronage*» se refiere a la procedencia de una sociedad matriz, siendo éste el motivo por el que la Carta se expide y por el que se produce dicha seguridad<sup>14</sup>.

En realidad, las diferencias terminológicas no son sino una representación más, de los problemas de definición que se producen al nivel del contenido de las Cartas de Patrocinio, que es extraordinariamente diverso. En efecto, la heterogeneidad de declaraciones que pueden contener las Cartas dificulta sobremanera la articulación de una definición correcta, la elaboración de una clasificación e incluso la elección del nombre que sería más adecuado emplear.

Todo ello es debido, en parte, a que las Cartas de Patrocinio, „letras de confort«, „declaraciones de patrocinio« o como quiera que sean nombradas, constituyen la representación más acabada de la autonomía de la voluntad y autocomposición de intereses privados en el ámbito del Derecho de las Garantías. No obstante y pese a todas estas dificultades, debe observarse que en todos y cada uno de estos términos empleados para designar las Cartas de Patrocinio subyace, en su esencia, la idea-fuerza de seguridad, protección, bienestar, confianza y ése es el corazón mismo de esta garantía personal.

7. Las Cartas de Patrocinio aparecen vertebradas por un neto carácter distintivo que permite diferenciarlas de cualquier otra garantía y que es la consecuencia de su principio inspirador: la autonomía de la voluntad de los particulares protagonistas de las operaciones de financiación.

Lejos de las formulas obsoletas y encorsetadas, así como de los requisitos que exige la válida constitución de la fianza y de la garantía a primera demanda<sup>15</sup>, las Cartas de Patrocinio crean una zona de libertad<sup>16</sup> para el emitente (patrocinador), que tiene en sus manos el poder de configurarla como desee. Por consiguiente, la libertad<sup>17</sup> y la flexibilidad son sus marcas características y son suficientemente atractivas como para explicar su éxito en el escenario internacional de la negociación del crédito en los mercados de financiación.

## II. Los *Gentlemen's Agreements* contenidos en las Cartas de patrocinio internacionales

### 1. La garantía basada exclusivamente en el honor del patrocinador. Los *Gentlemen's Agreement*

8. Una vez analizado el principio inspirador de las Cartas de Patrocinio, no debe causar sorpresa el que algunas de ellas contengan cláusulas conocidas como «pactos entre caballeros», *engagement d'honneur*, *binding in honour only* o *Gentlemen's Agreements*. El margen de libertad, que hunde sus raíces

<sup>13</sup> I. NAUAR, «L'autonomie de la lettre de confort», *D.* 1989, Chron., p. 217

<sup>14</sup> C. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las declaraciones de patrocinio. Estudio sobre las denominadas 'cartas de confort'*, Madrid, 1994, pp. 14 y 15.

<sup>15</sup> V., en especial, A. RODRIGUEZ BENOT, *La garantía independiente a primer requerimiento en el comercio internacional*, Madrid, 2004.

<sup>16</sup> Las letras de Patrocinio aparecen como «une zone de liberté, aux charmes de laquelle pourrait s'ajouter pour des amateurs d'ambigüité, un parfum d'aventure juridique compte tenu du flou de cette technique» (B. BAILLOD «*Les lettres d'intention*», *RTD Com.*, juillet/septiembre 1992, p. 547).

<sup>17</sup> Libertad que para algún autor podría poner en jaque los criterios de seguridad. V. A. BAC, «La lettre d'intention ou le dileme liberté/sécurité», *Droit&Patrimoine*, n° 67, janvier 1999, pp. 4952.

ces en la autonomía de la voluntad de los particulares implicados en las operaciones internacionales de financiación, resulta lo suficientemente amplio en éste ámbito como para que el compromiso que genera la Carta pueda fundarse en el «honor» del patrocinador.

La realidad que señala al Derecho de los negocios internacionales como campo poco propicio al romanticismo no impide, en modo alguno, que las Cartas de Patrocinio contengan compromisos o garantías exclusivamente basados en el honor y la palabra del patrocinador<sup>18</sup>.

Aunque pudiera parecer arcaico y quizás anacrónico, lo cierto es que el honor aparece en estos casos como fuente y medida de las obligaciones y es, entonces, cuando ciertos juristas, acostumbrados a garantías literales fundadas en obligaciones estrictamente jurídicas, resultan víctimas del desconcierto. Como señalara muy significativamente B. OPPETIT, «*l'expression semble désuète et détonne dans un monde contemporain peu enclin au romantisme et à la gratuité, épris de sécurité et d'efficacité*»<sup>19</sup>.

Las Cartas de Patrocinio, en efecto, recogen con extrema frecuencia, compromisos en cuya virtud el patrocinador garantiza con su honor, la existencia de una determinada situación comercial o jurídica o la realización de diversas prestaciones u operaciones comerciales por parte de dicho patrocinador. Las formulaciones que acogen éste tipo de «cláusulas de honor» son variadas y todas ellas suscitan en los expertos legales una misma pregunta:

**9.** ¿La voluntad así expresada puede producir el efecto de la exclusión inmediata del Derecho? Expresado con otras palabras: ¿la inclusión de tales formulas de «garantía basadas en el honor» puede generar la absoluta desvinculación del Derecho?

**10.** Varios ejemplos extraídos de la práctica de las transacciones internacionales del crédito pueden ilustrar cómo se presentan estos «pactos entre caballeros» o «compromisos de honor» contenidos en las Cartas de Patrocinio<sup>20</sup>: «*Nous n'avons pas l'intention de nous lier juridiquement*»/ «*Cette lettre ne peut être en aucune manière constitutive d'une obligation juridique*» / «*sans engagement quelconque de notre part*» / «*Je m'engage sur l'honneur*» / «*This is not a binding obligation*».

En numerosas ocasiones las formulas contienen un importante grado de ambigüedad, hasta el punto en que aquellas que vienen a asegurar el compromiso asumido por el honor del que se compromete, plantean dudas sobre si, en realidad, su efecto es el de solemnizar el mismo compromiso jurídico<sup>21</sup>. Se debería determinar, entonces, si tal cláusula se corresponde estrictamente a un *gentlemen's agreements* o se trata sólo de una mera formula de estilo que viene a otorgar más fuerza al compromiso jurídico asumido.

**11.** Cabe señalar además, que este tipo de clausulas se utilizan también, en otro nivel de negociación internacional. En concreto, el Derecho Internacional Público conoce la categoría de los acuerdos no vinculantes y diferencia los *gentlemen's agreements* y los pactos que carecen de todo valor jurídico<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> G. LAGARDE, «Le droit des affaires, droit sentimental?», *Mélanges Savatier*, Dalloz, 1965, p. 491 y ss., en especial p. 510.

<sup>19</sup> B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», *Recueil Dalloz*, 1979, pp. 107-116.

<sup>20</sup> V. referencia a estas cláusulas en M. COIPEL, «L'aspect moral des lettres de patronage», en AA.VV., *Les lettres de Patronage*, FEDUCI, Paris, 1984, pp. 23-38, en especial pp. 35 y 37.

<sup>21</sup> B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», *Recueil Dalloz*, 1979, pp. 107-116, en especial p. 113.

<sup>22</sup> El Derecho Internacional Público también conoce la peculiar categoría de los acuerdos no vinculantes que pueden resumirse tal y como señala las Conclusiones del Sr. Tesauro en el Asunto C- 327/91 (16 diciembre 1993, I-3643 a I- 3665) en dos supuestos básicos: los «gentlemen's agreements», que en ocasiones pueden cobrar un gran valor político e incluso estar dotados de un mecanismo de control internacional para su observancia y los «pactos» destinados a consolidar orientaciones o líneas de conducta en determinados sectores, pero que carecen de todo valor jurídico, como a menudo manifiesta la explícita voluntad de las partes v. I- 3654 y en especial O. SCHACHTER, «The twilight existence of nonbinding international agreements», *American Journal of International Law*, 1977, pp. 296 y ss. y M. VIRALLY, «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique», *Annuaire de l'I. D. L.*, Session de Cambridge, vol. 60-1, 1983, pp. 166 y ss., en particular pp. 212 y ss.

## 2. Posibilidad de garantías no exigibles ante los tribunales (garantías extrajurídicas)

12. Como ha subrayado L. Díez-PICAZO, esta situación obliga al jurista a reflexionar sobre una cuestión clásica: ¿todas las acciones del hombre en sociedad deben quedar sujetas al Ordenamiento jurídico, o por el contrario, existen ciertos conflictos económicos o sociales cuya solución debe permanecer al margen del Derecho?<sup>23</sup>

13. Desde la perspectiva del Derecho material español cabe preguntarse, en esta línea, si es posible la exclusión de la juridicidad de los compromisos reflejados en una Carta de Patrocinio sobre la base concreta del art. 1255 del Código Civil que establece que los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

La argumentación positiva se sustentaría en que la autonomía de la voluntad que en él se recoge, autorizaría a excluir el compromiso de la normativa jurídica (lo que en Derecho italiano se ha dado en llamar *intento giuridico negativo*<sup>24</sup>) y se situaría, entonces, en un nivel diferente de autorregulación<sup>25</sup>. Conviene tener en cuenta, al respecto, que en el mundo de los negocios el respeto a la palabra dada, es un principio esencial<sup>26</sup>. Si las partes han pactado que el compromiso asumido no es jurídico, dicho carácter debería, en principio, respetarse.

Por el contrario, ciertos autores estiman, sin embargo, que debe quedar fuera de la capacidad de las partes otorgar irrelevancia jurídica a sus acuerdos, como ha indicado DE CASTRO MARTÍN<sup>27</sup>. Esta posición se sitúa en la línea seguida por B. OPPETIT<sup>28</sup> y J. GUESTIN<sup>29</sup>, autores que han señalado que, en realidad, no existe obligación de respetar la voluntad de las partes de situar sus compromisos en un campo extrajurídico. El juez puede reintegrar tales compromisos en la esfera jurídica de las obligaciones, pese a que las partes las hubieran situado en el ámbito no jurídico. Posición que a su vez, no comparte L. JARDIN en la doctrina belga, que recuerda que «la volonté de se situer en dehors du droit est précisément une des raisons pouvant justifier le recours à la lettre de patronage»<sup>30</sup>.

14. En otros contextos jurídicos, como es el norteamericano, se reconoce a las partes la posibilidad de excluir la fuerza obligatoria de sus acuerdos<sup>31</sup>. En un sentido parecido, en el Derecho Inglés se arranca del principio de que el Derecho no se impone allí donde las partes han querido descartarlo, y así se admite el que los «pactos entre caballeros» se sitúen en el plano del honor, cuando haya una manifestación clara en el sentido señalado<sup>32</sup>.

Resulta interesante recordar en este punto el asunto *Kleinworth Benson Ltd. V. Malaysia Mining Corporation Berhard*<sup>33</sup> que gira en torno, precisamente, a la consideración que merece una Carta de Patrocinio en una negociación internacional de crédito. El supuesto de hecho era el siguiente: La banca inglesa *Kleinwort Benson* concede un préstamo a una sociedad inglesa *Metals Ltd.* En el origen de la negociación el banco inglés había solicitado a la sociedad madre *Malaysia Mining* (empresa pública constituida conforme a las leyes de Malasia), una *guarantee* a la que se negó, si bien aportó una Carta

<sup>23</sup> L. Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, pp. 15 y ss.

<sup>24</sup> A. CHECCHINI, *Rapporti non vincolanti e regola di correttezza*, Padua, 1977, p. 130.

<sup>25</sup> V. por todos estas consideraciones en C. SUÁREZ GONZÁLEZ, *Las declaraciones de patrocinio. Estudio sobre las denominadas 'cartas de confort'*, Madrid, 1994, pp. 62-82.

<sup>26</sup> G. ROBIN, «The Principle of good faith in International Contracts», *RDAl/IBLJ*, nº 6, 2005, pp. 695-727.

<sup>27</sup> J.L. DE CASTRO MARTÍN, *Las Cartas de Patrocinio*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1991, p. 120

<sup>28</sup> V., en especial, el análisis que el autor realiza de las Cartas de Patrocinio (B. OPPETIT, «L'engagement d'honneur», *Revue Dalloz*, 1979, pp. 107-116, en especial pp. 109 y 110).

<sup>29</sup> J. GHESTIN, «L'utile et le juste dans les contrats», *Dalloz* 1982, pp. 1 a 10, en concreto p. 7.

<sup>30</sup> L. JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, pp. 43 a 55, concretamente p. 47.

<sup>31</sup> V., en general, J. SCHMIDT, «Les lettres d'intention», *RDAl/IBLJ* nº 3/4, 2002, pp. 257-270.

<sup>32</sup> M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters in English Law and Practice», *RDAl/IBLJ*, 1994-5, pp. 527-542, en especial pp. 529 a 531.

<sup>33</sup> *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd. Court of Appeal, Civil Division 1989 W.L.R 394*

de Patrocinio que fue aceptada y que, entre otras previsiones, establecía que: «*It is our policy to ensure that the business of M.M.C. Metals Ltd. is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements*». Pues bien, el litigio se planteó respecto de la interpretación de ésta cláusula<sup>34</sup>. Se trataba en esencia de establecer si, en realidad, tenía o no, carácter contractual, pues la Sociedad madre parece que sólo había asumido un compromiso moral. La aplicación del Derecho material inglés trajo como consecuencia que en apelación el Tribunal afirmase el Derecho de las partes a no obligarse jurídicamente y situar, por voluntad propia, su nivel de compromiso en la esfera de la responsabilidad moral<sup>35</sup>.

Como recuerda M. ELLAND-GOLDSMITH, la solución no hubiera sido la misma de resultar aplicable otro Derecho material y más en concreto, cuando el Tribunal hubiera podido hacer otra interpretación diferente de la voluntad de las partes<sup>36</sup>. En este sentido se puede observar la distinta argumentación que siguió el Tribunal australiano en el asunto *Banque Brussels Lambert S.A v. Australian National Industries Ltd.*<sup>37</sup>

En este caso, la Carta de Patrocinio fue dirigida por *Australian National Industries* a un banco belga *Brussels Lambert* y tenía como finalidad patrocinar a su sociedad *Spedley Ltd* que quería obtener 5 millones de dólares del banco. Entre otras declaraciones, la Carta contenía la siguiente: «*We take this opportunity to confirm that it is our practice to ensure that our affiliate Spedley Securities Limited, will at all times be in a position to meet its financial obligation as they fall due. These financial obligations include repayment of all loans made by your Bank under the arrangements mentioned in this letter*».

Se cuestiona si la Carta entrañaba una mera obligación moral (como así se determinó en la Sentencia *Kleinworth Benson Ltd. V. Malaysia Mining Corporation Berhard*) o, por el contrario, se trataba de una promesa contractual y había, por tanto, lugar a exigir el cumplimiento jurídico de lo acordado.

En este caso, la interpretación que hace el juez de la intención de las partes fue diferente. Concluye que el carácter promisorio de la Carta era claro y se corresponde con un compromiso de su emisor, equivalente a una promesa de hacer. Esta misma línea de razonamiento se continuó en la decisión del año 2004 relativa al asunto *Gate Gourmet Australia Pty Limited v Gate Gourmet Holding AG*<sup>38</sup>.

**15.** Es evidente que en el contexto de estos sistemas jurídicos, el tenor literal de la cláusula es importante, pero también lo son el resto de circunstancias que rodean a la emisión de aquella y la interpretación que se desprende de las acciones de las partes<sup>39</sup>. De ahí que sea tan importante que el «pacto entre caballeros» sea redactado de tal forma que no de lugar a dudas sobre su existencia.

**16.** Resulta evidente que del tratamiento, jurídico o no, que se otorgue al «pacto de honor», dependerá el tratamiento mismo que reciba la Carta de Patrocinio que lo contiene. De manera que si se acepta la exclusión de la jurisdicción efectuada por las partes (como ocurre en la Sentencia inglesa analizada), todos los compromisos contenidos en la Carta de Patrocinio se sitúan en una esfera extrajudicial, de manera que no existiría entonces posibilidad de atender reclamaciones por vía judicial.

<sup>34</sup> V. un acercamiento a esta Sentencia en FISHER, «Comfort Letter and their legal status», *Journal of Int. Bank Law*, 1988, pp. 215-221; I. BROWNS, «The letter Of comfort: Placebo or Promise», *Journal Of Business Law*, 1990, pp. 281-291; L. MULCAHY, *Contract Law in perspective*, USA and Canada, 2008, en concreto p. 78 y v. igualmente el análisis que hace de éste asunto L. JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, y M. ELLAND-GOLDSMITH, «Comfort Letters in English Law and Practice», *RDAL/IBLJ*, 1994-5, pp. 527-542, en concreto pp. 534-536.

<sup>35</sup> En concreto el Tribunal señaló muy significativamente «If my view of this case is correct, the plaintiffs have suffered grave financial loss (...) The defendants have demonstrated, in my judgment, that they made no relevant contractual promise to the plaintiffs which of the decision of the defendants to repudiate their moral responsibility are not matters for this court». V. final de la Sentencia.

<sup>36</sup> V. ref. anterior p. 537 y la comparación con el Derecho australiano en un supuesto muy parecido al analizado en el que la Carta era dirigida por la Sociedad *Australian National Industries* a la Banca *Brussels Lambert*.

<sup>37</sup> *Banque Brussels Lambert S.A v. Australian National Industries Ltd.* (1989) 21 NSWLR

<sup>38</sup> Asunto *Gate Gourmet Australia Pty Limited v Gate Gourmet Holding AG* [2004] NSWSC 149

<sup>39</sup> M. RICHES señala que pese a tales decisiones: «Letters of comfort may be preferable if the provision of a guarantee or indemnity is restricted or creates tax or regulatory issues, however they must be carefully drafted and the circumstances have to indicate clear reliance and an intention to ensure the letter of comfort is enforceable. We may therefore have to rely on the mullet and an ageing Cold Chisel to relive the halcyon days of the 1980s.» (M. RICHES «Revival of the letter of comfort», *Clayton UTZ*, August 2004).

17. Por otra parte, es muy importante retener que la exclusión de la jurisdicción no implica la absoluta falta de efectos del incumplimiento de un pacto de honor. Una reflexión pausada del campo de actuación de las Cartas de Patrocinio, resulta reveladora de lo inapropiado de los planteamientos que las hacen equivaler a mero «papel mojado»<sup>40</sup>.

18. Uno de los objetivos esenciales que se persiguen con las Cartas de Patrocinio es el de proporcionar la máxima seguridad al menor coste posible. Ello se logra mediante la utilización de la reputación de la empresa patrocinadora. El prestigio en el ámbito de los negocios y, singularmente, en el ámbito de los negocios internacionales, constituye una clave fundamental para el buen funcionamiento de las empresas, hasta el punto en que tratarán por todos los medios de evitar cualquier impacto negativo en dicho prestigio<sup>41</sup>.

Del buen nombre de una empresa depende, en una parte muy considerable, su buen funcionamiento y esta realidad es sobradamente conocida por la entidad bancaria que concede el crédito a la filial, justamente por «el efecto contagio» del prestigio de la Sociedad madre que la patrocina.

Cabe señalar, entonces, que la exclusión del Derecho no significa la exclusión de todas las consecuencias en caso de incumplimiento. Se trata más bien de la inclusión de la Carta de Patrocinio en otra esfera que tiene sus propias normas y de la que emana una autorregulación lo suficientemente efectiva, como para que no sea frecuente el planteamiento de demandas en vía judicial.

Desde ésta perspectiva, la pregunta antes formulada encuentra una respuesta adecuada, basada en esa otra esfera o dimensión. Es indudable que existen ámbitos sociales y comerciales en los cuales las partes atenderán a lo convenido, sin necesidad de que las normas jurídicas intervengan de modo coactivo y necesario. Si las partes han indicado que una Carta de Patrocinio contiene, exclusivamente, compromisos basados en el honor y en la palabra dada, así será y el Derecho quedará excluido, abriéndose entonces la puerta a esa otra esfera extrajurídica en la cual el honor es el valor superior a preservar.

No obstante, el problema se produce cuando, incluso en presencia de este tipo de Cartas de Patrocinio que contiene exclusivamente „pactos entre caballeros«, uno de sus intervinientes, y frecuentemente el receptor de dicha Carta, la entidad de crédito, presenta una demanda ante los tribunales de un Estado basada en el presunto incumplimiento de alguno de los „compromisos de honor« que tal Carta contenía o fundada en la presunta inexactitud de alguna de las informaciones que en ella se vertían por parte del patrocinador, o bien asentada en un combinado de ambos motivos.

En tales supuestos, no se tratará de determinar la responsabilidad contractual o extracontractual en la que en su caso, haya incurrido el emitente de la Carta. Se tratará, primeramente, de concretar si los pactos o compromisos basados en el honor de la sociedad patrocinadora tienen relevancia jurídica y son, en su caso, aptos para generar algún tipo de responsabilidad legal. Tal y como señala J.P. MATTOU, «*quelle est la portée de l'engagement c'est-à-dire si tout ceci a un sens ou si ce ne sont que des bonnes paroles*»<sup>42</sup>.

19. Obsérvese que, cuando la Carta de Patrocinio contiene un «pacto de honor» y la entidad de crédito concede finalmente la financiación, aceptando esa garantía, se ha de entender que también aceptó el pacto entre caballeros que aquella establecía. Si con posterioridad la entidad de crédito presenta una demanda ante los tribunales de justicia de un concreto Estado, entonces es evidente que lo que se ha producido en una ruptura unilateral de tal pacto. En estos supuestos, lo que se debe determinar, por consiguiente, son los efectos jurídicos que genera la ruptura del pacto entre caballeros.

<sup>40</sup> Valga como ejemplo las consideraciones que hacía A. CARRASCO PERERA «Cuidado con las Cartas de Patrocinio intragrupo» (Gómez Acebo&Pombo Abogados 2005): «Todo el mundo sabía que estas declaraciones servían para algo aunque nadie sabía muy bien para qué... prevalecía el entendimiento de que estas cartas no tenían valor, con lo que podían intercambiarse como cromos, sin que el acreedor destinatario dejase de estar medianamente satisfecho con la 'palabra de caballero' que la carta incorporaba». V. diferentes opiniones doctrinales en J.C. ESPIGARES HUETE, «La incertidumbre sobre las cartas de patrocinio en la práctica financiera», *Revista de Derecho Mercantil*, n° 275, enero-marzo 2010, pp. 127-194.

<sup>41</sup> El negocio de la compra-venta de diamantes es un buen ejemplo de ello v. M<sup>a</sup> P. DIAGO DIAGO «El comercio internacional de diamantes: Sistema de certificación del Proceso Kimberley» en *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* vol. 1 n° 1 2009 p. 72 a 91 <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/69/67>

<sup>42</sup> M. J-P MATTOU en *Débats, Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, années 1993-1994 1994-1995, Paris, 1996, p. 155.

20. En los supuestos internacionales, la cuestión de saber si los compromisos contenidos en la Carta de Patrocinio son o no extrajurídicos, así como la cuestión, relativa a los efectos de la ruptura del pacto entre caballeros, constituyen cuestiones de „segundo escalón«. Esto es, la Ley estatal aplicable a la concreta Carta de Patrocinio, es la que ofrecerá la solución material final a los problemas planteados. Por tanto, será la Ley aplicable al supuesto concreto la que indicará si la ruptura del pacto produce efectos y si, finalmente, el compromiso asumido debe quedar en el ámbito social y reputacional del honor o si, por el contrario, puede generar, en el caso de ser incumplido, una acción amparada por el Derecho para reclamar su cumplimiento coactivo ante los tribunales de Justicia de un Estado.

### 3. Reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinador. Litigios internacionales

21. Ahora bien, desde el punto de vista del DIPr., desde la perspectiva del „primer escalón«, cabe preguntarse si un tribunal de un concreto Estado ante el que se presenta una demanda que exige el cumplimiento de un „compromiso de honor« contenido en una Carta de Patrocinio, podría, simplemente, „no admitirla« en un supuesto de litigación internacional con el argumento de que la pretensión es „extrajurídica«. Esto es, el problema que se suscita entonces, es si el tribunal podría basarse en el carácter „no jurídico« del pacto de honor que contiene la Carta de Patrocinio, para no admitir la demanda.

22. Para solucionar esta cuestión, debe partirse de la calificación procesal que merece la admisión de la demanda en los litigios internacionales. En efecto, la admisión o, en su caso, inadmisión de una demanda, es una cuestión procesal que debe regirse por ende, por la *Lex fori*, puesto que *Lex Fori Regit Processum* como así consagra el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (*en adelante LEC*) «Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas». Por tanto, tal cuestión quedará sujeta a la normativa procesal del Estado ante cuyos Tribunales se presente la demanda judicial.

Esta premisa resulta fundamental en el tratamiento de la cuestión planteada. Téngase en cuenta, en sintonía con la misma, que no cabe entonces, introducir consideraciones propias de Derecho material para llevar acabo aquella operación. El Derecho sustantivo aplicable a la garantía y el Derecho sustancial del Estado ante cuyos tribunales se ha presentado la demanda judicial que insta al cumplimiento de un «*Gentlemen's Agreement*» o «pacto de honor», no tienen ningún juego en éste primer momento procesal.

Como consecuencia de todo ello, bien pudiera ocurrir que la *Lex Materialis Fori* pueda ser favorable a aceptar la exclusión de la jurisdicción por voluntad del emitente, pero, como se acaba de ver, esa consideración no debe afectar a la cuestión procesal de la admisión o inadmisión de la demanda judicial. Por otro lado, no debe olvidarse que la *Lex Materialis Fori* bien puede no resultar la Ley reguladora del fondo de la reclamación judicial (*Lex Materialis Causae*), por cuanto la norma de conflicto puede designar como Derecho aplicable otro diferente.

23. Una vez asentado este planteamiento, corresponde analizar cuales son los requisitos que se exigirán para la admisión de una demanda, que reclame el cumplimiento de un pacto de honor contenido en una Carta de Patrocinio, cuando la misma es presentada ante los Tribunales españoles.

Esta cuestión pone de relieve las importantes diferencias que presentan los ordenamientos jurídicos procesales de países de nuestro entorno. Así el Derecho alemán, exige que las demandas presenten una apariencia de fundamentación sustantiva. Los ordenamientos que como éste, siguen tal criterio hacen preciso realizar un examen de las posibilidades de que la demanda esté fundada en Derecho sustantivo y de que tenga posibilidades reales de éxito judicial. Otros Ordenamientos jurídicos exigen, por otro lado, la presencia, en la demanda, de una «necesidad de protección jurídica». Ninguno de tales requisitos será exigido, sin embargo, por el Derecho Procesal español.

Las normas procesales españolas que son las aplicables a la admisión o no del litigio por el Tribunal español, establecen criterios de carácter procesal y no dan entrada a ninguna otra consideración de carácter sustantivo. Ello es coherente con la misma filosofía del proceso en España que se

dirige a hacer efectiva la tutela judicial (art. 24 de la Constitución) y que ha mediatizado la configuración de tales requisitos. Opera además, en la jurisprudencia a través del ejercicio del principio *pro actione*<sup>43</sup>.

Tal y como señala A. DE LA OLIVA<sup>44</sup>, debe diferenciarse el Derecho a la acción, del Derecho al proceso. Este último no es sino el Derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto y es, precisamente, la representación de la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución española. El Derecho al proceso depende, en su existencia, de presupuestos procesales, mientras que el Derecho a la acción depende de la concurrencia de presupuestos jurídicos materiales.

En las demandas objeto de estudio, la admisión de las mismas dependerá, por tanto, de que concurren los presupuestos fijados en las normas procesales españolas, esto es, en los arts. 403 y 247 LEC y artículo 11 de la LOPJ<sup>45</sup> y tales requisitos son únicamente de orden procesal.

Ello resulta consecuente con el hecho de que las normas procesales españolas sobre admisión o inadmisión de las demandas son normas cuyo objetivo último, es garantizar un proceso justo para ambas partes y, en su caso, una resolución de dicho proceso susceptible de ejecución material.

**24.** Consideración aparte merecen, no obstante, cuestiones específicas que por las peculiaridades de la materia sobre la que versan, si que requerirán de un control sustantivo. Es lo que ocurre con las medidas cautelares (art. 728.2 de la LEC<sup>46</sup>) o las tercerías de dominio (art. 595. 3 de la misma Ley<sup>47</sup>).

<sup>43</sup> La jurisprudencia es muy abundante v. entre otras muchas Sentencias del Tribunal Constitucional [62/1989 EDJ1989/3577](#), [121/1990 EDJ1990/7090](#), [31/1992 EDJ1992/2677](#), [51/1992 EDJ1992/3215](#).

<sup>44</sup> A. DE LA OLIVA SANTOS «Derechos básicos de los justiciables» y «Proceso y Derechos fundamentales» en *AAVV Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2004, pp. 89-110 y 417-454.

<sup>45</sup> Tales preceptos establecen los siguientes requisitos:

Art. 403. Admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda.

1. Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley
2. No se admitirán las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios
3. Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales

Art. 247. Respeto a las reglas de la buena fe procesal. Multas por su incumplimiento.

1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe
2. Los tribunales rechazarán fundadamente las peticiones e incidentes que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal
3. Si los Tribunales estimaren que alguna de las partes ha actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrán imponerle, en pieza separada, mediante acuerdo motivado, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa que podrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la tercera parte de la cuantía del litigio
4. Si los tribunales entendieren que la actuación contraria a las reglas de la buena fe podría ser imputable a alguno de los profesionales intervinientes en el proceso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, darán traslado de tal circunstancia a los Colegios profesionales respectivos por si pudiera proceder la imposición de algún tipo de sanción disciplinaria
5. Las sanciones impuestas al amparo de este artículo se someten al régimen de recursos previstos en el Título V del Libro VII de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Art. 11 Ley Orgánica del Poder Judicial.

1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales
2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal
3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes.

<sup>46</sup> Art. 728. 2. El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito.

<sup>47</sup> Art. 595. 3. Con la demanda de tercería de dominio deberá aportarse un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión del tercerista.

Son supuestos cuyas características propias justifican la excepción al no control sustantivo de la demanda para su admisión.

25. Por lo demás, cabe señalar que en Derecho español, el límite más poderoso para la mera admisión de las demandas está constituido por el requisito de la „buena fe procesal«<sup>48</sup>. Con arreglo al mismo, se inadmitirán las demandas interpuestas cuyo objetivo no es obtener una tutela judicial efectiva, sino otro objetivo distinto, tal como ralentizar la solución de un litigio, provocar falsas litispensiones, crear meras apariencias legales, coaccionar o forzar a la otra parte, etc.

No obstante, tales consideraciones, como puede apreciarse, no tiene nada que ver con el carácter jurídico o ajurídico de los pactos entre caballeros incluidos en una Carta de Patrocinio. Es por ello que las reglas de la buena fe procesal no se verán alteradas por la presentación de una demanda en la que se reclame el cumplimiento de lo que se consignó, con base a un pacto entre caballeros. De cumplirse el resto de requisitos, tal reclamación deberá ser admitida.

26. En definitiva, debe concluirse que en la decisión relativa a la admisión o inadmisión de una demanda que reclama el cumplimiento de un Pacto entre caballeros contenido en una Carta de Patrocinio de ámbito internacional, no hay lugar alguno para consideraciones de Derecho material. Bastará con que se cumplan los requisitos ya citados. Tales requisitos son de carácter estrictamente fáctico y procesal, y no sustantivos. Será entonces cuando se active el Derecho al proceso y a una sentencia sobre el fondo.

27. Cuestión diferente será el Derecho a la acción. En la litigación internacional el paso metodológico siguiente consiste en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales del Estado ante los que se ha presentado la demanda, para, posteriormente, en su caso, proceder a la fijación del Derecho aplicable al fondo del litigio.

Será el Derecho que regule el fondo del litigio el que proporcione la solución material definitiva al supuesto, el que señale si existía verdadero derecho a lo pretendido, a la acción. Esto es, será dicho ordenamiento el que decida si el „pacto entre caballeros« tiene relevancia jurídica o carece de ella. En el primer supuesto, establecerá la responsabilidad en la que, en su caso, haya incurrido el patrocinador.

28. Obsérvese que la admisión de la demanda y el tratamiento en origen del pacto de honor, como relación jurídica relevante para el Derecho, no presupone ni condiciona, naturalmente, el resultado material del litigio. No debe olvidarse que se ejercita una acción judicial y que, como ya repetidamente se ha señalado, siempre que la demanda reúna los requisitos necesarios para ser admitida, se genera de inmediato el derecho a una respuesta fundada jurídicamente.

La respuesta final será proporcionada por el ordenamiento estatal designado por la norma de conflicto. Este ordenamiento y su aplicación al caso concreto, puede finalmente no conceder relevancia jurídica al pacto de honor o puede concederla, en todo caso el resultado final enlaza con el Derecho a la acción y no con el Derecho al proceso, en la distinción que se ha realizado.

#### **4. Caso específico. La reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinador (*binding in honour only*) y la elección de Ley aplicable a la garantía**

29. Una de las reglas del juego de la negociación internacional del crédito, como ya ha sido puesto de manifiesto, es la búsqueda de apoyos que refuercen la credibilidad del solicitante de la financiación. Estos apoyos, como se ha tenido ocasión de exponer, pueden encontrarse en compromisos que se emiten en una esfera ajurídica o parajurídica que se rige por sus propias normas. Su arteria principal es una Carta de Patrocinio, basada en el honor del emisor y a través de la cual fluye la

<sup>48</sup> Los trabajos relativos a la buena fe procesal son muy abundantes. V., por todos, el estudio de J. PICÓ I JUNOY, *El Principio de la buena fe procesal*, Barcelona 2003.

confianza necesaria para la consecución de su principal objetivo: la obtención de financiación para la patrocinada.

La práctica de los negocios internacionales en la que se utilizan estos «pactos entre caballeros» demuestra que los *binding in honour only* son generalmente respetados y de ahí el que no sea frecuente que generen problemas que los reenvíe al ámbito jurídico, esto es, que no se exija fuerza jurídica a las declaraciones que los acompañan, en caso de incumplimiento.

De no respetarse lo pactado, se desplegarán los propios efectos morales de su incumplimiento y entonces la patrocinada sufrirá el descrédito que impactará de manera negativa en su capacidad inmediata y futura de negociación. Esta sanción puede producir la suficiente «satisfacción» como para no romper el pacto de honor, si bien la entidad de crédito cancelará de manera inmediata cualquier otra negociación con la Sociedad madre y/o sus filiales.

No debe olvidarse que en numerosas ocasiones (como ocurre en los supuestos que dieron lugar a la sentencia inglesa y a las australianas analizadas), la emisora ocupa una posición de fuerza tal, que puede permitirse negar la concesión de otra garantía o *a strong letter of comfort* a la entidad de crédito, pues el riesgo de perder su buen nombre, puede ser considerado como garantía suficiente. Perderlo, finalmente, significará el fin de las relaciones con esa misma entidad y con otras similares alertadas de esta situación.

Sea como fuere, lo que resulta cierto es que pese a la relativa escasa litigiosidad a la que dan lugar las Cartas de Patrocinio, la realidad demuestra que muchas de ellas contienen pactos de honor, por lo que una reclamación judicial por su incumplimiento obliga a plantearse los posibles efectos de los *Gentlemen's Agreements* que aquella pueda contener, tal y como ha sido puesto de relieve en el apartado anterior de éste estudio.

**30.** Lo que se pretende examinar, ahora, es el efecto «blindaje» de estos pactos que se puede obtener gracias al diferente trato del que son objeto en los diversos ordenamientos jurídicos y a la combinación con el principio inspirador de las propias Cartas: la autonomía de la voluntad.

Lejos de las formulas encorsetadas que caracterizan al resto de garantías, las Cartas de Patrocinio son lo que el emitente quiere que sean, puesto que puede configurarlas como desee. Estas figuras ofrecen una zona de libertad tan amplia que el patrocinador puede diseñarlas como mejor se ajuste a sus intereses. De ahí que la libertad, flexibilidad y discreción comercial y jurídica, sean sus marcas distintivas y resulten tan atractivas que justifiquen sobradamente su generalización en las transacciones internacionales del crédito bancario.

Pues bien, la autonomía de la voluntad puede, también, cristalizar en la elección de la ley aplicable al litigio. En el mismo texto puede incorporarse una cláusula de elección de ley, posibilidad abierta dentro del DIPr. de la UE, tanto por el Reglamento Roma I (art. 3)<sup>49</sup> sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>50</sup> como por el Reglamento Roma II (art. 14b) relativo a la ley aplicable a las relaciones extracontractuales<sup>51</sup>. Las ventajas de esta previsión son evidentes. Las incertidumbres a cerca de la determinación de la ley aplicable desaparecen, la ley elegida por definición, es la que más y mejor se ajusta a los intereses de las partes y en definitiva, la litigación llegado el caso, se desarrollará al menor coste.

La autonomía de la voluntad constituye, sin duda, el criterio más eficiente para determinar la ley aplicable tal y como justifica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ desde los planteamientos base de la Teoría Económica<sup>52</sup>. La Ley elegida es, en definitiva, la más eficiente para las partes que la han elegido y la que comporta menores costes de transacción conflictual.

**31.** Todo ello lleva a afirmar, en el ámbito de las precauciones que se deben tomar a la hora de elaborar las Cartas, que resulta altamente aconsejable incorporar no sólo cláusulas de elección de ley,

<sup>49</sup> V. por todos el exhaustivo y enriquecedor análisis de este precepto de A. L. CALVO CARAVACA «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas» en *Cuadernos de Derecho Transnacional CDT* vol. 1 n° 2 2009 pp. 52-133 <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/78>

<sup>50</sup> Reglamento n° 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

<sup>51</sup> Reglamento n°864/2007 de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

<sup>52</sup> V. el sugerente y clarificador estudio de éste autor J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y Teoría Económica*, Colex, Madrid, 2011, en concreto pp. 209-211 y p. 249.

sino también cláusulas de sumisión a los Tribunales de un determinado Estado<sup>53</sup> (posibilidad ofrecida por el artículo 23 del Reglamento Bruselas I relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>54</sup>), por las mismas razones señaladas<sup>55</sup>.

Resulta significativo a este respecto, el particular consejo que ofrece DAUNIZEAU, que tras reconocer que la práctica de las Letras de Patrocinio es extremadamente frecuente en el comercio internacional señala que «*Pour des bénéficiaires français et face à des émetteurs dont la loi nationale n'est pas très favorable aux lettres d'intention, il sera évidemment conseillé de prévoir l'applicabilité de la loi française, et de la compétence des tribunaux français*».

Pues bien, si combinamos esta posibilidad con el diferente tratamiento que reciben las Cartas en los distintos ordenamientos y la intención de blindar un pacto entre caballeros que no pueda ser roto, obtendremos la fórmula definitiva para efectuar tal blindaje. El ingrediente principal no será otro que elegir, como Derecho aplicable, aquel que reconoce la posibilidad de situar los pactos en una esfera ajurídica.

Tal elección conducirá, en la práctica, a una exención de responsabilidad jurídica por parte del emitente. Este se compromete por su honor a cumplir aquello a lo que se obligó en la Carta y la elección de ley produce el efecto directo de que tal compromiso sólo producirá efectos en el ámbito de la moral y los posibles intentos de ruptura por la otra parte no producirán efecto alguno. A salvo las consecuencias que, en su caso, pudieran derivarse en el ámbito de las obligaciones delictuales.

Como se puede observar, esta es una manera de forzar un resultado material a favor de la ajuricidad del «pacto entre caballeros». En el ámbito del DIPr. de la UE, se logra así que la reclamación judicial acerca del cumplimiento de los *Gentlemen's Agreements* sea finalmente desestimada y ello con independencia de cual sea el Tribunal competente y de la calificación autónoma de la que haya partido.

Ello es así porque el Tribunal una vez determinada su competencia, debe proceder a designar el Derecho aplicable. Tanto si en origen se ha partido de una calificación como «materia contractual» como si se ha partido de una calificación como «materia extracontractual» las cláusulas de elección de ley (siempre que reúnan las formalidades exigidas) serán plenamente operativas y serán las que designen directamente la ley estatal aplicable al litigio, pues así queda establecido en los Reglamentos Roma I y Roma II.

**32.** Esta realidad pone de manifiesto el que se pueden llegar a producir situaciones ciertamente paradójicas. Pudiera ocurrir que para determinar la Competencia Judicial Internacional y posteriormente el Derecho aplicable, el Tribunal en la operación de calificación que debe realizar, ingresase la demanda por incumplimiento del pacto de honor, dentro de la «materia contractual». Obsérvese entonces, que la cláusula de elección de ley en el ámbito calificado como contractual, sería utilizada como «un medio para salir del contrato»<sup>56</sup>, pues designa como aplicable un Derecho material que sitúa finalmente a la Carta en una esfera ajurídica en la que las normas de cumplimiento tienen su único anclaje en el ámbito del honor y de la moral.

Pese a que se ha sugerido que detrás de éste comportamiento puede existir un fraude de ley, conviene recordar, en este punto, que la calificación que ayudará a determinar la Ley aplicable al litigio

<sup>53</sup> V., por todos, A. RODRIGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho Comunitario Europeo*, Eurolex, 1994, y F.F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Colex, Madrid, 2008.

<sup>54</sup> Reglamento n° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000.

<sup>55</sup> En la doctrina belga, L. JARDIN sugiere la siguiente fórmula que se incorporaría al final de la Carta de Patrocinio «*La presente lettre et les droits et obligations en résultant sont exclusivement régis par le droit (pays). Tout litige les concernant sera soumis à la compétence exclusive des tribunaux de (lieu)*» pero además, sugiere incorporar una precisión, que trata de neutralizar el temor infundado que parece generar la inclusión de éstas cláusulas, de cara a su errónea e inmediata identificación con un compromiso de carácter contractual: «*Sans préjudice à la nature et au contenu des clauses qui précèdent*» (L. JARDIN *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, p. 299). V., sobre esta concreta cuestión, M<sup>a</sup> P. DIAGO DIAGO, *Las Cartas de Patrocinio en los negocios internacionales. Estudio jurídico*, Navarra, 2012.

<sup>56</sup> V. el debate sobre las cláusulas de este tipo que merecen un juicio negativo por parte de JOBARD-BACHELIER, «*La clause éte utilisée comme un moyen de sortir du contrat. Il ne s'agit pas de choisir la loi d'un contrat; el s'agit d'imposer un système de responsabilité délictuelle*», *Débats en Travaux du Comité Français de Droit International Privé années 1993-1994, 1994-1995*, Paris, 1996, pp. 149-156.

internacional, no condiciona el resultado material del mismo. Se trata en realidad, de una calificación neutra. La relevancia jurídica del pacto entre caballeros es una cuestión que ha de ser dirimida por la ley aplicable a la misma Carta de Patrocinio y para determinar cual es ésta, se debe proceder a su calificación.

Pues bien, al existir una cláusula de elección de ley, ésta designará el Derecho aplicable que, por voluntad del emitente y de receptor, es el de una ordenamiento que respete la exclusión de jurisdicción de la Carta, por lo que no habrá lugar a responsabilidad y no se reinsertara la Carta en el ámbito jurídico de la responsabilidad contractual, pese a que estos supuestos, envuelvan cierta contradicción (dada la calificación como «materia contractual» de la que se partió). Los pactos de honor han sido entonces blindados utilizando, precisamente, como llave la cláusula de elección de ley y pese a lo paradójico que ello puede resultar, no existe ningún obstáculo para su consecución.

**33.** Dos son las únicas condiciones que deben concurrir para que este blindaje funcione: el cumplimiento de los requisitos formales y la aceptación por el receptor. Basta con incorporar por escrito la cláusula para que se satisfaga la primera condición, pues tal y como señalan los Reglamentos Roma I y Roma II la elección de la ley aplicable, deberá *manifestarse expresamente* (artículo 3 Roma I y Artículo 14 b) Roma II). Ahora bien, a diferencia de lo que dispone el Reglamento 1259/2010<sup>57</sup>, el convenio sobre elección de ley no requiere que esté firmado por ambas partes.

**34.** Respecto de la prórroga de competencia, el hecho de que la cláusula se consigne por escrito en la Carta, viene a cumplir lo establecido en el artículo 23 a) del Reglamento Bruselas I, que dispone que tal acuerdo atributivo de competencia, deberá celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita. No siendo imprescindible, el que conste la firma del receptor de la Carta para la validez de la sumisión<sup>58</sup>.

**35.** En los casos que nos ocupan, el receptor de la Carta conoce su contenido y por ende, conoce la existencia de la sumisión y de modo tácito la acepta. No se requiere entonces de aceptación escrita por parte de él. Si bien, ésta si que se le exigiría en el supuesto en que el acuerdo se celebrará verbalmente, tal y como puso de manifiesto la STJUE 14 diciembre 1976, asunto *Segoura*<sup>59</sup>.

**36.** En todo caso, ya se trate de una cláusula de sumisión expresa o una cláusula de elección de ley, la condición imprescindible para su respectiva validez, es que no se trate de meras declaraciones unilaterales de voluntad. La aceptación por el destinatario (entidad de crédito o banco) debe ser real y

<sup>57</sup> Reglamento de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial *DOUE* L 343/10 29 de diciembre de 2010 v. Considerando 19.

<sup>58</sup> M. FALLON realiza una interpretación distinta de art.17 del Convenio de Bruselas cuando afirma que: «La prorogation de compétence contenue dans une lettre de patronage ne répondra aux *conditions* de l'article 17 que si elle est signée par son destinataire, la banque» (M. FALLON «Lettres de patronage et Droit International Privé» en AA.VV., *Les lettres de Patronage*, FEDUCI, Paris, 1984, pp. 358-359, en concreto p. 335 [sobre la posibilidad de incluir una cláusula de estas características v. p. 367]). Por otro lado, M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ señalan respecto del art. 23.1 a) que: «en el primer supuesto (*acuerdo por escrito*), no se exige que las declaraciones de las partes sean simultáneas ni que se refieran a un único texto contractual, pero si que ambas consten por escrito. Por consiguiente, si el contrato consta de un único documento, es necesaria la firma de ambas partes en el texto del contrato donde se contiene la cláusula» (M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Pamplona, 2007, p. 287).

<sup>59</sup> Asunto 25/76 Las conclusiones del Tribunal, seguían señalando que el hecho de que el comprador no formule objeción alguna a la confirmación, emanada unilateralmente de la otra parte, no significa la aceptación de la cláusula atributiva de competencia, salvo si el acuerdo verbal se encuadra en el marco de las relaciones comerciales habituales entre las partes, establecidas sobre la base de las condiciones generales de una de ellas, que contienen una cláusula atributiva de competencia. Entre otras notas doctrinales dedicadas a esta Sentencia v. B. AUDIT, «Note Jurisprudence en droit international privé», *Recueil Dalloz Sirey*, 1977, I, R., pp. 349-350; E. MEZGER, «Note», *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 1977, pp. 585-593; T. HARTLEY, «Article 17: Choice of Jurisdiction», *European Law Review*, 1977, pp. 148-149; J.-M. BISCHOFF, *Journal du droit international*, 1977, pp. 734-739; M. J. BONELL, «L'art. 17 della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale ed il diritto transnazionale», *Rivista del diritto commerciale*, 1977, II, pp. 214-230; E. KRINGS «Reflexion au sujet de la prorogation de compétence territoriale et du for contractuel», *Revue de droit international et de droit comparé*, 1978, pp. 99-107.

cierta, si bien no tiene por qué hacerse constar a través de la firma por aquel de la Carta. Será suficiente la manifestación tácita de su consentimiento al aceptar la Carta y al acceder finalmente, a conceder financiación a la beneficiaria.

### III. Protocolo de actuación. Carta de Patrocinio que contiene un compromiso recepticio de la sociedad patrocinadora basado en un pacto de honor

#### 1. Descripción del supuesto fáctico

37. Las Cartas de Patrocinio son garantías atípicas, que presentan una configuración variable. No existe un modelo único de Carta de Patrocinio, más bien al contrario, ésta se construye por el emiteinte según las circunstancias que concurren en el supuesto concreto, lo que hace imposible predecir su contenido. Precisamente su carácter flexible es el que les permite adaptarse a las necesidades cambiantes de la negociación internacional del crédito y es uno de los motivos que las ha hecho inmunes a los avatares de la crisis económica mundial.

38. El diverso y variado contenido de las Cartas de Patrocinio genera no sólo problemas de definición (a los que ya se ha aludido), sino también dificultades para su sistematización. Siendo conscientes de estas limitaciones, puede procederse a realizar una clasificación meramente instrumental y abierta en atención a su objeto.

39. Desde ésta perspectiva son habituales dos tipos de Cartas: aquellas que transmiten una información determinada y aquellas que contienen algún tipo de compromiso. Ahora bien, en la práctica de la transacción internacional del crédito las Cartas a menudo contienen declaraciones de los dos tipos, por lo que es absolutamente necesario el examen de la concreta Carta que dará lugar a la litigación.

40. Se pueden distinguir en atención a las cuestiones sobre las cuales versan las cláusulas o declaraciones, cuatro tipos de cartas<sup>60</sup>, a saber:

- a) Cartas de Patrocinio de referencia al crédito
- b) Cartas de Patrocinio relativas a la participación en el capital
- c) Cartas de Patrocinio relativas a la calidad de la gestión
- d) Cartas de Patrocinio relativas a la situación financiera

41. El supuesto fáctico que aquí interesa puede corresponderse a una sola de estas modalidades o puede contener un combinado más o menos complejo de declaraciones pertenecientes a uno o varios de estos tipos, lo importante, es que en él deben concurrir dos requisitos.

42. El primer requisito es que debe tratarse de compromisos recepticios, esto es, la Carta es dirigida a una concreta entidad de crédito que la acepta. La *praxis* internacional pone de relieve, como ya se ha tenido ocasión de observar, que muy a menudo será la misma entidad de crédito la que solicite la Carta de Patrocinio al emisor, en los casos más frecuentes, la sociedad madre. El patrocinado será una sociedad filial de aquella.

43. El segundo requisito, como cabe esperar, es que la Carta debe contener un pacto entre caballeros. No resulta baladí insistir en que el tratamiento que se de al pacto sellará el destino final de la Carta de Patrocinio. El uso de éstas formulas no ésta muy extendido en el Derecho continental, pero si en el Derecho anglosajón.

<sup>60</sup> V. esta clasificación en M. BELLIS, «Définition et typologie», en AA.VV., *Les lettres de Patronage*, FEDUCI, Paris, 1984, p. 18.

44. Pese a que no es habitual la inclusión de pactos de honor en nuestro círculo jurídico, la práctica jurisprudencial tanto española como francesa, belga, suiza o italiana pone de relieve que la cuestión nuclear que se plantea ante los Tribunales es la fuerza vinculante de éstas garantías. Siendo especialmente interesante destacar que pese a que pueden no contener formulas concretas que las identifiquen inmediatamente como pactos de honor, puede llegar a negárseles efectos jurídicos cuando son consideradas «débiles», por lo que en realidad, son tratadas como auténticos pactos entre caballeros.

El dato fundamental que es utilizado en la doctrina mercantilista mayoritaria y en la misma jurisprudencia para distinguir las Cartas denominadas fuertes o débiles<sup>61</sup>, es la existencia o no de la voluntad de obligarse del emisor. Cuando aquella no existe se entiende que carece de efectos jurídicos, tal y como puso de relieve la Sentencia del Tribunal Supremo español de 16 de diciembre de 1985<sup>62</sup>.

Este mismo Tribunal, en Sentencia de 13 febrero 2007, señaló que las Cartas débiles «pueden estimarse como simples recomendaciones que no sirven de fundamento para que la entidad crediticia pueda exigir el pago del crédito a la entidad patrocinadora»<sup>63</sup>. Por el contrario las «Cartas fuertes» pueden entenderse «como contrato atípico de garantía personal con un encuadramiento específico en alguna de las firmas negociales o categorías contractuales tipificadas en el ordenamiento jurídico como contrato de garantía, o como contrato a favor de terceros, o como promesa de crédito»<sup>64</sup>.

Negar relevancia jurídica a las Cartas débiles es tanto como reconocer que el pacto al que se llegó por parte del emisor y del emitente, al aceptar la Carta, fue en verdad un pacto de honor, pues no generará repercusiones en el ámbito jurídico. Ello no impedirá, sin embargo, que se generen efectos en esa otra esfera ajurídica de autorregulación que ha sido descrita. La tendencia reiterada a identificar las Cartas de Patrocinio sin efectos jurídicos (denominadas «débiles» por la doctrina mercantilista) y los pactos entre caballeros con la total anomia no es, como se ha podido demostrar, un enfoque correcto.

45. Volviendo al supuesto factico objeto de éste estudio y tal y como se ha indicado, ha de contener una de las formulas que anteriormente han sido descritas para la configuración de los *Gentlemen's Agreement*. Atendiendo a la recomendación que efectúa L. JARDIN<sup>65</sup> a cerca de la formulación de los pactos de honor incorporados a las Castas de Patrocinio y tomando como referencia una de las declaraciones que más se utilizan en el ámbito de la negociación del crédito, que es el mantenimiento de la participación en el capital de la sociedad patrocinada, un modelo de Carta de Patrocinio que cumple con los requisitos señalados sería el siguiente<sup>66</sup>:

*C'est avec plaisir que nous avons appris que (décrire l'opération que la banque destinataire de la lettre projette de mettre en oeuvre avec la filiale)*

*Pour autant que de besoin, nous vous confirmons que notre participation dans le capital de la société patronnée s'élève à ----% et que nous veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement la maintenir à ce niveau.*

*La cession de tout ou partie de cette participation fera l'objet d'un avertissement à votre attention.*

<sup>61</sup> Esta distinción se encuentra en prácticamente todos los estudios mercantilistas v., por todos, J. DUQUE DOMINGUEZ, «Las Cartas de Patrocinio», en AA.VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Madrid, 1990, pp. 717 y ss., en concreto p. 738; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «Garantías bancarias: las cartas de patrocinio y las garantías a primera demanda», en AA.VV., *Contratos Bancarios*, 1992, en concreto p. 730. En cuanto a la importancia secundaria de esta clasificación v., entre otros, M. SÁNCHEZ ÁLVAREZ «Las Cartas de Patrocinio» en AA.VV., *La contratación bancaria*, Madrid, 2007, pp. 1153-1175, en especial pp. 1166-1167.

<sup>62</sup> RJ/1995/6442 v. en especial Fundamento de Derecho Tercero «... pero las declaraciones meramente enunciativas carecerán de obligatoriedad, dado que por su contenido no crean nexo alguno con posible ejecución forzosa entre la sociedad principal y el tercero, ni aun invocando el elemento de la buena fe proclamado en los artículos 57 del Código de Comercio y 1258 del Código Civil, pues no hay contrato, o acudiendo a los usos normativos –que tendrían que ser probados– por la vía del artículo 2º de aquel Cuerpo legal.»

<sup>63</sup> Sentencia nº 96/2007 de 13 febrero, RJ/2007/684.

<sup>64</sup> V. Fundamento de Derecho Tercero. STS nº 96/2007 de 13 febrero RA/2007/684

<sup>65</sup> L. JARDIN, *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles, Paris, 2002, pp. 294-295.

<sup>66</sup> V. otros modelos que responden al mismo planteamiento entre otros en F. GUERCHOUN, *Pratique du cautionnement et autres sûretés*, Paris, 2008, pp. 361-362.

Este modelo de Carta recoge el compromiso que dio lugar al litigio objeto de la Sentencia Tribunal Supremo español de 15 de junio de 2009<sup>67</sup> y también es utilizado en la Carta de Patrocinio que expidió Hero AG residente en Suiza a favor de Hero España S.A y que ha sido recientemente analizada en otra Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2011<sup>68</sup>.

En esa Carta, se expresa que la entidad HERO AG conoce las facilidades de crédito que se están concediendo a HERO España SA 40 millones de francos suizos, y acepta HERO AG esos compromisos y se hace constar en la Carta que:

*Por la presente asumimos que mientras que HERO ESPAÑA SA esté endeudada con ustedes, no venderemos ni dispondremos de ninguna otra forma de ningún capital social de HERO ESPAÑA SA y les confirmamos que si en algún momento tuviéramos la intención de cambiar nuestro accionariado en HERO ESPAÑA SA les informariamos al respecto, si así lo solicitan, con el fin de que las facilidades de crédito pudieran darse por reembolsadas o renegociarse.*

*Accedemos y entendemos que su decisión de otorgar facilidades a HERO ESPAÑA SA está sujeta a la confianza que otorga esta carta.*

En la mencionada Sentencia el Tribunal trata de determinar si, en el caso concreto, se produjo un endeudamiento indirecto relevante para medir una situación de subcapitalización, que pudiera generar una elusión fiscal<sup>69</sup>. La consideración de que la Carta no tenía fuerza ejecutiva llevo a entender que no se había producido el endeudamiento indirecto en línea con los pronunciamientos emitidos por la Dirección General de Tributos en la consulta 0503-98 que estableció que: «*En el caso concreto aquí consultado, en el que la entidad vinculada no residente no ofrecería garantías formales y concretas, con fuerza ejecutiva, sino tan sólo la confianza generada por el volumen y la solvencia demostrados hasta ese momento, la posible insolvencia del deudor residente no queda jurídicamente cubierta por aquella, por lo que no cabría hablar de endeudamiento indirecto con él.*»

Se reconoce, por tanto, que la Carta generó confianza y que gracias a ella se consiguió el crédito para la patrocinada, pero adviértase que se le niega fuerza ejecutiva lo que no equivale, no obstante, a confirmar la ausencia de toda relevancia jurídica. De lo que se trataba era de concretar, en atención a las circunstancias del caso concreto, si existió endeudamiento indirecto, lo que es preciso establecer caso por caso al tratarse de un concepto jurídico indeterminado. No ha lugar, por no ser ese el objeto del recurso de casación del que conoce el Tribunal, a plantear los posibles efectos que el incumplimiento de lo consignado en ella pudiera acarrear. Cuestión que, por lo demás, se regiría por el Derecho aplicable a la mencionada declaración de Patrocinio.

Tanto ésta Carta, con la correspondiente inclusión de un compromiso de honor a través de una de las formulas expuestas (como puede ser *This is not a binding obligation*) como el modelo propuesto o cualquier otra Carta que contenga otro tipo de declaraciones pero que reúna los dos requisitos señalados, pueden dar lugar a una reclamación judicial. La situación se planteará cuando el receptor de la misma, tras constatar el incumplimiento de lo en ella establecido, acude a los Tribunales, rompiendo de ésta forma el pacto de honor que la Carta contenía y que él mismo aceptó al conceder finalmente la financiación.

**46.** A continuación se va a exponer el protocolo de actuación que debería desplegar el Tribunal que recibiera tal reclamación y que ha de centrarse en cuatro cuestiones fundamentales, a saber, admisión de la demanda judicial que denuncia el incumplimiento, calificación autónoma de la Carta a la luz del DIPr. de la UE, determinación de la Competencia Judicial Internacional del Tribunal que conoce del asunto y por último, designación de la Ley aplicable al presunto incumplimiento.

<sup>67</sup> STS nº 420/2009 R/J/2009/4226

<sup>68</sup> REC. 5871/2011.

<sup>69</sup> Esta si se produce mediante la erosión de las bases tributarias españolas a favor de otra entidad del mismo grupo no residente en España, daría lugar a la aplicación del art. 16.9 de la Ley 61/1978 reguladora del impuesto sobre sociedades v. Fundamento de Derecho cuarto.

## **2. Presunto incumplimiento del compromiso de honor por parte de la sociedad patrocinadora y admisión de la demanda judicial que reclama su cumplimiento**

47. La primera cuestión que deberá decidirse será la de la admisión o inadmisión de la demanda. En principio nada diferenciaría éste tipo de reclamaciones de cualquier otro, en lo que respecta a ésta primera decisión. No obstante, la existencia de un pacto de honor que sitúa, por voluntad de las partes, a la Carta en un ámbito extrajurídico, podría quizás conducir a plantear su posible inadmisión con base en el carácter «no jurídico» de la pretensión.

48. Esto, sin embargo, no ocurrirá cuando la reclamación se plantee ante un Tribunal español. Tal y como ha sido puesto de relieve en el apartado de éste trabajo dedicado a la «reclamación judicial del cumplimiento de un compromiso de patrocinio basado exclusivamente en el honor del patrocinado. Litigios internacionales» la admisión de la demanda en los litigios internacionales constituye una cuestión de calificación «procesal». En consecuencia, su régimen vendrá determinado por la normativa procesal del Estado ante cuyos Tribunales se presenta la demanda, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 LEC *Lex Fori Regit Processum*.

49. Las normas procesales españolas sólo exigen requisitos de carácter procesal y no sustantivo para la admisión de la demanda, siendo el límite más importante el constituido por la buena fe procesal. Basta con que concurren los requisitos establecidos en los arts. 403 y 247 LEC y art. 11 LOPJ para que se produzca la automática admisión de la demanda y se de cumplimiento así, al Derecho al proceso y a la tutela judicial efectiva demandada.

50. Corresponderá al Derecho material designado por la norma de conflicto, determinar si la ruptura del pacto de honor producirá o no efectos jurídicos y de ser así, cuales serán estos. Pero téngase en cuenta que esa será la solución final, la que dictaminará si existía derecho a lo pretendido, esto es, si existía derecho a la acción.

51. Se puede concluir, por tanto, que las normas procesales, incluidas las de Competencia Judicial Internacional, no influyen ni deben influir en el resultado final del litigio, lo mismo que no debe influir la *Lex Materialis Fori*. El cumplimiento de las normas procesales españolas da lugar a la admisión de la demanda y a la generación, por ende, del Derecho a una sentencia sobre el fondo del asunto. Ahora bien, las normas que deciden el resultado final del proceso son las normas sustantivas designadas por las normas de conflicto españolas.

52. Desde éste razonamiento puede entenderse el carácter instrumental de las normas procesales que dan lugar al proceso, y que están al servicio de las normas de conflicto, que son las que señalan qué Derecho sustantivo debe regir el fondo del asunto. Lo mismo que están también, en última instancia, al servicio de las normas jurídicas sustantivas que rigen el fondo del asunto, una vez designadas como aplicables por las normas de conflicto.

## **3. Calificación contractual de las Cartas de Patrocinio recepticias, que contienen un pacto de honor, en el DIPr. de la UE**

53. Ya se ha avanzado las dificultades que se presentan en el Derecho material de cara a la calificación de las Cartas de Patrocinio. No es nítida la diferenciación entre Cartas débiles y fuertes, además la jurisprudencia se muestra preocupantemente errática y a ello hay que añadir la ausencia de normas sustantivas que las regulen.

El panorama se reproduce en el contexto de los Derechos sustantivos de los países de nuestro entorno. Si bien el Derecho francés ha sido pionero en éste tema, pues a la luz de la importancia creciente que tiene ésta figura en el tráfico comercial y de los problemas jurídicos que plantea, ha dado entrada

a la Cartas de Patrocinio en su Código Civil mediante la *Ordonnance* n°2006-346 de 2006 relativa a las *sûretés*<sup>70</sup>.

Las dificultades, igualmente, se manifiestan a un nivel diferente cuando la Carta es utilizada en el contexto de la negociación internacional del crédito. No existen normas de conflicto ni normas de competencia judicial internacional dedicadas a estas especiales figuras, ni siquiera en el Derecho francés, pese a haberlas positivizado en su ordenamiento. Tampoco los Reglamentos de la UE: Bruselas I, Roma I y Roma II, disponen de normas específicas sobre el particular.

**54.** Esta situación provoca que el siguiente problema que se debe resolver sea el de la calificación. Es imprescindible proceder a la subsunción de la declaración de Patrocinio en alguna de las categorías jurídicas existentes, en el ordenamiento de referencia<sup>71</sup>, para seleccionar así, las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflictos de leyes. Las primeras fijarán la competencia del Tribunal al que se le ha presentado la demanda y las segundas señalarán el Derecho a aplicar por el Tribunal competente.

**55.** El marco del DIPr. de la UE se caracteriza, en este contexto, por contar con categorías jurídicas y conceptos propios, que son los que deberán ser tenidos en cuenta para realizar la operación de la calificación. No se atenderá a concepciones materiales del Estado del Tribunal que conoce del asunto, sino que la calificación se realizará con base a conceptos autónomos e independientes de los Derechos materiales internos de los diferentes Estados miembros. Ello consagra la independencia funcional definitiva del DIPr..

Se ha de proceder, en consecuencia, a una calificación autónoma dentro de los parámetros proporcionados por el DIPr. de la UE. Lo correcto es examinar el concepto autónomo de «materia contractual»<sup>72</sup>, que ha sido desarrollado en reiterada jurisprudencia por el TJUE, para comprobar si las Cartas de Patrocinio, objeto del supuesto fáctico planteado, pueden ser subsumidas en él.

**56.** El Tribunal establece que *el concepto de materia contractual no puede ser entendido como referido a una situación en la que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra*<sup>73</sup>. Este compromiso existirá en la tipología de Cartas objeto de examen. Piénsese que en muchas ocasiones la misma Carta es requerida por la entidad crediticia (lo que ocurría en los supuestos objeto de la Sentencias australianas e inglesa examinados), con lo que no surgen dudas acerca de la existencia del compromiso que el mismo receptor solicita y acepta.

**57.** La Carta de Patrocinio emitida por HERO A.G es un buen ejemplo de la existencia del concurso de voluntades libremente asumido por ambas partes. En ella se hace costar expresamente que *Accedemos y entendemos que su decisión de otorgar facilidades a HERO ESPAÑA SA está sujeta a la confianza que otorga esta carta*. Se reconoce, de esta manera, que el compromiso es real y que el receptor concedió el crédito motivado por el «efecto contagio» que produce el prestigio de la emitente.

**58.** En los supuestos en los que no consta que haya habido solicitud expresa de la declaración de Patrocinio (como ocurriría en el modelo propuesto), entonces, el análisis debe centrarse en si ha existido aceptación por parte del receptor, siendo especialmente importante atender a la literalidad de la Carta y al contexto en el que se emite. El hecho de que finalmente el receptor, al que se dirige la declaración

<sup>70</sup> El proyecto de reforma se elaboró por el grupo de trabajo presidido por el profesor GRIMALDI. V. M. GRIMALDI, «Orientations générales», *Droit & Patrimoine*, n° 140, septembre de 2005, pp. 50-54, y, en general, todo el Dossier que, desde diferentes enfoques, se dedicó a este tema (pp. 55-100).

<sup>71</sup> El DIPr. autónomo español consagra la calificación *lege fori* en el art.12.1 del Código Civil.

<sup>72</sup> Tanto los conceptos de «materia contractual» y «materia delictual» son conceptos autónomos tal y como ha señalado el TJUE en reiterada jurisprudencia. V., entre otras, STJCE 22 marzo 1983, en el caso *Martin Peters*, asunto 34/82, o STJCE 8 marzo 1988, en el caso *Arcado/Haviland*, asunto 9/87.

<sup>73</sup> V., entre otras, Sentencias de 17 junio 1992, *Handte*, C 26/91, Rec. p. I 3967, apartado 15; *Reunión européenne y otros*, apartado 17; *Tacconi*, apartado 23, ya citadas y STJCE 5 febrero 2004, *Frahuil*, C-265/02, apartado 24.

de patrocinio, concede la financiación a la patrocinada, da pie a presumir que el destinatario aceptó la Carta de Patrocinio.

59. En ambos casos, el que la Carta no aparezca firmada por el receptor no es obstáculo para entender que ha existido el concurso de voluntades necesario para aprehender la Carta en el concepto de «materia contractual». Tal y como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia en diferentes Sentencias<sup>74</sup> no es condición *sine qua non* que exista una manifestación de voluntad expresa por parte del receptor de la Carta, si bien debe existir, en todo caso, como ya se ha señalado, un compromiso libremente asumido de una parte frente a la otra.

60. Obsérvese que el compromiso que, en su caso, asume la emitente siempre estará subordinado, a que se haya proporcionado la ventaja que trataba de conseguir para la patrocinada, esto es, el crédito. En el modelo propuesto es evidente que el mantenimiento de la participación en el capital de la sociedad patrocinadora, se encuentra subordinado a la culminación de la operación bancaria: la concesión de financiación.

61. Cabe concluir, por tanto, que existe una voluntad tácita del receptor de aceptar la Carta o lo que es lo mismo, que existe un consentimiento contractual implícito de aceptación. Pero además, esa voluntad es cierta por las circunstancias señaladas, por lo que es evidente que existe un concurso de voluntades lo suficientemente claro, como para integrar el concepto autónomo de materia contractual, que exige el compromiso libremente asumido del emitente por el receptor.

L. JARDIN llega incluso a afirmar que *il paraît donc évident qu'il y a à l'origine de la lettre un concours des volontés, et donc un contrat*<sup>75</sup>; G. VAN HECKE insiste que en estos supuestos *le caractère contractuel de l'engagement paraît relativement net*<sup>76</sup> y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ no duda en asegurar que en estos casos las Cartas de Patrocinio contienen auténticas obligaciones contractuales<sup>77</sup>.

En los supuestos que dan lugar a reclamación judicial, el crédito habrá sido concedido, por lo que el Tribunal podrá, siguiendo la argumentación aquí expuesta, realizar la operación de la calificación autónoma sin mayores dificultades.

#### 4. Competencia judicial internacional: Reglamento Bruselas I

##### A) Consideraciones generales

62. El Tribunal ante el cual se ha presentado la demanda deberá ahora, determinar si tiene competencia judicial internacional para conocer del asunto. Para ello, y puesto que el contexto es el del DIPr. de la UE, deberá acudir al Reglamento Bruselas I en busca de un foro que le otorgue tal competencia.

63. Salvo en los supuestos en que se haya producido la sumisión a los Tribunales de otro Estado miembro (a través de la inclusión en la Carta de cláusulas de sumisión como las descritas anteriormente art. 23 o a través de la sumisión tácita art. 24) serán competentes para conocer del litigio derivado del incumplimiento de la Carta de Patrocinio, los Tribunales del domicilio del demandado.

El Reglamento Bruselas I consigna en su artículo 2 este foro general: «Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuera su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado».

<sup>74</sup> V. STJCE 5 febrero 2004, asunto *Frahuil*, C 265/02; STJCE 20 enero 2005, asunto *Engler*, C-27/02.

<sup>75</sup> L. JARDIN *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés: la lettre de patronage*, Bruxelles Paris 2002 y del mismo autor nota *Euredia* 2001-2002/1 p. 365 a 370 en concreto p. 367

<sup>76</sup> G. VAN HECKE «Le droit international privé des sûretés nouvelles issues de la pratique» en AAVV *Les Sûretés (Sûretés traditionnelles, réeles et personnelles, en droit français et en droit belge: sûretés issues de la pratique; droit international privé*. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983 p. 453 a 465 en concreto p. 457.

<sup>77</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Madrid, 2009, en concreto p. 383.

**64.** El artículo 60 establece la determinación del domicilio de las personas jurídicas que, para hacer operativo el foro general, se deberá encontrar en uno de los Estados miembros de la Unión; a efectos del presente Reglamento, se entenderá que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre:

- a) su sede estatutaria
- b) su administración central
- c) su centro de actividad principal

**65.** El supuesto más común en el marco de la transferencia internacional del crédito será aquel en el que la demandada sea la Sociedad madre de una Sociedad multinacional, que opera en varios países. La determinación del domicilio tal y como dispone el artículo 60, puede otorgar competencia a los Tribunales de más de un Estado. Eso ocurrirá si por ejemplo el domicilio formal, esto es, su sede estatutaria, está situada en un Estado diferente de aquel en el que tiene la administración central o el centro de actividades principal. Cuando más deslocalizados estén estos lugares, más posibilidades habrá de que sean competentes Tribunales de diferentes Estados para conocer el litigio.

El Derecho de Reino Unido e Irlanda no conoce el concepto de «sede estatutaria» es por eso que el artículo 60.2 dispone que la expresión «sede estatutaria» se equiparará al *registered office* y en caso de que en ningún lugar exista una *registered office*, al *place of incorporation*, (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se hubiere efectuado la *formation* (creación) de la sociedad o persona jurídica.

**66.** El Reglamento Bruselas I establece, también, foros de vinculación procesal, que consagran competencias derivadas de dos supuestos concretos descritos en los arts. 6.1 y 6.2: «Las personas a las que se refiere el artículo anterior también podrán ser demandadas:

1. Si hubiera varios demandados, ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser incompatibles si los asuntos fueren juzgados separadamente
2. Si se tratara de una demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, ante el Tribunal que estuviera conociendo de la demanda principal, salvo que esta se hubiera formulado con el único objeto de provocar la intervención de un Tribunal distinto del correspondiente al demandado».

**67.** Por último, Bruselas I establece un foro especial en materia contractual en su art. 5.1 que cuenta con una configuración específica, cuando se trata de una prestación de servicios o una compraventa de mercaderías. El hecho de que las Cartas de Patrocinio recepticias merezcan, como se ha demostrado, una calificación contractual, hace necesario examinar si tales Cartas se pueden situar dentro de esa configuración específica. Deberá analizarse, por tanto, si las Cartas recepticias que contienen un pacto de honor, son o no prestación de servicios.

El artículo 5. 1 b) dispone que «las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro

1) a) en materia, contractual, ante el Tribunal del lugar en que hubieras sido o debiera ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda

b) A efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

— Cuando se tratara de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieran sido o debieran ser prestados los servicios».

Como expone H. GAUDEMET-TALLON<sup>78</sup> este precepto está diseñado para limitar las consecuencias

<sup>78</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, règlement n° 44/2001, conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ 2001 p. 145.

de aplicar el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas, en la interpretación dada por la jurisprudencia del TJUE<sup>79</sup>. En los casos específicamente regulados en el 5-1 b) se evita el retorno obligado a la norma de conflicto para la determinación del lugar de ejecución de la obligación litigiosa<sup>80</sup>. La economía en la argumentación que permite el artículo 5-1 b) es valorada muy positivamente y lleva a inducir, que el concepto de prestación de servicios es un concepto amplio que permite «escapar» del método analítico distributivo<sup>81</sup>, al mayor número de supuestos<sup>82</sup>.

Pero además de ser un concepto amplio, es un concepto autónomo que requiere una interpretación independiente de los Derechos nacionales de los diferentes Estados miembros<sup>83</sup> tal y como ocurría con el concepto de «materia contractual» anteriormente examinado.

**68.** En línea con lo señalado en el apartado anterior se debe recordar que la disparidad entre los distintos Derechos materiales provocaría el efecto directo de que la aplicación del artículo 5-1 b) (pero también del mismo Reglamento Roma I, como se verá más adelante) presentase variaciones contrarias a la unificación de las normas de conflictos de jurisdicción y de conflictos de leyes. Ello justifica la configuración de conceptos propios y autónomos en esta dimensión del DIPr. de la UE que, cabe recordar una vez más, goza de independencia efectiva respecto de los Derechos materiales de los Estados miembros.

**69.** El problema que, no obstante, se plantea es la inexistencia de una delimitación en los Reglamentos sobre el particular. Es por ello que debe recurrirse a diferentes Sentencias del TJUE, así como a otros instrumentos, como es la Directiva n<sup>o</sup> 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2006 relativa a los servicios en el Mercado interior y al mismo articulado general de los Reglamentos para perfilar éste concepto autónomo.

**70.** Una de las principales ideas que se deben retener respecto de la prestación de servicios, es que como señala P. PUIG<sup>84</sup> es una noción más económica que jurídica. No se trata de la transmisión de una «cosa», no se trata de una entrega de mercaderías, no da lugar en definitiva, a un efecto traslativo de la propiedad. Los servicios forman parte de lo que D. CARREAU y P. JUILLARD<sup>85</sup> denominan *commerce des invisibles*, ya que los servicios no son «cosas», sino que son «hechos» y por ello no se pueden transmitir, sino simplemente cumplir.

**71.** El estudio que lleva a cabo P. BERLIOZ sobre la noción de prestación de servicios en el seno del artículo 5-1 b) del Reglamento Bruselas I concluye con una acertada definición. Se entenderá por prestación de servicios en el ámbito del Derecho de la UE: *toute opération ayant pour finalité l'accomplissement par une personne, au profit d'une autre, d'un acte, positif ou non, à titre onéreux ou non*<sup>86</sup>. Tomando como referencia esta definición, corresponde examinar si las Cartas

<sup>79</sup> V. Asunto *Tessili*, C-12/76, de 6 octubre 1976. Sobre esta Sentencia v., entre otras referencias doctrinales, T. HARTLEY, «First Cases before the European Court», *European Law Review*, 1977, pp. 57-63; P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, «Note», *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 1977, pp. 761-772; G.A.L. DROZ «L'interprétation, par la Cour de justice des Communautés, des règles de compétence judiciaire européennes en matière de contrat», *Recueil Dalloz Sirey*, 1977 *Chr.*, pp. 287-294.

<sup>80</sup> Los autores han criticado esta complejidad. V., entre otros, G.A.L. DROZ, «Delendum est fórum contractus? Vingt ans après les arrêts De Bloos et Tessili interprétant l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Dalloz*, 1997, *chron.* p. 351. V. HEUZÉ, «De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'application de le article 5-1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 2000, pp. 595 y ss.

<sup>81</sup> V. el origen de esta terminología en F. SALERNO, «L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del *forum destinationis*», *RDIPP*, 1995, pp. 76 a 121. V. además del mismo autor *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, 2006 y «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia di vendita», *RDIPP*, 2008, pp. 381 a 394.

<sup>82</sup> H. BOURLARBAH A. NUYTS N. WATTÉ, «Le règlement 'Bruxelles I' sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JT*, 2002, pp. 164 y ss.

<sup>83</sup> V. comentario al art.5 de la propuesta de Reglamento Bruselas I 14 de julio de 2007 COM (1999) 348 final.

<sup>84</sup> P. PUIG *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, 2002 p. 37

<sup>85</sup> D. CARREAU y P. JUILLARD *Droit International Economique*, Paris, 2005, p. 261

<sup>86</sup> Esta terminología en P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du règlement 'Bruxelles I'», *Journal de Droit International*, 2008, pp. 675-717, en concreto p. 717.

de Patrocinio, objeto de estudio, pueden subsumirse en éste concepto autónomo de prestación de servicios.

Como se ha indicado en numerosas ocasiones en éste estudio, la característica definitoria de las Cartas de Patrocinio es que constituyen garantías personales. Su finalidad es confortar al receptor acerca de la situación financiera del patrocinado y de la feliz ejecución de la deuda que le va a conceder. Su función es proporcionar una garantía que minimice el riesgo que el banco va a asumir.

Es evidente que la Carta no supone la entrega de ningún bien material al receptor, no hay ninguna «cosa» que transferir, pero si hay un servicio que proporcionar: la generación de confianza y seguridad. Es cierto que este servicio se caracteriza por la inmaterialidad, pero los servicios forman parte de ese comercio invisible ya mencionado y muy importante.

En el caso de otras garantías como la fianza que implican el pago de una cantidad de dinero, la calificación como prestación de servicios, plantea menos problemas. Pero obsérvese, que el concepto amplio descrito, necesariamente comprende a este otro tipo de garantías que cumplen en esencia, la misma función: asegurar y proteger al acreedor. Si bien lo hacen de manera distinta, según lo que establezca la misma Carta.

**72.** Todos estos planteamientos llevan, en consecuencia, a concluir, que las Cartas de Patrocinio recepticias (con independencia de su contenido), dirigidas a una concreta entidad financiera, que ha concedido finalmente el crédito a la beneficiaria, están incluidas en el concepto de prestación de servicios y su emisión forma parte de la estrategia comercial y financiera del grupo de empresas.

**73.** Serán competentes, por tanto, los Tribunales del lugar del Estado miembro en el que según la Carta hubieran sido o debieran ser prestados los servicios. La determinación de los concretos Tribunales dependerá del tenor de la Carta y de las concretas obligaciones que en ella se hayan asumido.

Si bien debe tenerse siempre presente, a la hora de concretar esta regla de Competencia Judicial Internacional en el supuesto del que se trate, que se debe cumplir con las exigencias de previsibilidad, proximidad y certidumbre por cuanto su existencia misma viene motivada por el estrecho vínculo de conexión existente entre el contrato y el Tribunal que debe conocer del mismo. Así lo puso de relieve la STJUE 2 mayo 2007, en el asunto *Color Drack*<sup>87</sup>.

El criterio factual que ha de servir para identificar el lugar en el que hubieran sido o debieran ser prestados los servicios, en los supuestos que aquí interesan, dependerá de las concretas declaraciones que contenga la Letra. Si en ella, como suele ser habitual, se contienen simplemente informaciones acerca de la situación financiera de la filial o sobre su vinculación sobre ésta o relativas al crédito consentido y habida cuenta del carácter inmaterial que presentan, ese lugar no será otro que aquél al que se dirigieron y que identifica su misma finalidad: la generación de seguridad y confianza.

Esta seguridad se proporciona a través de lo consignado en ella y, por tanto, el lugar del cumplimiento es el del domicilio del receptor de la Carta al que ésta se dirige específicamente. Es allí donde se crea la confianza y donde se cumple, por tanto, el servicio. Si la confianza resulta rota porque las informaciones consignadas en la Carta no son veraces, deberán ser los Tribunales del domicilio de la entidad financiera, los competentes para conocer la controversia.

**74.** La proximidad del litigio a los Tribunales del domicilio del banco, en estos casos, es evidente. Pero además, se trata de un foro previsible porque la patrocinadora debe responsabilizarse de las

<sup>87</sup> STJCE 2 mayo 2007, C-386/05, apartado vigésimo segundo. Para un acercamiento a esta Sentencia v., entre otros muchos estudios, L. IDOT, «Premières précisions sur les nouvelles règles de compétence en matière contractuelle», *Europe* 2007 Juillet, n° 196, p. 24; J-S QUEGUINER, «Simplification et centralisation de la compétence territoriale interne: première interprétation communautaire de l'article 5, paragraphe 1, b) du règlement 'Bruxelles I'», *Revue Lamy droit des affaires*, 2007, n° 19, pp. 73-75; A. R. MARKUS, «La compétence en matière contractuelle selon le règlement 44/2001 'Bruxelles I' et la Convention de Lugano révisée à la suite de l'arrêt CJCE Color Drack», en AA.VV., *La Convention de Lugano: passé, présent et devenir. Actes de la 19e journée de droit international privé du 16 mars 2007 à Lausanne*, 2007, pp. 23-39; E. ADOBATI, «In caso di consegna di beni mobili in più luoghi di uno stesso Stato membro è competente a dirimere le controversie il giudice del luogo della consegna principale», *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, pp. 746-747; A. GARDELLA, «The ECJ in Search of Legal Certainty for Jurisdiction in Contract: The Color Drack Decision», *Yearbook of private international law*, 2007, pp. 439-447.

externalidades negativas que ocasiona su actuación en el extranjero. Si aquella hizo declaraciones falsas a un destinatario situado en el extranjero, debe prever que pueda ser demandada ante los Tribunales del país donde el destinatario recibió tales informaciones y donde aquellas generaron la confianza que le llevo a conceder la financiación<sup>88</sup>.

Los ejemplos prácticos propuestos encajan en ésta determinación del foro especial del artículo 5.1 b). En efecto, el compromiso que configura el núcleo de las Cartas es, en realidad, una simple información sobre la participación de la patrocinadora en el capital de la sociedad patrocinada y sobre la intención de mantener, en el futuro, esa participación.

La confianza y la seguridad se genera en el domicilio de la receptora que la acepta, concediendo la financiación. Si al final la Sociedad emitente no mantiene su compromiso, podrá ser demanda en el país del banco al que dirigió una declaración de Patrocinio que produjo un mero espejismo de confort, en cuanto que se trataba de una mera información.

**75.** Es necesario retener que existe otro compromiso que aparece, en ambos supuestos, unido al primero y que enmarca el carácter informativo de la misma Carta: el de advertir a la entidad crediticia de un eventual cambio de política de la patrocinadora. Si esto ocurriera y hubiera variaciones en la participación en el capital social, aquella se obliga a realizar la oportuna comunicación. En éste caso el compromiso debe realizarse en el domicilio de la entidad crediticia, pues a ella se debe dirigir la información comprometida.

**76.** La solución será, no obstante, diferente, si la Carta contiene compromisos concretos (conductas activas)<sup>89</sup> que deben ser satisfechos en el lugar de la residencia habitual de la filial. Es lo que ocurrirá cuando las Cartas contengan declaraciones relativas al aumento de capital de la filial, o al control de la dirección de las operaciones de ésta o al saneamiento de la situación financiera de la filial. En estos casos la designación pragmática del lugar de cumplimiento del servicio (artículo 5.1 b) del Reglamento Bruselas I), conduciría a otorgar competencia a los Tribunales del domicilio de la filial.

Obsérvese que esta solución es acorde con las exigencias de proximidad y de previsibilidad que deben cumplir, como se ha visto, las competencias especiales. El foro es próximo al litigio, pues supuestamente se ha incumplido por parte de la sociedad madre su compromiso a realizar en el país de la residencia de la filial y tal compromiso aparece consignado en la Carta. Pero además, es previsible para las partes, pues esos compromisos estipulados en la Carta ya habían sido aceptados por el banco, como sustento de la garantía que aquella proporcionó.

**77.** A ello hay que añadir, que la patrocinadora, como ocurría en el caso anterior, debe responsabilizarse de las externalidades negativas que ocasiona su actuación en el extranjero. Si aquella se obligó a cumplir algo en otro país, debe prever que pueda ser demandada ante los Tribunales del país donde está obligada a cumplir lo que ella misma estipuló<sup>90</sup>.

**78.** Por lo demás, será en última instancia el demandante el que si lo considera conveniente, utilizará éste foro, ya que siempre quedará abierto el foro general. En todo caso, podrá optar, sean cuales sean los compromisos asumidos en la Carta por la sociedad madre, por presentar la demanda ante los Tribunales de la residencia de ésta.

---

<sup>88</sup> M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Navarra, 2007, p. 143, consideran que el acreedor debe gozar de un foro en ese lugar: «De otro modo, esto es, si tuviese que acudir al foro del demandado para reclamar ese derecho subjetivo, su posición material se vería alterada: las reglas de CJI no reflejarían la localización geográfica del derecho subjetivo hecha por el derecho material que rige este derecho subjetivo».

<sup>89</sup> Como lo sería la declaración de mantenimiento de la participación social, si no fuera acompañada de la obligación de informar sobre su variación, lo que marca su carácter informativo.

<sup>90</sup> M. VIRGOS SORIANO / F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Navarra, 2007, p. 143.

**B) Especial referencia a las Cartas de Patrocinio recepticias de contenido complejo y mixto**

79. Quedaría por analizar un último tipo de Cartas de Patrocinio de contenido complejo, puesto que contienen más de una declaración, y mixto, puesto que contienen declaraciones de dos tipos: informativas y promisorias (entendiendo por tales las declaraciones relativas a obligaciones a cumplir en el país de la residencia de la filial). Adviértase que éstas Cartas contienen declaraciones que conducen a hacer competentes a Tribunales de diferentes Estados miembros.

Esto ocurriría si en los ejemplos propuestos existiera otra declaración más en la que se hiciese constar un compromiso particular como podría ser el siguiente: *«se pondrá a disposición de la sociedad patrocinada, en forma de préstamo, la suma de dinero que precisase»*.

Esta declaración abriría la competencia al Tribunal de la residencia de la filial, siendo igualmente competentes los Tribunales del domicilio de la entidad financiera por los motivos expuestos.

80. Si la reclamación se refiere a uno sólo de los compromisos, no se plantearía problemas de dualidad. La situación es otra, si se ha producido variaciones en el capital de la patrocinada sin acompañarse de la debida información a la entidad financiera y además, la patrocinadora no ha puesto a disposición de la filial suma de dinero alguna.

81. Debe recordarse a estos efectos que el artículo 5-1 b) establece una norma de competencia que se aplica al conjunto del contrato. Será competente el Tribunal del lugar del Estado en el que según el contrato, hubieran sido o deberían ser prestados los servicios. El tenor literal es cristalino, no cabe con base en él, abrir más que un foro de competencia especial. Con esta previsión se permite concentrar todos los litigios sobre un mismo contrato, (en este caso, sobre la Carta de Patrocinio) en un mismo lugar<sup>91</sup>. Por tanto, no es posible aceptar más que la competencia de un único Tribunal, con base a este foro especial.

82. Estos supuestos presentan una importante dificultad, si no es posible detectar factores determinantes para precisar cual es el lugar principal de prestación de los servicios<sup>92</sup>. En todo caso, habrá que analizar detalladamente el supuesto concreto para detectarlos y en el caso de existir y que no den lugar a dudas, justificar finalmente, la competencia de ese concreto Tribunal.

83. No obstante, no debe perderse la perspectiva global de la Carta. Esta estará integrada por declaraciones de diferente tipo; pero en la medida en que responden a una misma finalidad, es difícil determinar cual de ellas es la principal ya que todas coadyuvan al cumplimiento del mismo objetivo. Cuando no sea posible (atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto) determinar cual es el lugar principal de prestación de servicios, que represente la conexión más estrecha entre el litigio y el Tribunal competente, se deberá recurrir como solución final al foro general.

84. Téngase en cuenta que el art. 5.1 b) es aplicable, por lo que no habrá lugar al juego de la letra c) del mismo precepto que remitiría a la solución general de la letra a). Lo que ocurre en estos supuestos es que la posibilidad abierta por el art. 5.1 b) no conduce a un único Tribunal competente, razón por la que se excluye la apertura de un foro alternativo.

Esta solución será la más acorde con el principio de seguridad jurídica que, como recuerda la STJCE 19 febrero 2002 en el asunto *Bexis*, C-256/00, exige que las reglas de competencia que establecen excepciones al principio general, se interpreten de modo que permitan al demandado, normalmente informado, prever razonablemente cuál es el órgano jurisdiccional, distinto al del Estado de su domicilio ante el que pudiera ser demandado<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> M. VIRGOS SORIANO y F.J GARCIMARTIN ALFÉREZ tef. nota anterior p. 144.

<sup>92</sup> V. Sentencia asunto *Color Drack* ya citada.

<sup>93</sup> V. Apartado vigésimo sexto. En esta misma línea Sentencias del TJUE 28 septiembre 1999, *Gie Groupe Concorde y otros*, C-440/97 apartado vigésimo cuarto y Sentencia de 1 marzo 2005, *Owusu*, C- 281/02, ya citada, apartado cuadrágésimo.

**85.** A salvo del examen que deberá hacer el Tribunal en el supuesto concreto, los supuestos fácticos planteados hacen muy difícil determinar cual es el lugar principal de la prestación del servicio. Si la suma de dinero hubiera sido prestada, la filial habría saldado sus deudas; pero también podría ocurrir que un mantenimiento de la participación en el capital de la patrocinadora, hubiera evitado un devenir financiero nefasto a su filial. De ser así, es imposible detectar cual es el lugar principal de la prestación de los servicios, por lo que la solución al problema de la competencia judicial internacional vendría de la mano del foro general.

## **5. Ley aplicable al presunto incumplimiento de un pacto de honor por la sociedad patrocinadora**

**86.** Una vez determinada la competencia del Tribunal para conocer de la demanda, se ha de designar la ley aplicable al litigio y ésta será la que determine los efectos de la ruptura del pacto de honor y con ello, el destino final de la reclamación. Las Cartas de Patrocinio recepticias, reciben la calificación de «materia contractual», como ya se ha visto, de ahí que la solución a este último problema haya de buscarse en el Reglamento Roma I.

**87.** Es un Reglamento de aplicación universal, tal y como dispone su artículo 2<sup>94</sup>, y a través de él se trata de conseguir que los Estados miembros designen la misma ley nacional, con independencia del país del Tribunal ante el que se haya planteado el litigio. Con ello se logra favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios y se fomenta la seguridad, tal y como dispone el Considerando sexto de dicho Reglamento.

**88.** En defecto de clausula de elección de ley incorporada a la Carta, el Reglamento Roma I designa de manera directa la ley aplicable, cuando el supuesto puede ser subsumido en alguno de los contratos que se relacionan en el artículo 4.1. Es esa precisamente la solución que aquí interesa, pues la Carta de Patrocinio es atraída por la fuerza expansiva del concepto autónomo de contrato de prestación de servicios, que debe interpretarse del mismo modo que al aplicar Bruselas I, como así establece el considerando decimo séptimo de aquel Reglamento.

**89.** El artículo 4.1 b) dispone que el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual. El concepto de residencia habitual que mantiene el Reglamento coincide, por lo demás, con el establecido en el Reglamento Roma II. El art. 19.1 establece que:

- «1. A efectos de este Reglamento, la residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica será el lugar de su administración central.
2. Cuando el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento o si según el contrato, la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia o establecimiento, se considerará residencia habitual, el lugar en el que dicha sucursal, agencia u otro establecimiento está situado.»

**90.** En todas las variadas configuraciones que las Cartas de Patrocinio puedan presentar, la residencia habitual del prestador del servicio siempre será la misma: la del país donde este situada la administración central de la patrocinadora, que es la encargada de proporcionar seguridad al receptor, esto es, de realizar la prestación del servicio estipulada en la Carta.

**91.** La manera de proporcionarla puede cambiar. Unas veces será a través de la inserción de declaraciones meramente informativas, como las que son objeto de los dos supuestos fácticos propuestos;

---

<sup>94</sup> la Ley designada por el presente Reglamento se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante. Se aplica a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 y lo aplican todos los Tribunales de los Estados miembros, salvo Dinamarca.

otras veces incluirá obligaciones concretas respecto de la filial, como ocurre en el último ejemplo; pero en todos y en cada uno de estos casos, sólo habrá un prestador del servicio que es la entidad patrocinadora<sup>95</sup>.

**92.** Será la emisora la que tenga que mantener la participación en el capital de la sociedad filial, la que deba informar a la entidad financiera de cualquier modificación y la que, en su caso, prestará dinero a la patrocinada. La ley de su residencia habitual será la aplicable, es una ley cercana, previsible y su aplicación no resultará sorpresiva a las partes, ni difícil de determinar para el Tribunal competente.

**93.** Ahora bien, pudiera darse el caso de que esta norma, pese a las apreciaciones vertidas, condujera a la aplicación de una ley poco conectada con la Carta en determinadas circunstancias. Si esto ocurriera en un supuesto concreto, el propio Reglamento Roma I diseña un mecanismo de corrección, a través de la activación de la cláusula de excepción del artículo 4.3. «si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos, con otro país distinto del indicado en los apartados 1 y 2, se aplicará la ley de ese otro país».

**94.** Como puede observarse, el tono de la redacción del precepto, no deja dudas a cerca de la excepcionalidad de la aplicación de esta cláusula. No será suficiente con que existan vínculos con otro país, sino que estos deben ser *manifiestamente más estrechos*. Pero además, del conjunto de circunstancias se debe desprender *claramente*, que el contrato presenta esos lazos más intensos.

**95.** Será difícil que en la práctica de la transacción internacional del crédito llegue a desplegar efectos ésta cláusula de escape. Los vínculos con la ley de la residencia del prestador de servicio siempre serán muy significativos. Por otro lado, atender a la circunstancia muy común de que el banco y la filial tengan su residencia habitual en el mismo Estado (diferente del de la sociedad madre) sería tanto como hacer de la excepción la regla general. En todo caso, el Tribunal deberá realizar un examen exhaustivo de las circunstancias del caso concreto y en los supuestos más frecuentes no habrá lugar a activar la cláusula de los vínculos más estrechos.

---

<sup>95</sup> Considerando decimo noveno del Reglamento Roma I.

## Cuadro-resumen del Protocolo de actuación

### Supuestos fácticos Pactos de honor - Cartas de Patrocinio:

Nº 1. C'est avec plaisir que nous avons appris que (décrire l'opération que la banque destinataire de la lettre projetée de mettre en oeuvre avec la filiale)

Pour autant que de besoin, nous vous confirmons que notre participation dans le capital de la société patronnée s'élève à ----% et que nous veillerons à, sans cependant nous y obliger juridiquement la maintenir à ce niveau.

La cession de tout ou partie de cette participation fera l'objet d'un avertissement à votre attention.

Nº 2. Por la presente asumimos que mientras que HERO ESPAÑA SA esté endeudada con ustedes, no venderemos ni dispondremos de ninguna otra forma de ningún capital social de HERO ESPAÑA SA y les confirmamos que si en algún momento tuviéramos la intención de cambiar nuestro accionariado en HERO ES-PAÑA SA les informáramos al respecto, si así lo solicitan, con el fin de que las facilidades de crédito pudieran darse por reembolsadas o renegociarse.

Accedemos y entendemos que su decisión de otorgar facilidades a HERO ESPAÑA SA está sujeta a la confianza que otorga esta carta.

Declaración de Patrocinio nº 3. «se pondrá a disposición de la sociedad patrocinada, en forma de préstamo, la suma de dinero que precisase»

### Admisión de la demanda



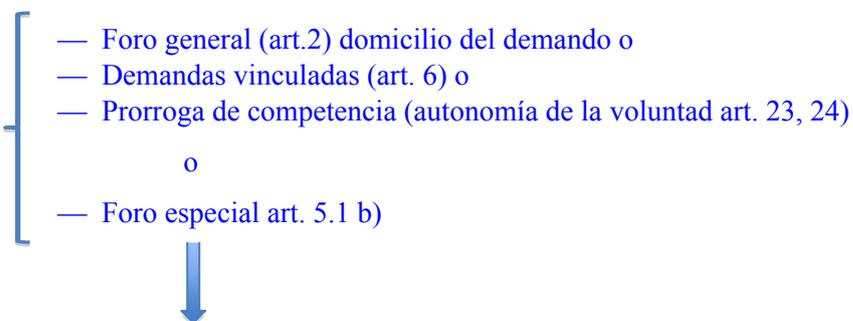
cumplimiento requisitos 403 y 247 LEC y art. 11 LOPJ



⊙ Calificación autónoma: «materia contractual»

Fundamento: jurisprudencia del TJUE

⊙ Determinación de la CJ: Reglamento Bruselas I



Tribunal del Estado miembro en que según el contrato hubiera sido o debieran ser prestados los servicios

- Modelos N° 1 y N° 2: mantenimiento del capital (información)



Tribunal del Estado de la entidad financiera

- Modelos N°1 y N° 2: Información de variaciones en la participación en el capital



Tribunal del Estado de la Entidad financiera

- Declaración n° 3: Puesta a disposición de capital → Tribunal del Estado de la filial

**\* Carta de patrocinio compleja y mixta \***

T. del lugar principal del servicio  
supuesto más frecuente: Imposible concreción



Consecuencia: no juego del foro especial

⊙ Determinación de la Ley aplicable: Reglamento Roma I

Modelo 1, 2 y 3 → art 4. b)

Ley del país en el que el prestador (sociedad madre) tenga su residencia habitual

Determinación de los efectos materiales de la ruptura del Pacto de honor

# LOS CONTRATOS INTERNACIONALES DE UTILIZACIÓN DE AERONAVES: A MODO DE SÍNTESIS\*

CARLOS LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA

*Doctor en Derecho*

*Abogado y profesor de universidad*

Recibido: 31.01.2012 / Aceptado: 03.02.2012

**Resumen:** El presente trabajo ofrece un breve análisis de los contratos de utilización de aeronaves en el que se pone de manifiesto las principales claves conceptuales que caracterizan a esta categoría contractual y se resumen los rasgos definidores de cada uno de los contratos que la integran, indicando sus problemas jurídicos básicos.

**Palabras clave:** contratos, utilización, aeronaves, arrendamiento, fletamento, intercambio.

**Abstract:** This paper proposes an essential approach to contracts for the utilization of aircrafts by describing their main conceptual keys, summarizing the characteristics of each contract and pointing out to their basic legal problems.

**Key words:** contracts, aircrafts, wet lease, dry lease, charter, interchange.

**Sumario:** I. Introducción. II. Contratos de utilización de aeronaves: Aspectos generales. III. Arrendamiento de aeronaves. 1. Régimen contractual. 2. Incidencia del Reglamento (CE) nº 1008/2008. IV. Fletamento de aeronaves. V. Intercambio de aeronaves. VI. Aspectos de DIPr. 1. Reglas generales. A) Competencia judicial internacional. B) Ley aplicable al contrato. 2. El Capítulo V del Convenio de Montreal.

## I. Introducción

1. El sector aeronáutico constituye una de las señas de identidad caracterizadoras de nuestros tiempos por su decisiva contribución a la libre circulación de mercancías y, muy significadamente, de personas, libertades ambas que están directamente vinculadas a la satisfacción de objetivos económicos, sociales y culturales inherentes al mundo del siglo XXI.

2. El centro de gravedad del sector aeronáutico pivota sobre la aeronave y, particularmente, sobre esa *especie* de aeronave que denominamos avión, es decir, la aeronave que cuenta con órganos

---

\* Este trabajo recoge la exposición realizada por su autor el 1 de julio de 2011 en una sesión del «Curso de Pós-Graduação em Direito Aéreo» que se imparte en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa. El título de la sesión fue el de «Os contratos internacionais de utilização de aeronaves». La sesión se insertaba dentro del módulo X del Curso, relativo al régimen jurídico de las aeronaves. El autor desea agradecer al Prof. Dr. D. Dário Moura Vicente, Coordinador del Curso, su amable invitación para participar en este prestigioso programa y quiere poner de manifiesto el altísimo nivel intelectual y profesional de los asistentes al Curso, circunstancia que contribuyó decisivamente a que la sesión celebrada un viernes por la tarde, en una cálida jornada de julio lisboeta, no exenta de amenazas de lluvia, fuese no sólo grata sino muy provechosa, al menos para quien tuvo el privilegio de dirigirse a tan cualificada y gentil audiencia. El trabajo que ahora se publica en CDT es una versión revisada del que se publicará en las Actas del Curso, que verán la luz próximamente bajo la dirección y coordinación del Prof. Moura.

de propulsión propios<sup>1</sup>. Y es que sin aeronaves no podrían cumplirse los objetivos, fundamentalmente de transporte pero también de otra índole o naturaleza (deportiva, recreativa, fotográfica, etc.), que caracterizan a nuestra aviación civil y comercial.

3. Las modalidades de utilización de una aeronave por una compañía aérea pueden ser diversas en atención al título en virtud del cual dicha compañía posee la aeronave. El más habitual de estos títulos es el de propiedad: las compañías aéreas emplean aeronaves de su pertenencia para realizar a cabo las actividades aeronáuticas que forman parte de su ámbito de actividad. Pero no es excepcional que una compañía aérea disponga de aeronaves por título distinto al de propiedad, siendo la tipología de títulos en este ámbito muy diversa en el tráfico. Es habitual, en este sentido, la tipología de carácter contractual, es decir, la utilización de aeronaves propiedad de terceros por medio de un compromiso contractual entre el tercero y quien desea disponer de la aeronave. Y las razones de este recurso contractual a aeronaves de terceros pueden ser muy variadas: hacer frente a los excesos de demanda que no pueden satisfacerse con medios propios de una compañía aérea, sustituir temporalmente aeronaves que deben ser objeto de mantenimiento, hacer frente a circunstancias de urgencia o de fuerza mayor, reducción de los costes inherentes a la titularidad dominical sobre una aeronave, etc.

4. En este trabajo vamos a centrarnos en estos mecanismos contractuales de utilización de aeronaves o, dicho con otras palabras, en los denominados «contratos de utilización de aeronaves». Con este objetivo, apuntaremos brevemente, en primer lugar, ciertos aspectos generales sobre esta categoría de contratos (II), para pasar, después, al análisis de los principales contratos que la integran: el arrendamiento de aeronaves (III), el fletamento de aeronaves (IV) y el intercambio de aeronaves (V). Y concluiremos con unas reflexiones sobre las consecuencias jurídicas de la caracterización internacional de los contratos de utilización de aeronaves, por ser éstos, precisamente, en muchas ocasiones, contratos con elemento extranjero (VI).

5. Las reflexiones que siguen a continuación se atienen -espero que fielmente- al esquema, contenido y límites de lo que en su origen fuera una exposición oral ofrecida por un jurista español a una audiencia formada por profesionales del sector aeronáutico portugués. Se trata, en suma, de una reflexión de alcance general que sólo circunstancialmente incidirá en aspectos de Derecho positivo español de producción interna, pero que no podrá, ni querrá, evitar el recurso a instrumentos normativos compartidos con nuestros vecinos lusos, como son, fundamentalmente, las fuentes de producción comunitaria e internacional, que vienen a destacar el genuino carácter global de este sector.

## II. Contratos de utilización de aeronaves: aspectos generales

6. Como acabamos de indicar, una compañía aérea puede necesitar recurrir a la vía contractual para poder disponer de una aeronave -o más de una- con la finalidad de utilizarla en una determinada actividad aeronáutica. Aunque son distintas las fórmulas contractuales que se emplean en el tráfico a estos efectos, suele hablarse en general, y con alcance aglutinador, de una categoría denominada «contratos de utilización de aeronaves», que han sido definidos, de modo amplio, como aquellos contratos por los que una parte, por medio de una contraprestación, adquiere el derecho al uso y disfrute en actividades aeronáuticas de una aeronave de otra parte o a la realización por esta otra parte de una determinada actividad aeronáutica con una aeronave en beneficio de la primera<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> M. J. MORILLAS JARILLO, «La aeronave como cosa compuesta. La singularidad del régimen de los motores», en F. MARTÍNEZ SANZ y M<sup>a</sup> V. PETIT LAVALL, *Estudios de Derecho aéreo: Aeronave y liberalización*, Marcial Pons, Madrid 2009, p. 92.

<sup>2</sup> La definición la hemos tomado de M. O. FOLCHI, «Los contratos de utilización de aeronaves», en MARTÍNEZ/PETIT, *op. cit.*, p. 25. El autor de esta definición indica que los contratos de utilización de aeronaves deben tener como objeto la realización de *actividades aeronáuticas*, dato éste que reiterará en cada una de las definiciones que ofrecerá posteriormente de los distintos tipos de contratos que integran la categoría de los contratos de utilización de aeronaves. Con esta indicación, quiere excluir de la citada categoría a aquellos contratos que tienen por objeto la utilización de una aeronave, por ejemplo, para su mera exhibición

7. La categoría de los contratos de utilización de aeronaves es una creación originariamente dogmática, que surge en ciertos círculos académicos en torno a los inicios de la segunda mitad del siglo XX, en sintonía con categorías similares del Derecho de la navegación marítima, y que ha sido objeto de reconocimiento y adopción legislativa, como tal categoría, en determinados ordenamientos nacionales, no así en el plano internacional. Se trata, en todo caso, de una categoría con límites y contenidos imprecisos y que ni siquiera con el paso de los años ha podido desprenderse de una excesiva rémora teórica, lo que dificulta seriamente su aplicación a la realidad del tráfico y arroja dudas sobre su utilidad como categoría jurídica, más allá de su carácter aglutinador conceptual, al no ofrecer, como tal categoría, soluciones directas a los problemas jurídicos que plantean cada uno de los contratos que suelen encuadrarse bajo dicha denominación, los cuales sí poseen, por el contrario, rasgos, elementos y características propias que permiten diferenciarlos unos de otros. Es más, cabría afirmar que la existencia de la categoría de los contratos de utilización de aeronaves, al igual que otras categorías similares, para lo poco que ha servido es para justificar diatribas doctrinales, excesivamente prolongadas y generalmente estériles, acerca de la necesidad de incluir o no a determinados contratos (como el contrato de transporte) en dicha categoría.

8. Admitiremos, por tanto, la categoría de los contratos de utilización de aeronaves como instrumento dogmático (o, en su caso, legislativo) para sistematizar, desde una perspectiva teórica o conceptual, una serie de contratos cuyo objeto es la utilización de una aeronave. Pero no olvidemos que son, en suma, cada uno de los contratos que se han adscrito a dicha categoría los que gozan de vida propia y autónoma desde una perspectiva jurídico-dogmática y, en su caso, jurídico-normativa. De ahí que el estudio de los contratos de utilización de aeronaves acabe ciñéndose siempre al análisis individualizado de cada uno de aquellos contratos.

9. Y son tres, esencialmente, los contratos (o tipos de contratos) que se han venido integrando bajo dicha categoría: el arrendamiento de aeronaves, el fletamento de aeronaves y el intercambio de aeronaves. Lo cual, por otro lado, tampoco es del todo definitorio, porque, como se verá, dentro de cada una de esos tipos contractuales pueden existir apreciables variaciones de régimen en el tráfico. Sin contar, por su parte, con el hecho de que en el sector aeronáutico, a diferencia de lo que sucede en el marítimo, la terminología con la que se suele identificar a cada una de las modalidades de contratos de utilización de aeronaves es notablemente confusa, como pone de manifiesto, por ejemplo, la discutida y discutible expresión de «charter», que lo mismo vale para un roto que para un descosido<sup>3</sup>.

10. Hablaremos, a continuación, de aquellos tres contratos. Y dejaremos fuera al contrato de transporte aéreo y al poliforme *leasing* de aeronaves<sup>4</sup>. Y no porque tomemos partido por una u otra concepción dogmática sobre el contenido de la categoría de los contratos de utilización de aeronaves, sino porque entendemos, sin más, que estos dos negocios jurídicos poseen un objeto y responden a finalidades diversas, amén de gozar de un sistema regulador, de base legal o autónoma, que los singulariza de modo especial.

### III. Arrendamiento de aeronaves

#### 1. Régimen contractual

11. El arrendamiento de aeronave es un contrato por el que una persona (arrendador) cede el uso y disfrute de una aeronave determinada (sobre la que tiene una facultad de disposición bien como

---

o exposición al público. Se trata, en todo caso, de una utilización residual de la aeronave, pues ésta normalmente será empleada para realizar actividades aeronáuticas. Hecha esta precisión, no volveremos más sobre esta cuestión.

<sup>3</sup> Véanse, en este sentido las breves reflexiones al respecto de M. O. FOLCHI, «Los contratos de utilización de aeronaves», *cit.*, pp. 49-51.

<sup>4</sup> En particular, sobre el leasing de aeronaves, véase M<sup>a</sup> J. MORILLAS JARILLO, «Algunos aspectos del leasing de aeronaves en España», *RDM* (298) 1993, pp. 471-586.

propietario o bien en virtud de otro título que confiera dicha facultad) a otra persona (arrendatario) para ser utilizada por esta otra persona (que será su poseedor) bien por un tiempo determinado, bien por uno o varios viajes o bien por un número determinado de kilómetros (o, en su caso, millas) a cambio de una contraprestación económica<sup>5</sup>.

12. Su naturaleza jurídica no es otra que la propia de un arrendamiento de cosa, arrendamiento cualificado en este caso por ser la aeronave una *cosa* compleja y compuesta. Y en el supuesto de que se produzca el arrendamiento de la aeronave con su tripulación, estaremos ante un contrato *mixto* de arrendamiento de cosa y, en su caso, de arrendamiento de servicios (por lo que respecta a la cesión de la tripulación y sin perjuicio de las consideraciones de orden jurídico-laboral que esta cesión pudiera implicar).

13. No existe en nuestro ordenamiento jurídico regulación específica del arrendamiento de aeronaves, como tal contrato, por lo que, en su caso, éste deberá regirse por la normativa común aplicable al arrendamiento de cosas (Código Civil) y, fundamentalmente, por las reglas establecidas por las partes del contrato (autonomía de la voluntad). No obstante, en aspectos específicos de su régimen, sí que podemos encontrar normativa, en este caso comunitaria, aplicable a este contrato, cuyo objeto es fundamentalmente fiscalizar las operaciones de arrendamiento de aeronaves en atención a razones de seguridad. Nos referimos, en concreto, al Reglamento (CE) n° 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (versión refundida), que constituye el instrumento normativo básico en el ámbito de la prestación de servicios aéreos en la Comunidad<sup>6</sup>. Y, junto a este texto, también deberá tenerse en cuenta el Reglamento (CE) n° 859/2008, de la Comisión de 20 de agosto de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 3922/91, del Consejo, en lo relativo a los requisitos técnicos y los procedimientos administrativos comunes aplicables al transporte comercial por avión [JAR (EU)-OPS]<sup>7</sup>.

14. La definición y naturaleza del arrendamiento de aeronave nos dan ocasión para identificar los elementos y características básicas de este tipo de contrato. Resulta evidente, por un lado, que este contrato se caracteriza, en primer lugar, por su *bilateralidad*, en el sentido de que surgen del contrato obligaciones a cargo de ambas partes, obligaciones que identificaremos más adelante. Por otra parte, se trata de un contrato natural, y por lo tanto no esencialmente, *oneroso*, lo que supone que, por regla general, el derecho a la utilización de la aeronave se hará a cambio de una contraprestación (aunque ésta no sea necesaria, en hipótesis, a los efectos de su existencia). Suele afirmarse, por otro lado, y con acierto, que el arrendamiento de aeronave es un contrato *consensual* en el que, en consecuencia, su validez depende exclusivamente de la existencia de un acuerdo entre las partes y no del cumplimiento de determinados requisitos o *exigencias formales*. Sucede, no obstante, que no es concebible en el tráfico un arrendamiento de aeronave que no se documente por escrito y no sólo ya por la complejidad propia de este tipo de negocios, que exigen de una concreción de detalles que sólo pueden recogerse de tal forma, sino porque, como diremos más adelante, este tipo de contratos producen una serie de efectos con trascendencia jurídica que exigen su inscripción registral, para la que es necesaria la formalización por escrito del acuerdo contractual. Puede concluirse, por tanto, que el arrendamiento de aeronave es un contrato consensual en el sentido de que no es un contrato real (es decir, no se exige la entrega de la cosa –aeronave– para su existencia y validez), pero cuya consensualidad resulta muy matizada por las exigencias formales que impone la normativa aplicable.

15. Dos notas más hay que destacar del arrendamiento de aeronaves a la luz de la definición que hemos ofrecido. Por un lado, la aeronave objeto de arrendamiento debe estar determinada en el contrato a través de los elementos identificadores propios de este tipo de bienes (clase, modelo, matrícula, nacionalidad,

<sup>5</sup> Según definición de F. MARTÍNEZ SANZ y J. HUGUET MONFORT, «El arrendamiento de aeronaves tras el Reglamento (CE) Núm. 1008/2008, de 24 de septiembre», en MARTÍNEZ/PETIT, *op.cit.*, p. 262

<sup>6</sup> DOUE n° L 293/3, de 31 de octubre de 2008.

<sup>7</sup> DOUE, n° L 254/1, de 20 de septiembre de 2008.

características técnicas, capacidad, etc.). El objeto del arrendamiento, por tanto, es una aeronave concreta y específica. Y el contrato puede cubrir el arrendamiento simultáneo de más de una aeronave.

**16.** Por otro lado, el arrendamiento de aeronave es un contrato de duración y de tracto sucesivo. Esta circunstancia se identifica en el contrato bien por referencia a un plazo de tiempo (el arrendatario podrá utilizar la aeronave durante el plazo pactado), pero también puede acordarse en atención a un determinado número de viajes (uno o más) a realizar por la aeronave arrendada o a su utilización durante una distancia determinada.

**17.** El contenido del contrato se estructura en sus líneas básicas conforme a lo que se establece a continuación.

**18.** El arrendador, por un lado, asume las siguientes obligaciones: (a) entregar la aeronave (en su caso, con su tripulación) en el lugar y fecha pactados y, por regla general, en condiciones de aeronavegabilidad (es decir, con su certificado de aeronavegabilidad vigente y demás documentación exigida por las normas aplicables); (b) conservar la aeronave en buen estado mientras dure el contrato de forma que pueda servir al uso pactado (lo que, en su caso, implicará hacerse cargo de las reparaciones de la aeronave); y, finalmente, (c) garantizar al arrendatario el uso y disfrute pacífico de la aeronave.

**19.** Y, por lo que respecta al arrendatario, sus obligaciones básicas son las siguientes: (a) pagar el precio del arrendamiento (renta) estipulado en el contrato; (b) usar la aeronave de acuerdo con su naturaleza y según el objeto pactado en el contrato; (c) devolver la aeronave a la finalización del contrato en el lugar y tiempo acordados y en el mismo estado (sin perjuicio del desgaste usual) que tenía al principio del arrendamiento; y, finalmente, (d) correr con los gastos ordinarios de explotación de la aeronave (así como, en su caso, según la modalidad contratada, con los gastos generales de mantenimiento y aseguramiento).

**20.** Existen, fundamentalmente, dos clases de arrendamientos de aeronave: el arrendamiento sin tripulación y el arrendamiento con tripulación.

**21.** El primero, también denominado arrendamiento «a casco desnudo» o, en terminología anglosajona (que es la que ha tenido éxito en el tráfico), «dry lease», es un simple arrendamiento de la aeronave, cuya tripulación deberá ser dotada por el propio arrendatario. En este tipo de arrendamiento, el «control comercial» y el «control operacional» de la aeronave pertenecen en exclusiva al arrendatario. Lo que quiere decir, en primer lugar, que será éste quien decida, dentro de los términos acordados, el uso que va a otorgar a la aeronave y quien habrá de gestionar adecuadamente dicho uso (control comercial). Y, en segundo lugar, que la aeronave arrendada deberá ser explotada bajo el «Certificado de Operador Aéreo» (AOC) del arrendatario (control operacional)<sup>8</sup>.

**22.** Por su parte, en la segunda modalidad de arrendamiento de aeronave, es decir el de la aeronave armada y equipada, también denominado «wet lease», además de la aeronave, el arrendador se obliga a ceder al arrendatario la utilización de su tripulación<sup>9</sup>. En este tipo de contrato de arrendamiento, al igual que sucede en el «dry lease», el arrendatario dispone del control comercial de la aeronave

<sup>8</sup> Véase el artículo 2, apartado 24) del Reglamento (CE) 1008/2008 y el EU-OPS 1.165, a), 1), del Reglamento (CE) 859/2008. El «Certificado de Operador Aéreo» es aquel «certificado expedido a una empresa en el que se acredite que el operador posee la capacidad profesional y la organización necesarias para garantizar la seguridad de las operaciones especificadas en el mismo, según se prevé en las disposiciones de derecho comunitario aplicables o en la normativa nacional, según proceda» (artículo 2, apartado 8), del Reglamento (CE) 1008/2008).

<sup>9</sup> Si la cesión no incluye la tripulación de cabina de pasajeros suele hablarse de «damp lease». No es éste, en todo caso, un acuerdo muy habitual en el tráfico. En estos supuestos, será el arrendatario quien deba dotar la tripulación de cabina de pasajeros, aunque el arrendador habitualmente proporcionará a dicha tripulación la formación sobre los procedimientos de seguridad y emergencia característicos del avión arrendado.

arrendada, pero el avión arrendado deberá ser explotado bajo el certificado de operador aéreo del arrendador, lo que significa que será esta parte, y no el arrendatario, quien tenga el control operacional de la aeronave<sup>10</sup>. En el tráfico es posible encontrar distintos tipos de contratos de «wet lease», en atención a la configuración y distribución entre las partes de sus respectivas obligaciones, siendo el más habitual el que se conoce con las siglas «ACMI» («Aircraft, Crew, Maintenance, Insurance»), por ser un contrato en el que el arrendador se obliga a ceder la aeronave («Aircraft») y su tripulación («Crew»)<sup>11</sup>, así como a correr con los gastos de mantenimiento («Maintenance») y aseguramiento («Insurance»)<sup>12</sup> de la aeronave<sup>13</sup>.

**23.** Téngase en cuenta, por último, que tanto en los supuestos de «dry lease» como en los de «wet lease», los vuelos se suelen operar bajo el código propio del arrendatario, por ser éste quien comercializa las plazas o espacios de la aeronave (control comercial). En estas circunstancias, y tratándose de un «wet lease», el arrendatario está obligado a informar a los pasajeros de la identidad de la compañía o compañías aéreas operadoras (es decir, de quien es la compañía arrendadora que, como dijimos, mantiene el control operacional sobre la aeronave), en los términos establecidos por el artículo 11 del Reglamento (CE) n° 2111/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005<sup>14</sup>.

## 2. Incidencia del Reglamento (CE) n° 1008/2008

**24.** Como señalamos más arriba, el Reglamento (CE) n° 1008/2008 constituye un instrumento normativo esencial en la regulación comunitaria de la libre prestación de servicios aéreos<sup>15</sup>. Y, si bien no regula directamente el arrendamiento de aeronaves en sus aspectos contractuales, este Reglamento contiene algunas normas relevantes aplicables a este contrato en aspectos concretos de su régimen jurídico, que pasamos a analizar brevemente.

**25.** En primer lugar, debemos destacar el artículo 4, c) del Reglamento, por cuya virtud para la concesión de una licencia de explotación<sup>16</sup> será necesario que la empresa tenga a su disposición una o más aeronaves en propiedad o mediante acuerdo de arrendamiento *sin tripulación*. El Reglamento, por lo tanto, a estos exclusivos efectos, sólo acepta los contratos de «dry lease», excluyendo otras clases de arrendamiento, particularmente los denominados «wet lease»<sup>17</sup>. El cumplimiento de este requisito ha de ser mantenido en todo momento por la compañía aérea comunitaria que ha obtenido la licencia.

**26.** En segundo lugar, en el ámbito de la matrícula de aeronaves, habrá que tener en cuenta lo establecido por el artículo 12 del Reglamento. Este precepto, en su primer apartado, señala que las aeronaves que utilice una compañía aérea comunitaria deberán estar matriculadas, según disponga el Estado miembro cuya autoridad competente haya expedido la licencia de explotación, en su registro

<sup>10</sup> Artículo 2, apartado 25) del Reglamento (CE) 1008/2008 y EU-OPS 1.165, a), 2), del Reglamento (CE) 859/2008.

<sup>11</sup> Podrá tratarse de una o más tripulaciones.

<sup>12</sup> El arrendador asume, por regla general, los seguros de casco («hull») y de responsabilidad frente a terceros («third party liability»). Otros seguros quedan, en su caso, a cargo del arrendatario (daños a pasajeros, equipajes, mercancías, etc.).

<sup>13</sup> Serán, por el contrario, a cargo del arrendatario los gastos de combustible, las tasas y tarifas aplicables (landing, handling, parking, storage), y los costes de manutención, alojamiento, transporte y tasas de visado de la tripulación.

<sup>14</sup> DOUE n° L 344/15, de 27 de diciembre de 2005. Este Reglamento ofrece una definición de «compañía aérea operadora» en su artículo 2, e).

<sup>15</sup> En general, véase D. BOCCHESI, «La rifusione della disciplina comunitaria sulla prestazione dei servizi aerei», en MARTÍNEZ/PETIT LAVALL, *op.cit.*, pp. 311-340.

<sup>16</sup> La «licencia de explotación» es definida por el artículo 2, 1) del Reglamento como «una autorización concedida por la autoridad competente para la concesión de licencias a una empresa, por la que se le permite prestar servicios aéreos en las condiciones que figuren en la licencia».

<sup>17</sup> Como el propio artículo 13.1 del Reglamento indica («sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, letra c)), las compañías aéreas comunitarias también podrán disponer de aeronaves en régimen de «wet lease», pero a los efectos de obtener la correspondiente licencia e explotación no bastará con tener sólo una o varias aeronaves en régimen de «wet lease». Será necesario que sean titulares dominicales o arrendatarios sin tripulación de una aeronave.

nacional o en la Comunidad. El precepto se refiere, en consecuencia, tanto a las aeronaves en propiedad como a aquellas que se utilizan por la compañía aérea comunitaria bajo régimen de arrendamiento en sus distintas modalidades.

27. El apartado 2 del artículo 12 del Reglamento, por su parte, establece que las autoridades aeronáuticas competentes, con arreglo a las leyes y reglamentos aplicables, admitirán en su registro nacional, sin retrasos ni tasas discriminatorias, las aeronaves propiedad de nacionales de otros Estados miembros y los traslados de matrículas de aeronaves registradas en otros Estados miembros, no pudiendo aplicarse ninguna tasa a la transferencia de aeronaves que no sean las tasas de matrículas normales. Se reconoce, en general, con este precepto, a efectos de su matrícula, el principio de libre circulación entre registros comunitarios de aeronaves propiedad de nacionales de Estados comunitarios y de libre transferencia de matrícula de aeronaves registradas en otros Estados comunitarios, libertad que no podrá estar sujeta a discriminaciones derivadas de las tasas aplicables o a retrasos en la tramitación de la matrícula, que deberá efectuarse conforme a las leyes y reglamentos aplicables.

28. Finalmente, el artículo 13 del Reglamento, bajo un título muy expresivo («Arrendamiento»), aborda diversos aspectos que afectan a este negocio jurídico y que pasamos a referir a continuación<sup>18</sup>.

29. Parte este precepto, en su apartado 1, de un principio general según el cual las compañías aéreas comunitarias podrán disponer de una o varias aeronaves en régimen de *arrendamiento con o sin tripulación*. Admite, por tanto, el Reglamento ambas modalidades de arrendamiento («dry» y «wet») en aeronaves operadas por compañías aéreas comunitarias, si bien, como ya advertimos («sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, letra c»), a los efectos de la concesión de la correspondiente licencia de explotación, la empresa deberá tener al menos una aeronave en propiedad o en arrendamiento sin tripulación. No se le podrá conceder la licencia si sólo dispone de una o varias aeronaves en régimen de arrendamiento con tripulación. Por lo tanto, una vez concedida la licencia, y en la medida en que siga cumpliendo con el requisito de contar con una o más aeronaves en propiedad o en arrendamiento sin tripulación, la compañía aérea podrá disponer, además, de aeronaves en régimen de «wet lease». Este dato lo corrobora el propio precepto al establecer que las compañías aéreas comunitarias podrán explotar libremente aeronaves matriculadas en la Comunidad en régimen de arrendamiento con tripulación, *excepto* si ello supusiera un riesgo para la seguridad. Obsérvese que la norma exige, en este caso, que se trate de aeronaves matriculadas en la Comunidad y que las restricciones que pudieran plantearse se basen exclusivamente en razones de seguridad<sup>19</sup>.

30. El principio de libre disposición de aeronaves matriculadas en la Comunidad en régimen de arrendamiento, con o sin tripulación, establecido por el apartado 1 del artículo 13 del Reglamento 1008/2008 experimenta una *modulación* en su apartado 2, al exigir la aprobación previa de dichos contratos por las autoridades aeronáuticas, conforme a la normativa nacional o comunitaria aplicable, en los dos siguientes supuestos: a) acuerdos de arrendamiento sin tripulación («dry lease») en los que sea parte una compañía aérea comunitaria; y b) acuerdos de arrendamiento con tripulación («wet lease») en virtud de los cuales la compañía aérea comunitaria sea el arrendatario de la aeronave. Insiste también aquí el precepto del Reglamento en la razones de seguridad que motivan la necesidad de dicha aprobación previa («en materia de seguridad de la aviación»).

<sup>18</sup> En el ordenamiento jurídico español, las previsiones que establece a este respecto el artículo 13 del Reglamento 1008/2008 están también recogidas, con mayor detalle, en la Orden Ministerial de 12 de marzo de 1998 de normas para la concesión y el mantenimiento de licencias de explotación a las compañías aéreas (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1998) y, especialmente, en la Circular Aeronáutica 3/2006, de 10 de noviembre, de la Dirección General de Aviación Civil, por la que se regula el arrendamiento de aeronaves entre compañías aéreas, sin inscripción en el Registro de Matrícula de Aeronaves (BOE núm. 278, de 21 de noviembre de 2006).

<sup>19</sup> Planteamiento que vuelve a reiterar el inciso final del artículo 13.1 del Reglamento al indicar que la Comisión garantizará que la aplicación de la presente disposición sea razonable y proporcional y se fundamente en criterios de seguridad.

**31.** También exige autorización<sup>20</sup> previa el apartado 3 del artículo 13 del Reglamento en los supuestos de arrendamiento por parte de compañías aéreas comunitarias de aeronaves con tripulación («wet lease») matriculadas en terceros Estados y que sean propiedad de otras compañías aéreas. En este caso, la autorización deberá ser otorgada por la autoridad competente para la concesión de licencias de explotación aérea y estará sometida al cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho apartado, que son, fundamentalmente, dos. El primero, que la compañía aérea comunitaria demuestre de forma satisfactoria que cumple todas las normas de seguridad equivalentes a las normas impuestas por la normativa comunitaria o nacional. Y el segundo, que la compañía aérea justifique el arrendamiento en alguna de las necesidades taxativamente establecidas en los apartados i), ii) o iii) del artículo 13.3, letra b) del Reglamento<sup>21</sup>.

**32.** Finaliza el artículo 13 con un apartado 4, del que debemos destacar algunas cuestiones.

**33.** Señala, en primer lugar, este apartado que las autoridades competentes podrán imponer condiciones para la concesión de la autorización, que, en su caso, deberán formar parte del contrato de arrendamiento con tripulación («wet lease»). Dado que el artículo 13.2 del Reglamento habla de «aprobación» y el artículo 13.3 de «autorización», parecería que el apartado 4 sólo es referible a los supuestos contemplados en el apartado 3, pero si tenemos en cuenta que esa distinción terminológica no aparece en otras versiones idiomáticas del Reglamento, la conclusión a la que habría que llegar es la contraria.

**34.** Señala, por otro lado, el segundo párrafo del artículo 13.4 del Reglamento que las autoridades competentes podrán denegar una autorización si no existe reciprocidad en relación con el arrendamiento con tripulación («wet lease») entre el Estado miembro de que se trate o la Comunidad y el tercer país en el que esté matriculada la aeronave objeto del arrendamiento con tripulación. En este caso, teniendo en cuenta que el precepto se está refiriendo al «wet lease» de aeronaves matriculadas en terceros países, debemos entender que esta denegación sólo se podrá producir en relación con los supuestos previstos en el apartado 3 del artículo 13.

**35.** Concluye el precepto señalando que las autoridades competentes deberán comunicar a los Estados miembros interesados toda autorización de arrendamiento de una aeronave con tripulación, cuando se trate de aeronaves matriculadas en terceros países.

#### **IV. Fletamento de aeronaves**

**36.** El fletamento de aeronaves, identificado a veces con el nombre de «charter aéreo»<sup>22</sup>, es un contrato por el que una persona (fletante) se obliga frente a otra (fletador), a cambio de un precio, a realizar

<sup>20</sup> El artículo 13.3 utiliza la expresión de «autorización» frente a la de «aprobación» que emplea el artículo 13.2. No sucede así, por ejemplo, en la versión inglesa del Reglamento, que emplea la misma expresión en ambos casos («approval»). El mismo artículo 13.3, por lo demás, emplea la expresión «aprobación» en su apartado b), ii).

<sup>21</sup> Se trata de a) necesidades excepcionales (apartado i), en cuyo caso, la autorización concedida no podrá tener una duración superior a siete meses, renovable por un único periodo adicional de otros siete meses; b) necesidades de capacidad de carácter estacional, que no puedan satisfacerse razonablemente mediante el arrendamiento de aeronaves matriculadas en la Comunidad (apartado ii), pudiendo (y no «debiendo», como dice incorrectamente la versión española) renovarse la autorización; y c) dificultades de explotación, no siendo posible o razonable alquilar (sic) aeronaves matriculadas en la Comunidad (apartado iii), en cuyo caso la autorización estará estrictamente limitada a la superación de las dificultades.

<sup>22</sup> La expresión inglesa «charter» tiene un alcance tan amplio que genera enorme confusión en éste u otros ámbitos contractuales próximos, motivo por el que, en vez de pretender caracterizar a un determinado contrato (o categoría de contratos) de utilización de aeronaves exclusivamente por su nombre, es necesario hacerlo atendiendo a su verdadero contenido obligacional. Suele ser habitual, por ejemplo, emplear la expresión de «charter» para identificar los supuestos de tráfico aéreo eventual o no regular, es decir, el transporte aéreo comercial que no es prestado con arreglo a tarifas, itinerarios y horarios fijos de conocimiento general (artículo 67 de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de navegación aérea). Pero no necesariamente los vuelos «charter» en el sentido recién expresado habrán de ser llevados a cabo con aeronaves objeto de fletamento. Se trata, por tanto, de expresiones que indican realidades distintas, aunque a veces puedan solaparse en una misma situación.

con una aeronave (determinada o determinable)<sup>23</sup> una o más operaciones aéreas específicamente fijadas o referidas a un periodo de tiempo, siguiendo las instrucciones del fletador<sup>24</sup>. Su naturaleza jurídica, aunque discutida, es la de un arrendamiento de obra, consistiendo la obra (resultado) propia de este contrato en la realización por parte del fletante de la operación u operaciones aéreas solicitadas por el fletador<sup>25</sup>.

37. Por lo que a sus rasgos caracterizadores se refiere, este contrato, al igual que el de arrendamiento se caracteriza por ser bilateral, consensual, formal y naturalmente oneroso. Y, según la modalidad de fletamento de que se trate, será un contrato de tracto único o sucesivo.

38. Cuando se habla, precisamente, de las modalidades del fletamento aéreo, suele distinguirse, por un lado, entre el fletamento por uno o más viajes y el fletamento por tiempo, distinción que se efectúa en atención a si el compromiso del fletante es realizar con la aeronave fletada uno o más viajes debidamente pactados o tantos viajes como sea posible dentro del plazo de tiempo durante el cual la aeronave estará a disposición del fletador.

39. También suele distinguirse, por otro lado, entre los supuestos de fletamento total o parcial de la aeronave. En el primer caso, lo que se fleta es toda la aeronave con su plena capacidad de carga o de asientos de pasajeros, mientras que en el segundo supuesto el fletamento sólo alcanza a una parte de la capacidad de carga o del número de asientos de pasajeros.

40. Por lo que respecta al contenido del contrato, podemos señalar como obligaciones básicas del fletante las siguientes: a) realizar con la aeronave la actividad pactada con el fletador; y b) mantener la aeronave en condiciones de aeronavegabilidad, poseer todos los permisos y autorizaciones pertinentes y cumplir con las exigencias legales aplicables. Y por lo que respecta al fletador, éste deberá: a) pagar el precio acordado por el fletamento; y b) utilizar la aeronave de acuerdo con lo pactado en el contrato.

41. Uno de los problemas recurrentes que presenta el fletamento aéreo, desde la perspectiva de su caracterización jurídica, es el de su distinción de otras modalidades de contratos de utilización de una aeronave. No suele, ni debería, haber dificultades en su distinción del arrendamiento de aeronave sin tripulación («dry lease»). Más compleja es, sin embargo, su relación con el arrendamiento de aeronave con tripulación («wet lease»). En ambos casos, el control operacional de la aeronave permanece en el fletante (fletamento) o en el arrendador («wet lease»)<sup>26</sup>, mientras que es el fletador (fletamento) o el arrendatario («wet lease») quienes toman las decisiones relativas a la utilización comercial de la aeronave. Suele ponerse el eje de la distinción, con buen criterio a nuestro juicio, en el específico marco o contexto funcional al que se adhieren, o en el que se insertan, habitualmente uno y otro tipo de contrato. Y, concretamente, en el hecho de que el fletamento aéreo suele emplearse en el ámbito de operaciones en las que una agencia de viajes u operador turístico (fletador) necesita tener a su disposición una aeronave (o más) para realizar con ella las operaciones de transporte que ha comprometido con sus clientes, para lo cual habrá que fletar una aeronave operada por una compañía aérea (fletante).

## V. Intercambio de aeronaves

42. Por último, dentro de la categoría de los contratos de utilización de aeronaves, suele distinguirse un tercer género, el de los contratos de intercambio de aeronaves («Aircraft Interchange

<sup>23</sup> En todo caso, la aeronave constituye un elemento fundamental de este contrato, pues el fletador habitualmente querrá una aeronave determinada o que posea unas condiciones y características concretas y particulares.

<sup>24</sup> Se adopta esta definición, en sus líneas esenciales, partiendo de la que ofrece M. O. FOLCHI, *op. cit.*, p. 42.

<sup>25</sup> Sobre el «charter aéreo», véanse los trabajos de F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, «El charter aéreo: una aproximación al estudio de su régimen jurídico», *RDM* (134) 1979, pp. 429-484 y de F. MARTÍNEZ SANZ, «El contrato de charter aéreo», en R. GARCÍA MACHO y A. RECALDE CASTELLS, *Lecciones de Derecho del Turismo*, Tirant lo Blanch 2000, pp. 335-355.

<sup>26</sup> Sobre este confuso aspecto, D. Díez RAMOS, «El control operacional de la aeronave como elemento diferenciador entre el «wet lease agreement» y el charter aéreo», en MARTÍNEZ/PETIT LAVALL, *op.cit.*, pp. 141-149.

Agreements»), que son aquellos en cuya virtud dos o más compañías aéreas se comprometen a utilizar recíprocamente (intercambiarse) sus respectivas aeronaves en los términos y condiciones pactados entre dichas compañías. Se trata de una figura contractual habitual en el tráfico y caracterizada por su complejidad estructural y jurídica, en la que se advierten, según los casos, rasgos propios del arrendamiento (con o sin tripulación) y/o del fletamento de aeronaves. Y en este sentido, los caracteres de este contrato son reconducibles a los que ya se han puesto de manifiesto con respecto a esos otros contratos (bilateralidad, consensualidad, formalismo, onerosidad natural y tracto único o sucesivo, según las circunstancias pactadas).

## VI. Aspectos de DIPr.

43. Es muy frecuente que los contratos de utilización de aeronaves tengan carácter internacional por existir en su estructura (subjética, objetiva, real o formal) uno o varios elementos extranjeros<sup>27</sup>. Son, en consecuencia, contratos que deben ser vistos necesariamente a la luz de las correspondientes normas de DIPr, particularmente en los aspectos relativos a la competencia judicial internacional y a la ley aplicable al contrato. A continuación analizaremos, desde la perspectiva del DIPr de producción comunitaria<sup>28</sup>, cuáles son las reglas generales que deben ser aplicadas en estos casos (apartado A), para concluir con algunas reflexiones sobre la aplicación del Convenio de Montreal, y en concreto su Capítulo V, en el ámbito de los contratos de utilización de aeronaves (apartado B).

### 1. Reglas generales

#### A) Competencia judicial internacional

44. En los litigios relativos a contratos de utilización de aeronaves, la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales (de los Estados miembros) deberá realizarse, por regla general, conforme al 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, siempre que el supuesto de hecho litigioso esté comprendido en el ámbito de aplicación temporal, espacial, material y personal del Reglamento<sup>29</sup>.

45. De los foros jerarquizados que contempla el Reglamento, veamos cuáles son susceptibles de aplicación a las distintas modalidades de contratos de utilización de aeronaves.

46. En primer lugar, entre los foros de competencias exclusivas del artículo 22, ninguno de ellos resulta aplicable a estos contratos, ni siquiera el previsto en su apartado 3) relativo a la validez de las inscripciones en registros públicos, pues la inscripción de los contratos de arrendamiento de aeronaves en el registro de matrícula correspondiente constituye una cuestión propia del Derecho administrativo u ordenador, que es ajena al ámbito de aplicación material del Reglamento, que se centra en la materia civil y mercantil.

47. En segundo lugar, los foros de prórroga de la competencia (sumisión) serán susceptibles de aplicación en el caso de los contratos que ahora nos ocupan, tanto en su modalidad de sumisión tácita

<sup>27</sup> Al respecto, véase A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, volumen I, 12ª edición, Comares, Granada 2011-2012, pp. 25 ss.

<sup>28</sup> Acogemos esta perspectiva en atención a la orientación originaria de la conferencia en la que se basa este trabajo. No se trata, en cualquier caso, de una perspectiva limitativa, porque los instrumentos que vamos a analizar a continuación, particularmente en el sector del Derecho aplicable, son los principales en este sector.

<sup>29</sup> DOCE n° L 12/1, de 16 de diciembre de 2001. En el caso de que el Reglamento no fuese aplicable, y dada la inexistencia de normas convencionales aplicables en este sector, la competencia judicial internacional deberá decidirse conforme a las normas del foro.

(artículo 24) como en la de sumisión expresa (artículo 23). Es más, en la mayoría de las situaciones, lo razonable y aconsejable será que las partes del contrato acuerden la sumisión expresa a los tribunales, con las posibilidades que brinda el artículo 23, tal y como, de hecho, demuestra la práctica contractual propia de este sector.

**48.** A falta de sumisión expresa o tácita, finalmente, la demanda podrá ser interpuesta, conforme al foro general del artículo 2, ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio el demandado o, alternativamente, conforme al foro especial por razón de la materia contractual previsto en el artículo 5.1, letra a) del Reglamento, ante el tribunal del lugar (foro de competencia judicial internacional y territorial) en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda. En este contexto, es indudable, por un lado, que los litigios derivados de los contratos de utilización de aeronaves pertenecen a la «materia contractual» regulada en el artículo 5.1, letra a). Y, por otro lado, hay que recordar que la aplicación de este precepto dependerá de la identificación de cuál es la obligación litigiosa (lo que no debe plantear dificultades especiales) y, lo que es más importante, de cuál es el *lugar* concreto de cumplimiento de dicha obligación litigiosa. En ocasiones, ese lugar de cumplimiento se derivará de lo expresa o implícitamente pactado en el contrato o de una interpretación extraída de la propia naturaleza, finalidad y economía del contrato<sup>30</sup>. En su defecto, habrá que estar a lo establecido por la ley nacional que resulte de aplicación al supuesto en virtud de lo indicado por las normas de Derecho aplicable correspondientes.

**49.** No hay que olvidar, por último, la eventual aplicación a los contratos de utilización de aeronaves de los denominados foros de vinculación procesal (artículo 6), en concreto los previstos en los apartados 1) y 3) de este precepto, y de los foros para adoptar medidas provisionales y cautelares, que están previstos en el artículo 31 del Reglamento<sup>31</sup>.

## **B) Ley aplicable al contrato**

**50.** Por lo que respecta a la determinación de la Ley aplicable a los contratos de utilización de aeronaves, en ausencia de normas materiales especiales (que no existen en este sector de la contratación), el instrumento normativo a tener en cuenta es el Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)<sup>32</sup>, siempre que el contrato caiga bajo el ámbito de aplicación espacial, temporal (artículos 28 y 29) y material (artículo 1) del Reglamento<sup>33</sup>.

**51.** La regla básica prevista por el Reglamento Roma I en esta materia está recogida en su artículo 3, que establece la libertad de elección de ley (nacional) por las partes del contrato, siempre que dicha elección se realice con los requisitos, condiciones y dentro de las posibilidades previstas en dicho precepto. Al igual que indicamos para los acuerdos de sumisión expresa, lo razonable en los contratos de utilización de aeronaves es que las partes elijan la ley aplicable.

**52.** En defecto de elección de ley por las partes, el artículo 4 del Reglamento Roma I ofrece una serie de reglas, cuya aplicación a los contratos que ahora nos ocupan debemos evaluar.

<sup>30</sup> En el arrendamiento de aeronave, el lugar de pago del precio (renta, flete) será habitualmente objeto de pacto. También lo serán el lugar de entrega y devolución de la aeronave. Las obligaciones de conservación, mantenimiento, reparación y garantía frente a terceros, en su caso, también pueden ser objeto de pacto en lo que a su lugar de cumplimiento se refiere (al menos en la mayoría de los casos), pero, en su defecto, el lugar de cumplimiento de dichas obligaciones normalmente deberá ser el de localización de la aeronave. Similares reflexiones podrán ser aplicadas a los supuestos de fletamento de aeronaves.

<sup>31</sup> Un último grupo de normas que habrá que tener en cuenta, en su caso, son las llamadas «normas de aplicación», que abordan cuestiones tan importantes como las de la comprobación de la competencia por parte del tribunal que conoce del asunto (artículos 25 y 26) y de la litispendencia y conexidad (artículos 27-30).

<sup>32</sup> DOUE nº L 177/6, de 4 de julio de 2008. Sobre este instrumento, véase, E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada 2009.

<sup>33</sup> Sobre la inclusión de los contratos de utilización de aeronaves en el ámbito de aplicación material de Roma I no cabe albergar la más mínima duda.

**53.** No creemos, en primer lugar, que ninguno de los contratos de utilización de aeronaves encaje en alguna de las categorías de contratos previstas en el apartado 1 de dicho artículo, que es de aplicación preferente frente a las otras reglas previstas en dicho precepto. En algún caso, podría existir la tentación (equivocada) de recurrir a la letra b) del precepto, que se refiere al contrato de prestación de servicios. Pero no parece que ninguno de los contratos de utilización de aeronaves sea reconducible -en su totalidad- a esa naturaleza servicial. Por el contrario, lo que hemos manifestado es que todos esos contratos tienen una naturaleza jurídica propia bien del arrendamiento de cosas (arrendamiento de aeronave sin tripulación) o bien del arrendamiento de obra (fletamento de aeronave). Tan sólo en el caso del arrendamiento de aeronave con tripulación cabría advertir, además del arrendamiento de cosa (aeronave), rasgos del arrendamiento de servicios («prestación de servicios»), por lo que respecta a la tripulación, pero, al tratarse de un contrato mixto o complejo, la solución al problema de la determinación de la ley aplicable deberá basarse en la regla prevista en el apartado 2 del artículo 4.

**54.** Es precisamente esta regla la que habrá que aplicar, por regla general, en todos los supuestos de contratos de utilización de aeronaves en los que no se haya producido elección de ley por las partes del contrato conforme al artículo 3. En estos casos, según el artículo 4.2 del Reglamento Roma I, el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato<sup>34</sup>. Lógicamente, el eje principal de la aplicación de este precepto reside en la determinación de cuál es la parte que realiza la prestación característica del contrato, lo cual, a su vez, exige identificar la prestación característica del contrato. Por regla general, la prestación característica de un contrato será aquélla que distingue un tipo contractual de otros<sup>35</sup>, utilizándose tradicionalmente el criterio de que será característica la prestación no dineraria del contrato. En el caso de contratos mixtos o complejos, sin embargo, según establece el Considerando 19 del Reglamento Roma I, la prestación característica deberá determinarse en función de su «centro de gravedad». En el supuesto de los contratos de utilización de aeronaves, en todo caso, no creemos que sea necesario acudir a la tesis del «centro de gravedad», por lo que, de acuerdo a la posición tradicional, los prestadores característicos en estos contratos serán el arrendador (arrendamiento de aeronave con o sin tripulación) y el fletante (fletamento de aeronave), regla que también podrá aplicarse a los contratos de intercambio de aeronaves en la medida en que, como sabemos, se trata de contratos compuestos a su vez de arrendamientos y fletamentos recíprocos, en los que no resultará difícil identificar quien desempeña, en el intercambio concreto de que se trate, el papel de arrendador o de fletante.

**55.** Por supuesto, en la determinación del Derecho aplicable a los contratos de utilización de aeronaves, en defecto de elección de ley, también podrán tenerse en cuenta las cláusulas de cierre (artículo 4.4) y de escape (artículo 4.3) previstas en el Reglamento. Y, eventualmente, las leyes de policía a las que se refiere el artículo 9.1, tanto las del foro (artículo 9.2) como, en su caso, las del país de ejecución de las obligaciones del contrato en la medida en que dichas leyes establezcan la ilegalidad de dicha ejecución (artículo 9.3).

**56.** No debe acabar aquí, en todo caso, nuestra reflexión acerca del problema de la determinación de la Ley aplicable a los contratos de utilización de aeronaves en el marco del Reglamento Roma I, porque este Reglamento contiene un precepto, su artículo 5, dedicado al «contrato de transporte», sobre el que merece la pena que hagamos alguna consideración.

**57.** Como indicamos en su momento, suele ser habitual considerar que el contrato de transporte aéreo no forma parte de la categoría de los contratos de utilización de aeronaves, por poseer aquél una estructura y responder a un objeto y finalidad distintos a los contratos que suelen ser incluidos en dicha categoría. Esta conclusión no parece que pueda discutirse respecto de los contratos de arrendamiento de aeronave con o sin tripulación. Pero, con relación a los contratos de fletamento de aeronaves, al

<sup>34</sup> Véase el artículo 19 del Reglamento para conocer qué debe entenderse por «residencia habitual».

<sup>35</sup> CALVO/CARRASCOSA, *op. cit.*, volumen II, p. 561.

albur de la discusión que se inició en su momento sobre el fletamento marítimo (y que sigue teniendo presencia actual)<sup>36</sup>, parece existir un mayor debate, pues existen posturas doctrinales que equiparan ambos tipos de contratos, con mayor claridad en lo que se refiere al fletamento por viaje y con algo más de discusión en relación con el fletamento por tiempo. En este contexto cabría preguntarse, por lo tanto, si al fletamento aéreo deberían aplicársele las reglas previstas en el artículo 5 del Reglamento en vez de las del artículo 4 (o, en su caso, 3)<sup>37</sup>.

**58.** La respuesta, al menos parcial, a esta pregunta nos la proporciona el Considerando 22 del Reglamento Roma I, según el cual «se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo trayecto u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías». La respuesta es parcial porque, por un lado, esta aclaración está referida sólo a los fletamentos cuyo objeto sea el transporte de mercancías y no a los fletamentos de aeronaves con finalidad de transporte de pasajeros. Y, por otro lado, porque la aclaración que ofrece el Considerando 22 del Reglamento sólo identifica con nitidez al fletamento por viaje («fletamento para un solo trayecto») y no al fletamento por tiempo de una aeronave, salvo que se entienda que este contrato de fletamento por tiempo es reconducible a la categoría de «contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías». Lo cual, como puede entenderse, vuelve a situarnos en medio del cansino debate acerca de la relación entre el fletamento por tiempo y el transporte.

## 2. El Capítulo V del Convenio de Montreal

**59.** No sería correcto concluir esta exposición sobre los contratos internacionales de utilización de aeronaves sin hacer una referencia, aunque sea breve, a la normativa contenida en el Capítulo V del Convenio de Montreal (artículos 39-48), que regula el supuesto del transporte aéreo efectuado por una persona distinta del transportista contractual<sup>38</sup>. Este Capítulo del Convenio de Montreal tiene su origen en el Convenio de Guadalajara (México) de 1961, en el que, por vez primera, se identificaron en un texto legal los conceptos de «transportista contractual» y de «transportista de hecho» y se recogieron algunas reglas, particularmente en materia de responsabilidad, aplicables a las relaciones jurídicas que surgen en una operación de transporte en la que intervienen dichos sujetos.

**60.** Casualmente, en los antecedentes del Convenio de Guadalajara estuvo la necesidad de regular los problemas que planteaban el arrendamiento, fletamento e intercambio de aeronaves, si bien, finalmente, y como hoy nos recuerda el artículo 39 del Convenio de Montreal, las disposiciones de su Capítulo V se aplicarán a aquellos supuestos en los que una persona (transportista contractual) celebra como parte un contrato de transporte regido por dicho Convenio con un pasajero o con un cargador y otra persona (transportista de hecho) realiza, en virtud de autorización dada por el transportista contractual, todo o parte del transporte, pero sin ser con respecto a dicha parte del transporte un transportista sucesivo en el sentido del Convenio (que regula el transporte sucesivo en su artículo 36). No hay, por lo tanto, en la propuesta del Capítulo V del Convenio de Montreal nada que nos acerque a una regulación de los contratos de utilización de aeronaves.

**61.** Pero tampoco puede decirse que este Capítulo sea completamente ajeno a ciertos fenómenos de estructuración contractual de operaciones de transporte en los que se emplean aeronaves cuya utilización haya sido obtenida por medio de alguno de aquellos contratos. Un caso frecuente es el de las agencias de transporte u operadores turísticos que ofrecen a sus clientes servicios de transporte que

<sup>36</sup> J. L. GABALDÓN GARCÍA y J. M<sup>a</sup> RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid 2006, pp. 449 ss.

<sup>37</sup> El artículo 5 respeta plenamente la elección de ley hecha conforme al artículo 3 en el transporte de mercancías (artículo 5.1). En el transporte de viajeros, por su parte, también se admite la elección de ley, pero siempre que la ley elegida sea una de las cinco que taxativamente señala aquél precepto en su apartado 2. Fuera de estas leyes, la elección no será válida.

<sup>38</sup> Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999 (BOE núm. 122, de 20 de mayo de 2004).

realizarán en aeronaves obtenidas de un tercero en régimen de fletamento (por viaje o por tiempo). En este supuesto no será difícil identificar a la agencia u operador como transportista contractual (y, a su vez, fletador) y al fletante como transportista de hecho. En cuyo caso, las disposiciones de los artículos 39-48 del Convenio de Montreal deberán ser aplicadas a esta estructura contractual. No creemos, por el contrario, que el Capítulo V del Convenio pueda ser aplicado a las relaciones entre el transportista aéreo que, como arrendatario, emplea una nave arrendada sin tripulación y su arrendador (que no sería transportista de hecho) y, probablemente, tampoco cuando se trate de un arrendamiento con tripulación («wet lease»), aunque en este último caso, la conservación del control operacional por parte del arrendador podría plantear dudas sobre su exclusión del régimen del Capítulo V del Convenio de Montreal<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> En general, véase I. MECA GAVILÁN y J. LÓPEZ QUIROGA, «Los contratos de utilización de aeronaves y la responsabilidad contractual en el Convenio de Montreal de 1999», en M. FOLCHI, M<sup>a</sup> J. GUERRERO LEBRÓN y A. MADRID PARRA (Coord.), *Estudios de Derecho aeronáutico y espacial*, Madrid, Marcial Pons 2008, pp. 193-203.

# THE GENERAL PRINCIPLES OF THE UNITED NATIONS CONVENTION FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

JORGE OVIEDO ALBÁN

*Professor of International Business Law  
Universidad de La Sabana (Bogotá – Colombia)*

Recibido: 19.12.2011 / Aceptado: 23.12.2011

**Resumen:** En el presente artículo, el autor aborda el estudio del artículo 7° (2) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, norma que invoca los principios generales en que ella se basa como regla de integración e interpretación del Convenio. El artículo explora algunos de los principios establecidos por la doctrina, tales como la buena fe, la interpretación conforme a la real intención y razonabilidad, la teoría de los actos propios, la libertad de forma y la mitigación de daños, mostrando el alcance que le han dado los tribunales en sus fallos.

**Palabras clave:** compraventa internacional, principios, interpretación, integración.

**Abstract:** In this paper the author analyses Article 7 (2) of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. This regulation cites the general principles on which it is founded as a law of integration and interpretation of the Convention. The paper investigates some of the principles established by the doctrine such as the following: acting in good faith; interpreting the real intention and logical nature of contracts; estoppel theory; the freedom to choose the content and form of the contract, and the mitigation of damages. It also demonstrates the scope of previous court rulings.

**Key words:** international sale of goods, principles, interpretation, integration.

**Sumario:** I. Introduction. II. Good Faith in International Business. III. Interpretation as per the Real Intention and Reasonability. IV. Promissory Estoppel. V. The Freedom to Choose the Content and Form of the Contract. VI. The duty to mitigate damages. VII. The Principle of favor contractus. VIII. Conclusions.

## I. Introduction

1. The 1980 United Nations Convention for the International Sale of Goods is one of the most important contemporary legal instruments in the field of contract law. Its importance is not only due to the historical nature of its creation, whereby different legal systems were combined, but also because, to date, it has been adopted by seventy-seven countries on all five continents. Moreover, the Convention's influence has been significant in several legislative reforms undertaken since the end of the twentieth century, notably in modern international restatements and in European Community Law. Within these areas, the Convention has demonstrated that although it was drafted to regulate contracts for the international sale of goods, it can also be applied as a model to both modernise and harmonise national laws. Countries' whose Civil Law has been reformed include Germany, the Netherlands, and the Eastern European countries which became independent after the fall of the Soviet Union. Other legal processes that have been undertaken with reference to the Convention include: the Contract Law of the People's Republic of China (1999); the Principles of European Contract Law; the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; and the Common European Framework of Reference, as in

Directive 199/44/CE from the European Parliament regarding the sale of consumer goods. Moreover, sixteen countries that are members of the Organisation for the Harmonisation of Business Law in Africa (OHADA) have adopted the *Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général*, of which one of the principle sources of inspiration is the Convention<sup>1</sup>.

2. In Articles 1 – 13 of the Convention rules are stated regarding its sphere of application and general provisions with regards to sources and interpretation. Article 7 (2) establishes the mechanisms to follow in the event of finding a loophole, the purpose of which are to provide a more in-depth understanding of the Convention. The Article contains two parts: the first invokes the general principles on which it is based, and the second states that in the absence of such principles, matters will be expressly settled in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law<sup>2</sup>.

Regarding this last point, the clarification given by a specific part of the doctrine is of the utmost importance. It details that the legal deficiencies this law refers to are classified as being *praeter legem*, relative to matters that fall under the scope of the Convention, which itself does not regulate what is *intra legem* (corresponding to excluded issues). The latter are regulated by national regulations which will be applied according to the rules of the pertinent conflict. They are in juxtaposition with the former, which aim to find a solution by using the principles of the Convention, stated in the first part of heading 2 in Article 7<sup>3</sup>.

3. Independently from the different positions that could be taken with reference to the idea of what exactly are ‘principles’ in the field of law, they are understood in this paper as a series of general guidelines. Their purpose is to aide to solve legal deficiencies that will be encountered in the Convention’s rules and to fulfil an interpretative function<sup>4</sup>. The aforementioned legal content effectively implies that principles can be taken into account, not only to understand the body of the Convention (as in the principle which is rooted in Article 7), but also as criteria to interpret the contract that governs it, in relation with what is set forth in Article 8. It should also set up the applicable rule regarding the contracting parties’ behaviour<sup>5</sup>.

It is advisable, nevertheless, that Article 7 is read, which does not constitute a list of principles, reason being that its purpose is to endeavour to determine what these very principles are, and also their implementation in case law as well as their doctrinal recognition<sup>6</sup>. Due to this, it is the objective of this

<sup>1</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «Un nuevo derecho de obligaciones: la reforma 2002 al BGB», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 55, n° 3, (2002), p. 1139, 1142, 1144, 1177, 1199, 1210. F. FERRARI, (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, Sellier, Munich, 2008, *passim*. A. M. MORALES MORENO, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Thomson Civitas, 2006, p. 146-147. R. SCHULZE, «Il nuovo diritto tedesco delle obbligazioni e il diritto europeo dei contratti», *Rivista di diritto civile*, 1, (2004), *passim*. I. SCHWENZER; P. HACHEM, «The CISG - Successes and Pitfalls», *American Journal of Comparative Law*, 57, (2009), p. 461-463.

<sup>2</sup> As stated by FERRARI, the appeal to general principles as a mechanism to make up for legal deficiencies is a method well known in Civil Law. F. FERRARI, «Uniform Interpretation of the 1980 Uniform Sales Law», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, V, 24, No. 2, (1994), p. 220. Also stated in, J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Eduardo Valenti Fiol (translator), Barcelona, Bosch, 1961, p. 4.

<sup>3</sup> See FERRARI, «Uniform Interpretation...», cit., p. 217. D. R. GALÁN BARRERA, «La integración de lagunas en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías», in J. OVIEDO ALBÁN, *Obligaciones y contratos en el Derecho Contemporáneo*, Medellín, Diké – Universidad de la Sabana, 2010, p. 326-329. E. VISSER, «Gaps in the CISG: In General and with Specific Emphasis on the Interpretation of the Remedial Provisions of the Convention in the Light of the General Principles of the CISG», (1998), in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/visser.html>, accessed on 18<sup>th</sup> January 2011, Ch. I. 2.

<sup>4</sup> A. L. CALVO CARAVACA states that Article 7 regulates two different but related questions: what should be the interpretation of the text itself and the integration of its legal deficiencies. A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 7», in L. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 102-103. Cfr. GALÁN BARRERA, *op. cit.*, p. 342.

<sup>5</sup> A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 7», p. 103, nt. 3. See VIGO, regarding the functions of the general legal principles. R.L. VIGO, *Interpretación jurídica. (Del modelo iuspositivista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1999, p. 121-122.

<sup>6</sup> It is necessary to indicate that, independently of the manner in which the case law summons in each of the countries in which the rulings were investigated, a uniform manner as been used to identify the name of the court, the date, the country, and the source in which the decision has been examined.

paper to try and identify some of the basic principles that the Convention is based on. Reiterating what has already been stated, these principles should be taken into consideration by both lawyers and judges when stipulating the scope of the contract, the manner in which it should be interpreted, and how its gaps should be filled<sup>7</sup>. The doctrine has established that the following criterion to identify the principles are based on the rules themselves<sup>8</sup>, and also by inductive reasoning which is able to create general principles that could be applied in future situations<sup>9</sup>.

## II. Good faith in international business

4. Article 7 (1) establishes that anyone interpreting the Convention must take into consideration the observing of good faith as a prerequisite for international business. It appears, in principle, that Article 7 of the Convention only requires good faith to be observed as a criterion to understand the Convention and not as something imperative by both parties as they embark on fulfilling the contract<sup>10</sup>.

5. The topic is a debatable one. On this subject, it should be reminded that when writing the respective rule one is faced with two positions: the first that a general rule should be maintained, and the other that it was rejected by not having permanent significance. In the debates during the diplomatic conference the Italian delegation proposed that the following text be included: «*In the formation (interpretation) and performance of a contract of sale the parties shall observe the principles of good faith and international co-operation*». Thus, good faith should be observed during the formation, interpretation, and contract execution. The suggestion was, however, not ever implemented. In 1978 the commission decided to incorporate good faith as a principle as a way of understanding the provisions of the Convention<sup>11</sup>.

6. The historic interpretation of Article 7 allows us to arrive at this conclusion, given that the Anglo-Saxon way of thinking has led the Convention to not accepting good faith as criterion of contract interpretation, but only as a criterion for the Convention. This disparity of opinions has created one weak, and one strong idea of what good faith is in international business. According to the first interpretation good faith is only imperative in the Convention, however; in the second it takes on the role of creator of rights; that is to say individual rights will be recognised that are not written in either the convention or the contract<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Perhaps this list can be used by way of example, but not as a limitation. CALVO CARAVACA's comment is, anyhow, pertinent in the sense that he affirms that the doctrine has granted by way of example, but not limited to the establishment of, for example, contractual freedom, the freedom of form, the principle of good faith, the behaviour of a reasonable person, the prohibition of abuse of rights, the principle of proportionality, and legal certainty. A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 7», *cit.*, p. 111-112. See B. AUDIT, *La compraventa internacional de mercaderías*, translation by Ricardo de Zavalía, Buenos Aires, Zavalía, 1994, p. 62-65. U. MAGNUS, «*General Principles of UN – Sales Law*», (1997), in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>, accessed on 17<sup>th</sup> January 2011. It has been contemplated in the doctrine that in the LEGISLATION it is possible to identify and label them. However, this is impossible in the case of the principles as there is no judicial act in which they are included. VIGO, *op. cit.*, pp.135 a 136.

<sup>8</sup> J. HONNOLD, *Uniform Law of International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3<sup>rd</sup> edition, The Hague, Kluwer, 1999, p. 152. J. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *Contrato de compraventa internacional de mercaderías. Convención de Viena de 1980, y otros textos complementarios*, Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005, p. 71.

<sup>9</sup> VIGO expounds that the principles can discover themselves through inductive reasoning and their clarification will be important for the effects of obtaining a harmonic vision of a positive legal system being implemented in a society. VIGO, *op. cit.*, p. 116. In order for their identification a process that uses inductive as well as deductive reasoning must be implemented. E. BETTI, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, José Luis de los Mozos (translator), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1975, p. 282-283.

<sup>10</sup> Cfr. FERRARI, «Uniform Interpretation...», p. 210. CH. KEE; E. MUÑOZ, «In Defence of the CISG», in *Deakin Law Review*, V. 14, No. 1, (2009), p. 104-105.

<sup>11</sup> HONNOLD, *op. cit.*, p. 94. A. FRIGNANI; M. TORSELO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, seconda edizione, in *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, Direto da Francesco Galgano, Padova, Cedam, 2010, p. 465.

<sup>12</sup> A. MARTÍNEZ CAÑELLAS, *La interpretación y la integración de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías, de 11 de abril de 1980*, Granada, Comares, 2004, p. 142 *et. seq.* Also refer to FRIGNANI; TORSELO, *op. cit.*, p. 465. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *op. cit.*, p. 64-67.

This method of thinking differentiates the Anglo-Saxon legal tradition from the tradition in the rest of continental Europe due to the fact that the European and Latin American legal codes establish good faith as a behavioural standard that covers all stages of the perfection of the contract: pre-contractual negotiation, offer and acceptance as well as contract execution and conclusion. Anglo-Saxon law, does however, not accept the same implications of good faith<sup>13</sup>. Despite the fact that, in principle, it is not applicable during the formation of the contract, a duty of good faith can be imposed upon businessmen. This means they must necessarily observe reasonable standards of fair dealing in business<sup>14</sup>.

7. One specific part of the doctrine affirms that despite the fact it has not been expressly included it is a principle that governs the entire life of the contract; it is not only applicable on the interpretation of the contract. It does however, constitute an obligation requiring a duty for good conduct that is applicable to all involved in the contractual process<sup>15</sup>. The Convention establishes that in its interpretation, within the sphere of international business, good faith must be observed. If the Convention is accepted (the laws and obligations of the parties taking part in the contract of sale are what govern it) then these laws and obligations are subject to the principle of good faith<sup>16</sup>.

8. In relation to what has been previously stated, the suggested interpretation is in accordance with the way in which the concept of good faith is understood within Civil Law. As such, the parties involved should not solely observe a certain degree of care and loyalty during the drawing up and execution of the contract. They should also follow what is taught by the application of this principle in the theory of contract law: something that is also included in many of the national legislations, which are the basis of the rights and obligations that need to be adhered to by the parties involved, even if these have not been previously. This is what is understood by «required standards of behaviour both parties»<sup>17</sup>.

9. Good faith is implemented in diverse ways in the contractual process. The first is during the pre-contractual phase when good faith is basically a series of obligations, one of which is confidentiality. This guides the execution of the business, and ensures the reciprocal cooperation necessary and information required for the full compliance to all obligations. A Federal German Court ruling expressly stated that the duty of cooperation and information is directly derived from the principle of good faith, in accordance with Article 7 of the Convention. The original case concerned a letter of acceptance from the purchaser that contained standard relinquishment conditions that included a clause exonerating responsibility (not included in the letter) for the goods' defects. The good purchased, a machine, was damaged and thus could only function with the help of experts. The purchaser requested to be reimbursed for all the costs that he had incurred. The court considered that due to fact the applicant had incorporated general rules it

<sup>13</sup> ATIYAH, P.S., *An introduction to the law of contract*, 5<sup>th</sup> edition, Oxford – New York, Clarendon law series, 1995, p. 212-213. In United States law the beginnings of the presence of the principle in section §1-203 of the Uniform Commercial Code can be seen. FERRARI, «Uniform Interpretation...», p. 211-212.

<sup>14</sup> FARNSWORTH, compares cases in which he applies this criterion. A. FARNSWORTH, «The concept of «Good Faith» in American Law», in *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* (Rome 1993), No. 10, <http://soi.cnr.it/~crdcs/crdcs/farnswrt.htm>, accessed 30th June 2010.

<sup>15</sup> MAGNUS, *op. cit.* M. P. PERALES VISCASILLAS, «Una aproximación al artículo 7 de la convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa mercantil internacional», *Cuadernos de derecho y comercio*, 16, (1995), p. 55-88. M. P. PERALES VISCASILLAS, «El derecho uniforme del comercio internacional: Los Principios de UNIDROIT (Ámbito de aplicación y disposiciones generales)», *Revista de Derecho Mercantil*, 223, (1997), p. 221-297. J. KLEIN, «Good Faith in International Transactions», *Liverpool Law Review*, 15, (1993), p.115-141. On this subject refer to U. MAGNUS, *Remarks on good faith*, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html#um>, accessed 30th June 2010. Also, N. POVRZENIC, *Interpretation and gap-filling under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (1998), in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gap-fill.html>, accessed 30<sup>th</sup> January 2011.

<sup>16</sup> M. BRIDGE, *The International Sales of Goods. Law and Practice*, 2<sup>nd</sup> edition, New York, Oxford, 2007, p. 534. AUDIT has suggested that good faith is a result of several of the Convention's rules, and as such other Articles should be interpreted in the same way, such as, 29.2, 35.3, 38, 44, 46.2, 67.2, 68, 77, 82.2. AUDIT, *op. cit.*, p. 61.

<sup>17</sup> R. ILLESCAS ORTIZ; P. PERALES VISCASILLAS, *Derecho Mercantil Internacional. El Derecho uniforme*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 117. CALVO CARAVACA clearly details that this legal principle was employed by the writers of the Convention, taken from different national legislation, and that it fundamentally stands for loyalty and care. A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 7», *cit.*, p. 110.

was his duty to make them known to the addressee. He had thus gone against the principle of good faith in international business, as stated in Article 7 (1) of the Convention. The party had also not fulfilled his duty of cooperation by asking the recipient of the goods the general standard conditions and make him responsible for not having questioned. In this case the court stated that one party had the obligation to inform the other of the general conditions, and that it was against the principle of good faith to demand that the party adhere to general conditions of which they had never been informed<sup>18</sup>.

**10.** In other rulings, it has been considered that good faith is the duty for the parties involved to behave in a certain way during the contract execution. An example of this is a ruling of the Grenoble Court of Appeals for a lawsuit that was realised between a French company (the seller) and a North American company (the buyer). The two parties had agreed that the product was to be sent to South America and Africa, however; and despite the demands on behalf of the seller to know where product was being sold, it became evident that the buyer had been distributing the product in Spain. On becoming aware of this fact the seller took the decision to end business relations. The court agreed that the buyer had committed an important breach of contract by not having honoured their prior arrangement. Their behaviour precipitated that they had acted in bad faith by violating Article 7 of the Convention and as such it was necessary for them to pay the seller compensatory damages<sup>19</sup>.

A Hungarian Arbitration Tribunal made the decisive decision that good faith is not only an interpretation criterion of the Convention, but also a rule of conduct that should be observed by all parties during the contract execution. The decision was made regarding a dispute that arose between the parties in relation to the delivery of a bank guarantee that the buyer had agreed upon. The buyer returned a guarantee that had expired and thus the vendor declared the termination of the contract due to breach of contract. It was the opinion of the court that the buyer had gone against the principle of good faith – as expressed in Article 7 (1) of the Convention – on returning an expired guarantee. The buyer did also not behave as a reasonable person would have in the same circumstances relating to Article 8 (3) of the same Convention. The court ruled that the buyer pay the price of the product that had already been returned as well as the corresponding interest<sup>20</sup>.

It is set forth in Article 1.7 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts that each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. It can be inferred from the principles, therefore, that good faith has been established as the standard behaviour as is suggested in the case of the Convention<sup>21</sup>.

### III. Interpretation as per the real intention and reasonability

**11.** Interpretation in accordance with the real intention is established in Article 8 (1) of the Convention. According to this rule, declarations, as well as other actions of the parties involved, should be interpreted in accordance with their intention when the other party has been privy to information, or unable to ignore it.<sup>22</sup> Therefore, in those cases in which the agreement has not been clear, or the

<sup>18</sup> *Bundesgerichtshof*, 31<sup>st</sup> October 2001, Germany, Clout No. 445, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>, accessed on 23<sup>rd</sup> November 2011.

<sup>19</sup> *SARL Bri Production «Bonaventure» v. Société Pan African Export*, 93/3275, *Cour d'Appel de Grenoble, Chambre de Commerciale*, 22<sup>nd</sup> February 1995, France, Clout No. 154, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950222f1.html>, accessed 23<sup>rd</sup> November 2011.

<sup>20</sup> *Arbitral Award, Hungarian Chamber of Commerce and Industry, Court of Arbitration, Hungary*, 17<sup>th</sup> November 1995, in <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=217&step=FullText>, accessed on 23<sup>rd</sup> November 2011.

<sup>21</sup> The doctrine accepts that good faith is a general principle of *lex mercatoria*. See F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria. Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. 19 *et seq.*

<sup>22</sup> Article 4.1 of the UNIDROIT Principles establishes that:

«*Intention of the parties*)

(1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties.

(2) If such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances».

aforementioned obligations have not been undertaken easily, or there is doubt as to how to interpret the contracting parties' terms, it is advisable to endeavour to discover what was the real intention of the parties involved<sup>23</sup>.

**12.** The contractual acts that are referred to in this article are not solely limited to sale and purchase contracts. They also relate to everything that might arise as a consequence of the executed contract, or what is anticipated<sup>24</sup>. Previous actions can be used as objective elements through which the interpreting body can endeavour to ascertain the real will of the parties involved. Case Law demands that the intention is manifested objectively in order that it be understood, given that if there is no way to determine its existence it will have no value for the aforementioned effects. An example of a case that demonstrates what has previously been stated is the following: a company selling products filed a lawsuit against the buying company (company X) for payment plus interest. The company had endeavoured to make a binding agreement with a third company (company Y) and on receiving the products it sent the vendor a bill of exchange issued against company Y which they accepted. In accordance with Article 8 the court ruled that the vendor could have no knowledge of what the purchaser was attempting to legally bind company Y with the fact that «company X» was the buyer<sup>25</sup>.

Also, in various different subsections the Convention appeals to the criterion of suitability in order to interpret one of the party's behaviours. Article 8 (2) hereby states:

«(2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances».

**13.** Sometimes Civil Law asks an objective figure for help in making a decision, such as «the good father» or «the honourable businessman». Common Law makes reference to that what is reasonable. This is similar to the Convention's influence; a method of qualifying the standard of behaviour, just like the reasonable person<sup>26</sup>. Moreover, various rules in the Convention make reference to the expression 'reasonable', more explicitly Articles 16 (2), 18 (2), 25 (2), 33 (c), 35 (2) b), 38 (3), 39 (1), 43 (1), 44, 46 (2), 46 (3), 47 (1), 49 (2) a), b), 60 a), 63 (1), 64 (2) b), 65 (2), 73 (2), 75, 76 (2), 77, 79 (1), 79 (4), 85, 86 (1), 87, 88 (1) and 88 (2). According to VIDAL it is possible to infer that the purpose of such rules is to maintain the parties' confidence in the behaviour of their business partners and as such themselves behave in the same manner<sup>27</sup>.

It is ENDERLEIN y MASKOW's opinion that the concept in question combines both subjective and objective elements. The subjective element refers to the person or same type of person as the contract. The objective element refers to the situation in which the hypothetical behaviour of the reasonable person in the same predicament as the other party is taken as a determinant criterion<sup>28</sup>. The standard to determine who the person in the same predicament as the other contracting party would be can

---

«Article 4.2. (*Interpretation of statements and other conduct*)

(1) The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention.

(2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances».

<sup>23</sup> M. SCHMIDT - KESEL, «Article 8», in SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, 3<sup>rd</sup> edition, New York, Oxford, 2010, p. 152.

<sup>24</sup> M. SCHMIDT - KESEL, *op. cit.*, p. 152.

<sup>25</sup> *Landgericht Hamburg*, 26<sup>th</sup> September 1990, Germany, Clout No. 5, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/900926g1.html>, accessed 5<sup>th</sup> November 2011.

<sup>26</sup> FERRARI, «Uniform Interpretation...», *cit.*, p. 225. G. WEISZBERG, *Le «Raisonnable» en Droit du Commerce International*, Paris, 2003, in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Reasonableness.html>, No. 33, accessed 20<sup>th</sup> September 2011.

<sup>27</sup> A. R., VIDAL OLIVARES, «La noción de persona razonable en la compraventa internacional», in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez - Picazo*, 2, Madrid, Thomson civitas, 2003, p. 3280. Also refer to AUDIT, *op. cit.*, p. 63.

<sup>28</sup> F. ENDERLEIN; D. MASKOW, *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods*, New York, Oceana, New York, 1992, p. 65-67. SCHMIDT - KESEL, *op. cit.* p. 155.

be is basically whoever is involved in the same type of business<sup>29</sup>. MAGNUS interprets it as a standard objective that is based on the point of view of a neutral party who has, theoretically, been put into the same predicament<sup>30</sup>.

14. Paragraph 3 of the same rule states: some of the criteria necessary to infer the intention of one of the parties or the opinion of a reasonable person as well as the all the circumstances relevant to the case, in particular the negotiations. Also, it states the inter-party practices that should have been established, the uses, and subsequent behaviour that are criterion in the Convention<sup>31</sup>. A Swiss Court made a ruling on a lawsuit filed by an assignee of a vendor against a buyer for not having paid for receiving a load of fruit. One of the subjects discussed in the case was the exact contract content. While the vendor alleged that it was a contract of sale, the purchaser stated that it was an on commission contract and thus had, at no point, agreed to pay a fixed sum to the plaintiff<sup>32</sup>.

#### IV. Promissory estoppels

15. It has been recognised both in the doctrine and in Case Law that the principle of promissory estoppel manifested in the observing of coherent behaviour through the entire contractual process is a principle on which the Convention is based<sup>33</sup>.

It has been indicated that the principle in question fundamentally relates to, among others, Articles 16.2 b, 29.2, 47 -2, 63.2 and 80<sup>34</sup>. The first of the aforementioned regulations establishes that the offer is irrevocable if the addressee has acted based on the confidence generated by the applicant pertaining to their irrevocable character<sup>35</sup>.

Moreover, Article 29 of the Convention sets out a specific application of estoppel theory when it indicates that the clauses included in contracts of sale that limit the possibility of modifying the contract in a non written form must be observed. «However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct».

Article 47.2 of the Convention establishes that if the purchaser has provided the seller with an additional period in which to complete the contractual obligations then, during this period, the buyer may not resort to any remedy for breach of contract. Article 63.2, in the same vein, states that if the seller

<sup>29</sup> SCHMIDT - KESEL, *op. cit.* p. 157.

<sup>30</sup> MAGNUS, *op. cit.*, as well as MARTÍNEZ CAÑELLAS, *op. cit.*, p. 324.

<sup>31</sup> As SCHMIDT – KESSEL advises, the list under Number 3 includes, but is not limited to what can be understood as a normative statement that recommends taking into consideration all of the relevant circumstances to infer the intention. SCHMIDT - KESEL, *op. cit.*, p. 152 and p. 155. Cfr. Article 4.3 of the UNIDROIT Principles in which it is stated that in applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including, (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.

<sup>32</sup> *Handelsgericht Aargau*, 26<sup>th</sup> November 2008, Switzerland, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081126s1.html>, accessed on 4<sup>th</sup> November 2011.

<sup>33</sup> AUDIT, *op. cit.*, p. 63-64. FERRARI, «Uniform Interpretation...», *cit.*, p. 225. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *ob. cit.*, p. 73-74. SCHWENZER; HACHEM, «Article 7», *cit.*, p. 136. Cfr. Article 1.8 of the UNIDROIT Principles: «(Inconsistent behaviour). A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment». Regarding the origin and significance of estoppel theory, the Anglo-Saxon estoppel, or German *verwirkung*, refer to Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del tribunal supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, *passim*. According to the theory of estoppel in a legal proceeding, a person is prohibited from making an allegation –even if it is true– that objectively contradicts a previous declaration or their previous behaviour. Díez PICAZO, *op. cit.*, p. 62. *Verwirkung* means that a person has lost the chance to exercise a right if a certain amount of time has elapsed. This means that the other party will not exercise their right and if they do so it will be seen as «unfair and out of bounds». Díez PICAZO, *op. cit.*, p. 94.

<sup>34</sup> AUDIT, *op. cit.*, p. 64. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *op. cit.*, p. 73-74. This author states that this principle is also established in article 50.2.

<sup>35</sup> L. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Artículo 16», in L. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 177.

has granted an additional period of time to the buyer for performance of his obligations then during this period he may not resort to any remedy for breach of contract. However, in both of these cases it is established that whoever benefits from being granted the additional period of time must show that they are unable to perform during this time.

Article 80 states that one party cannot invoke the failure of the other party when it has been caused by the first party's act or omission. This means that one party cannot take advantage of an infringement of a duty without necessarily requiring that the failures are contractual obligations<sup>36</sup>.

Estoppel theory is once again referred to in Article 1.8 of the UNIDROIT Principles. In this article it is indicated that one party cannot act inconsistently or act in contradiction with an understanding or idea it has caused the other party to have and upon which that other party has reasonably acted.

It can also be understood as a duty that is derived for the principle of good faith and as such, in turn, it can be conceived that they constitute a general principle that is the basis of the Convention, and not necessarily limited to what is written in Article 29<sup>37</sup>.

An Austrian Arbitration Tribunal ruling took into consideration that estoppel theory is one of the principles on which the Convention is based, interpreting it as an expression of the principle of good faith. In a case in which a buyer did not notify the seller about having received the wrong products until six months after the delivery was realised, they tried to argue that it was an untimely claim. The court considered that the seller was unable to defend himself with this argument as his behaviour made the buyer believe that he would not be able to use the product. The court considered that *venire contra factum proprium* is one of the fundamental principles on which the Convention is based<sup>38</sup>.

Another ruling took into consideration that contradictory behaviour is a violation of the principle of good faith. The case took into consideration the following facts: the parties entered into a sales and installation contract for the furnishing of an ice cream parlour for a certain sum of money. It had been assumed that a partial payment had already been made. The buyer therefore accepted and signed six bills of exchange for the outstanding value. The buyer later filed a claim due to the supposed bad quality of the furnishings. The seller filed a lawsuit against the buyer for the claimable six bills of exchange.

The court assumed that the buyer had accepted the condition of the goods that were the object of the contract on agreeing the outstanding sum to be paid with the seller and drawing the bills of exchange. The court also took the position that the buyer should have examined the goods, in accordance with Article 38 of the Convention. In not doing so Article 39 of the same Convention is applicable whereby the buyer loses the right to rely on lack of conformity of the goods and is not able to allege that the goods were faulty as it would be contradictory behaviour that violated the duty of good faith, stated in Article 7 (1) of the Convention<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> SAN JUAN CRUCELAEGUI, *op. cit.*, p. 73. P. SALVADOR CODERCH, «Artículo 80», in L. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 657-658. While explaining that the behaviour of the creditor does not necessarily cause a violation of contractual obligations, the author refers to the case of the person who was used to impede the undertaking of the services corresponded to the debtor executing what was necessary. SALVADOR CODERCH, *op. cit.*, p. 658-659.

<sup>37</sup> A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «Artículo 29», in L. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 239.

<sup>38</sup> Arbitral Award, *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft*, SCH-4318, 15<sup>th</sup> June 1994, Austria, Clout No. 94, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a4.html>, accessed 5<sup>th</sup> November 2011. Several rulings have established that estoppel is related to good faith. Arbitral Award No. 302/1996, *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry*, 27<sup>th</sup> June 1999, Russia, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990727r1.html>, accessed 5<sup>th</sup> April 2011. *Oberlandesgericht Karlsruhe*; 1U 280/96, 25<sup>th</sup> June 1997, Germany, Clout No. 230, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970625g1.html>, accessed 5<sup>th</sup> November 2011. Arbitral Award, *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft*, SCH-4366, 15<sup>th</sup> June 1994, Austria, Clout No. 93, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940615a3.html>, accessed 5<sup>th</sup> April 2011. *Hof 's-Hertogenbosch*, 26<sup>th</sup> February 1992, Netherlands, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 1992, No. 354, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/920226n1.html>, accessed 5<sup>th</sup> November 2011. Also refer to Article 1.8 of the UNIDROIT Principles.

<sup>39</sup> *Landgericht Saabrücken*, 26<sup>th</sup> March 1996, Germany, Clout No. 337, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960326g1.html>, accessed on 5<sup>th</sup> November 2011.

## V. The freedom to choose the content and form of the contract

16. The contract for the international sale of goods, in accordance with Article 11 of the Convention need not be concluded in or evidenced by writing. It can instead be consecrated by the general rule of consideration in the formation of contracts<sup>40</sup>. This is the same principle that is stated in Article 1.2 of the UNIDROIT Principles:

«(No form required)

Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses».

This principle has had an extensive development in the courts, even if the contract was written the parties could either verbally modify it, or they could modify it and end the contract tacitly. The Convention does not stipulate any determined form of concluding a contract.

This is in some way what was stated in a Belgian ruling in 2002. A Belgian businessman filed a lawsuit against a French buyer for breach of contract regarding plastic supports for paging devices. The buyer alleged that the parties had not entered into a contract as they were still in the negotiation stage, information which was contained in a document entitled 'letter of intent'. The General Court did not accept the jurisdiction of the letter, however; the decision was overturned by the Court of Appeals. The decision was based on Article 5.1 of the Brussels Convention of 1968 on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters. The court established that the parties had entered into contract despite the document being entitled 'letter of intent', given that the contract had, in virtue, authorised the seller to commence the design and creation of the paging device. Also, in other conversation between the contracting parties it was inferred that there was indeed a contract, for example the payment was to be realised in the buyers' place of business, in accordance with Article 57 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. It resulted that this was applicable, as, in the letter of intent the parties has chosen the French Law to be the applicable law and France as the contracting state<sup>41</sup>.

There is also another similar case that was brought to court regarding the sale of wooden wall panelling. On being delivered it was noticed that it did not adhere to the required specifications. The parties involved agreed on the restitution of the aforementioned product. The day following the delivery of the wooden wall panelling the seller warned that they were damaged. The Supreme Court established that the parties had agreed on a termination of contract that did not require a specific method of termination of contract according to Article 29 of the Convention. Lastly, the court applied Articles 81 and following of the Convention and thus concluded that the buyer had fulfilled his obligations when he made restitution for the products and indicated that the damaged products were not part of the contract<sup>42</sup>.

17. The freedom of proof was confirmed, and was recognised by the testimonial. As a consequence of this the parties are able to establish the method of proof that they consider is the best one for the contract. As a consequence of this the Convention overrules national laws that require evidence that the parties have entered into a written contract. An example would be a case in which a lawsuit was filed by a shoe factory against the buyer who entered into contract with a company who had, in turn, entered into an exclusive distribution contract with the plaintiff. The plaintiff demanded compensation from the defendant. During proceedings it was established that the parties had not entered into a contract. The court, on considering the facts, established that the Convention did not stipulate that a written

<sup>40</sup> Cfr. FERRARI, «Uniform Interpretation...», *cit.*, p. 224. MAGNUS, *op. cit.* MARTÍNEZ CAÑELLAS, *op. cit.*, p. 325. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *op. cit.*, p.76. Also, OSMAN states that the supremacy of consensualism over form is a principle of *lex mercatoria*. OSMAN, *op. cit.*, p. 84 *et seq.*

<sup>41</sup> *Hof van Beroep Gent*, 15<sup>th</sup> May 2002, Belgium, in <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=940&step=Abstract>, accessed 3<sup>rd</sup> November 2011.

<sup>42</sup> *Oberster Gerichtshof*, 29<sup>th</sup> June 1999, Austria, Clout No. 422, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990629a3.html>, accessed 3<sup>rd</sup> November 2011.

contract was necessary, however; if there was one it could be used as evidence to examine the relevant negotiations<sup>43</sup>.

Article 29 states that a contract may be modified by the mere agreement of the parties without requiring any formalities. In this way, on interpreting Articles 11 and 29 in a collaborative manner, it can be seen that the Convention recognises the principle of consideration during contract formation as well as in its modification or termination. Also, a contract that has been evidenced by writing can be modified verbally and vice versa<sup>44</sup>. The only limitation established by reservation of article 96 states that if the legislation of a member state of the convention demands that the contracts are concluded or evidenced by writing in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.

**18.** However, the principle of no form required notwithstanding, the parties are permitted to add integration clauses in their contracts that make stipulations through which the contracting parties try to close the previous business and as such state that everything agreed upon is what can be found written in the text of the respective contract, which has been concluded by writing. The purpose of this is to avoid the contract being interpreted, supplemented, or contradicted by means of previous declarations or agreements<sup>45</sup>. In the same vein, by means of the aforementioned clauses, any modification that the contracting parties desire to include in the contract should be completed not devaluing the desired contractual modification that is made by another form, as could be the case in a verbal modification<sup>46</sup>.

United States law applies the parol evidence rule to these type of clauses. According to this rule, if the contract is evidenced in writing and is consented to by both of the contracting parties then pre-existing agreements made between the parties may not be presented as evidence. It is also prohibited to present any extrinsic evidence that modifies or adds elements to the contract that appears to be a whole<sup>47</sup>. Section 2-202 of the Uniform Commercial Code (U.S.) is, however, an exception to this rule. It allows preliminary negotiations, or other agreements made during contract execution to be heard, with the purpose of interpretation and guarantee of the contract<sup>48</sup>.

**19.** The Convention on Contracts for the Sale of International Goods includes no rule that refers to merger clauses. That is not to say that they are of no value, given that the Convention recognises the autonomy of will, in a material sense, in article 6. However, it is necessary to state that such clauses do not stop previous negotiations from being considered by the contracting parties in order to interpret their will and contractual terms, given that the function of previous deals is clearly recognised by article 8 (3) of the Convention.

With regards to merger clauses, in contrast to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, the interpretation suggested does not include an express rule that refers to them. Article 2.1.17 of the UNIDROIT Principles refers to them thus:

<sup>43</sup> FERCUS, S.R.L. v. PALAZZO U.S. *District Court for the Southern District of New York*; No. 98 CIV. 7728(NRB), 8<sup>th</sup> August 2000, United States of America, Clout No. 414, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000808ul.html>, accessed 3<sup>rd</sup> November 2011. See *Rechtbank van Koophandel Kortrijk*, 4<sup>th</sup> April, Belgium, in <http://www.law.kuleuven.be/ipr/eng/cases/2001-04-04.html>, accessed 25<sup>th</sup> February 2011. Also, *LG Memmingen*, 1<sup>st</sup> December 1993, Germany, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931201g2.html>, accessed 3<sup>rd</sup> November 2011.

<sup>44</sup> L. P., COMOGLIO, «Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale di merci», *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura civile*, Anno XLIV No. 3, (1990), p. 793.

<sup>45</sup> J. CALAMARI; J. PERILLO, *The law of contracts*, 4<sup>th</sup> edition, Hornbook series, St. Paul, West publishing Co., 1998, p. 139. E.A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3<sup>rd</sup> edition, New York, Aspen Law & Business, 1999, p. 436. M. P. PERALES VISCASILLAS, «Las cláusulas de restricción probatoria o *merger clauses* en los contratos internacionales», (1997), in <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/merger.html>, accessed 26<sup>th</sup> March 2011.

<sup>46</sup> SCRHOETER, *op. cit.*, p. 481.

<sup>47</sup> § 213 *Restatement (the second) of contracts*, and § 2-202, UCC. FARNSWORTH, *op. cit.*, p. 427 and following. K. ZWIEGERT; H. KÖTZ H., *An introduction to comparative law*, 3<sup>rd</sup> edition, translated by Tony Weir, New York, Oxford, 1998, p. 406-408.

<sup>48</sup> R. HILLMAN, *Principles of contract law*, St. Paul, Thomson West, 2004, p. 241.

## «(Merger clauses)

A contract in writing which contains a clause indicating that the writing completely embodies the terms on which the parties have agreed cannot be contradicted or supplemented by evidence of prior statements or agreements. However, such statements or agreements may be used to interpret the writing».

The previously cited article 29 (2) of the convention refers to no oral modification clauses when the idea is clear that it permits in principle that the contract is modified or terminated by the agreement of both parties. This requires no formal process and it is established that, «A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement,» allowing no oral modification clauses in principle<sup>49</sup>. In virtue of free will in a material sense, for any particular case, it would mean that the principle of no form required, and the proof evidenced stated in article 11 of the convention should be modified.

It is however true that these clauses are limited within the context of the convention in two ways:

The first, located in article 8 (3) of the Convention states that previous negotiations will have an interpretative value to determine the intention of a party or the sense of a contractual purpose.

In Case Law there have been cases in which an attempt to apply the parol evidence rule has been excluded, based on article 8.3 of the Convention. Please refer to *MCC-Marble Ceramic Center v. Ceramica Nuova D'Agostino*, case decision made on 29<sup>th</sup> June 1998 by the Federal Appellate Court [11<sup>th</sup> Circuit], United States of America. The issue before the court was whether the parol evidence rule of domestic law applies to the interpretation of a contract governed by the Convention on Contracts for the International Sale of Goods<sup>50</sup>.

Nevertheless, it should be taken into consideration that this is not a unanimously accepted position. There is an argument stating that on making an oral modification to an international sale contract, national law governs the contract and not the Convention as it is not within its scope. This was the position taken in the case of *Beijing Metals Import/Export Corp. v. American Business Center*; decision made on 15<sup>th</sup> June 1993 Federal Appellate Court [5<sup>th</sup> Circuit], United States of America. The case was brought forward due to the intention of one of the parties to enforce an oral agreement about one aspect of the contract that had been concluded in writing. The lower court excluded the testimony about oral agreements under the State of Texas' parol evidence rule. Nevertheless, the court stated expressly that the parol evidence rule «applies regardless» of whether Convention on Contracts for the International Sale of Goods applies or not<sup>51</sup>.

The other way of mitigating the said clause is to consider promissory estoppel, as is stated in article 29 of the Convention. As such, and despite the clause, if the conduct of one party, for one reason or another, goes against the terms agreed in the contract he can be precluded from asserting the modification in writing to the extent that the other party has relied on that conduct<sup>52</sup>.

The rule regarding the restriction of modification when a party may be precluded by its conduct can be found in the UNIDROIT Principles, article 2.1.18. It is stated in the following terms:

<sup>49</sup> Article 96 of the Convention allows a state to make a declaration if their legal system demands that contracts of sale be concluded or evidenced by writing then article 29 does not apply in the event that one of the parties has his place of business in that state.

<sup>50</sup> *MCC-Marble Ceramic Center v. Ceramica Nuova D'Agostino*, Federal Appellate Court [11<sup>th</sup> Circuit], No. 97-4250 29<sup>th</sup> June 1998, United States of America, Clout No. 222, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980629u1.html>, accessed 30<sup>th</sup> October 2011.

<sup>51</sup> *Beijing Metals v. American Business Center*, Federal Appellate Court [5<sup>th</sup> Circuit], 15<sup>th</sup> June 1993, United States of America, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930615u1.html>, accessed 30<sup>th</sup> March 2011. Also refer to FRIGNANI; TORSELO, *op. cit.*, p. 467, for a discussion of the above ruling.

<sup>52</sup> The relevant doctrine, M. COCA PAYERAS, «Artículo 11», in *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, (Director), Civitas, Madrid, 1998, p. 154-155. CABANILLAS SÁNCHEZ, ANTONIO, «Artículo 29», in L. DIEZ PICAZO AND PONCE DE LEÓN, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 239. Refer to the Case Law: *Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft Tribunal Arbitral*, SCH-4318, 15<sup>th</sup> June 1994, Austria, Clout No. 94, *cit.*

«(Modification in a particular form)

A contract in writing which contains a clause requiring any modification or termination by agreement to be in a particular form may not be otherwise modified or terminated. However, a party may be precluded by its conduct from asserting such a clause to the extent that the other party has reasonably acted in reliance on that conduct».

## VI. The duty to mitigate damages

20. The duty to mitigate damages can be found in article 77 of the Convention:

«A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated».

The mitigation of damages can be understood to be one of the principles on which the Convention is based<sup>53</sup>. It is also considered to be based as much on the principle of good faith in international business<sup>54</sup> as it is a question of economics, and is intended to provide disincentives for passive conduct that allows the aggravation of damages that could have been avoided<sup>55</sup>.

Article 7.4.8 of the UNIDROIT Principles also includes the following:

«(Mitigation of harm)

(1) The non-performing party is not liable for harm suffered by the aggrieved party to the extent that the harm could have been reduced by the latter party's taking reasonable steps.

(2) The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm».

21. This rule is of Anglo-Saxon origin and can be located in §350 of the Restatement (Second) of Contracts, United States of America<sup>56</sup>. It states that damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided. This, however, does not mean that the injured party is not precluded from recovery by the rule to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.

The doctrine states that the mitigation of damages is both positive and negative in aspect. It is positive in the respect that the creditor can adopt the means necessary to reduce or avoid the losses that breach of contract would incur, but negative however in the way that he could refrain from acting, which could in turn increase the losses that the debtor will incur<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> AUDIT, *op. cit.*, p. 64. FERRARI, «Uniform Interpretation...», *cit.*, p. 225. HONNOLD, *op. cit.* p. 101. MAGNUS, *op. cit.* SAN JUAN CRUGELAEGUL, *op. cit.*, p. 77-78. SCHWENZER; HACHEM, «Article 7», *cit.* p. 138.

Also, I. SCHWENZER, INGEBORG, «Article 77», in SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, *Commentary on the UN Convention on the international sale of goods (CISG)*, 3<sup>rd</sup> edition, New York, Oxford, 2010, p. 1462. The courts understand it as a principle on which the convention is based. *Landgericht Zwickau*, 19<sup>th</sup> March 1999, Germany, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990319g1.html>, accessed 30<sup>th</sup> June 2011. *Arbitral Award CCI 8817*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 10, No. 2, Fall 1999, p. 75. *Al Palazzo S.r.l. v. Bernardaud di Limoges S.A.*, *Tribunale di Rimini*, 26<sup>th</sup> November 2002, Italy, Clout No. 608, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021126i3.html>, accessed 6<sup>th</sup> April 2011.

<sup>54</sup> SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1042.

<sup>55</sup> A. SOLER PRESAS, *La valoración del daño en el contrato de compraventa*, Universidad Pontificia Comillas, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 64-65.

<sup>56</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE, *Restatement of the law (2nd)*, 3, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1981, p. 126.

<sup>57</sup> V. KNAPP, «Article 77» in BIANCA; BONELL, *Commentary on the International Sales Law*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 560. T. VÁZQUEZ LEPINETTE, *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 181-183.

The determination of reasonable measures to mitigate damages depends as much upon the usage as they do on the practices established between the parties, and also on the conduct that a party would engage in, according to the understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances. This conforms what is stated in articles 9 and 8.2 respectively, without implying disproportionate costs<sup>58</sup>. Case Law has considered that conducts that mitigate damage are, for example: getting another supplier to replace what is damaged<sup>59</sup>, contracting a third party to deliver the goods that were not delivered on time (at the convenience of the buyer)<sup>60</sup>, or the sums of money assumed by the seller for the transport and storage of product that was not received by the buyer<sup>61</sup>. The doctrine also states that as a consequence of the duty to mitigate damages there is a duty to compensate the cost of the damages that excludes the indemnity payment of the losses that could be avoided<sup>62</sup>.

22. This principle can be applied in two specific situations: those which are stated in articles 85 and 86 relating to the preservation of the goods, which applies as much to the buyer as it does to the seller in the specified cases. According to the first article, if the buyer is in delay in taking delivery of the goods or, where payment of the price and delivery of the goods are to be made concurrently, if he fails to pay the price, and the seller is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition, the seller must take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve them.

In accordance with the second article, if the buyer has received the goods and intends to exercise any right under the contract, or to reject them due to a breach of contract on the behalf of the seller; for example when the goods have shortcomings in quality or quantity, or they are shipped to a place, or at a time that is different from what has been agreed either in the contract or the Convention (as stipulated in articles 45 – 52) reasonable measures should be taken. These measures should, depending on the circumstances, result in the preservation of the goods. They may be deposited in a warehouse of a third party: a possibility stated in article 87 of the convention, or they may be sold to a third party

<sup>58</sup> F. ENDERLEIN; D. MASKOW, *op. cit.*, p. 308. KNAPP, *op. cit.*, p. 560. SCHWENZER, *op. cit.*, p. 1045.

<sup>59</sup> In a case in which the buyer alleged non-compliance for some air compressors, the seller (the manufacturer) was ruled to pay compensation that covered the expenses incurred by the buyer in order to correct the damages. Also, compensation was to be paid to incur the costs of hiring air compressors from a third party for the purpose of mitigating the buyer's losses as the plaintiff could not satisfy his orders due to the defendant's breach of contract. Compensation was also awarded for the buyer's nonconforming handling and storage costs of the goods, as well as the loss of potential profit brought about by the loss of sale of the aforementioned goods to third parties. *Delchi Carrier SpA, v. Rotorex corp.*, Federal District Court, Northern District of New York, 9<sup>th</sup> September 1994, United States of America, Clout No. 85, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940909u1.html>, accessed 6<sup>th</sup> April 2011. The appeal upheld the ruling and also added some additional indemnities that had been rejected in the first ruling, for example, shipping costs, and customs duties relating to nonconforming air compressors. *Delchi Carrier SpA, v. Rotorex corp.* Federal Court of Appeals for the Second Circuit, 6<sup>th</sup> December 1995, United States of America, Clout No. 138, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>, accessed 6<sup>th</sup> April 2011.

<sup>60</sup> The case was brought to court by a Canadian company (seller) against a U.S. company (buyer) regarding a contract that was entered into for the manufacturing and shipping of moulds used in the production of plastic auto parts. The seller was delayed in the manufacturing of these parts and consequently the buyers felt that they had no other option but to find another mould shop who could deliver the mould on time. The buyer made a successful for the extra costs incurred for the price that they paid to the third party to complete the job as well as damages for breach of contract and repair costs for previously received faulty moulds. *Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc.*, Ontario Court, General Division, 16<sup>th</sup> December 1998, Canadá, en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981216c4.html>, accessed 6<sup>th</sup> April 2011. Appeal: *Nova Tool & Mold Inc. v. London Industries Inc.*, Ontario Court of Appeal, 26<sup>th</sup> January 2000, Canada, in <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000126c4.html>, accessed 6<sup>th</sup> November 2011.

<sup>61</sup> An example of this as case regarding a claim brought to court by the seller for breach of contract by the buyer regarding compensation for interest and non-payment. The court accepted the seller's declaration of termination of contract due to the fact that payment had not been made in a reasonable additional period of time, as stated by articles 63.1 and 64.1.b of the Convention. It was also ruled that the buyer had the right to claim interest, as is stated in article 78, and compensation from the seller for the maintenance of the machine even though it had not been distributed (in accordance with article 74). It was accepted that the seller had mitigated damage, in accordance with article 77, for shipping and storing the product that was not received by the buyer. Arbitration Award CCI 7585, 1992, Clout No. 301, *ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol.6/N.2 - November 1995*, p. 60.

<sup>62</sup> ENDERLEIN; MASKOW, *op. cit.*, p. 308-309. SOLER PRESAS, ANA, «Artículo 77», in L. Díez Pícazo y Ponce de León, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 77-78. Also in paragraph 2 of article 7.4.8 of the *UNIDROIT Principles*: «The aggrieved party is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the harm.»

in the event of the situation expounded in article 88 if there has been an unreasonable delay in taking possession of the goods, in taking them back, or in paying the price or the cost of preservation, provided that reasonable notice of the intention to sell has been given to the other party<sup>63</sup>.

It is also accepted that the duty to mitigate damages does not only relate to the last stage of the contractual process: breach of contract. Before the undertaking of the contract, while the contract is being executed, it is one party's duty to inform the other of the risk of loss before there is any actual breach of contract. They have the possibility of declaring a prior fundamental breach of contract as stated in article 71 (1) of the Convention<sup>64</sup>.

## VII. The principle of *favor contractus*

23. The doctrine recognises that the Convention promotes the Contract conservation principle, to the extent that it restricts the causes that could lead to its termination, based on the concept of fundamental breach of contract, as is stated in articles 14, 18.1, 18.3, 25, 34, 37, 47, 48, 49, 51, 55, 63 y 64<sup>65</sup>. It can also be stated that this principle is demonstrated in the rules which restrict the possible of inefficiency of a contract by not observing the valid regulation, a subject that is excluded from the Convention by article 4, and also by the requisites for the formation of the contract, as is stated in article 19 which reduces the rigidity of the mirror image rule<sup>66</sup>. Also, article 53 determines the viability of the contract even though the price has not been agreed upon, in which case the usage of the goods has been agreed upon.

The same occurs through the rules on breach of contract that allow the debtor to amend the situation (articles 34, 37, and 38) as in the case of noncompliance the replacement of a good, or the reduction in price is allowed. The resolution of the contract can be applied when fundamental breach of contract occurs, although even in this case it is allowed to substitute the one product for another.

## VIII. Conclusions

24. The main conclusions drawn from what was expounded in this paper can be summarised in the following way:

- a) The general principles set forth by the United Nations Convention on Contracts for the International sale of Goods can be employed, as much to understand the Convention itself as they can the contract which it governs.
- b) Primarily these principles can be assumed from the Convention itself and understood as general rules of regulations that govern specific points. When interpreting them inductive and deductive reasoning should be used as well as their verification through doctrine and Case Law.
- c) Despite the tendency, which looks to limit the principle of good faith with regards to the interpretation of the Convention, in the doctrine and courts' decisions progress has been made. This implies that rules governing behaviour with regards to contracts are applicable from the very beginning stages of the contract and with these rules come obligations, such as confidentiality that both parties need necessarily observe.

<sup>63</sup> HONNOLD, *ob. cit.*, p. 101. V. MONTES, «Artículo 86», in L. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Civitas, 1998, p. 689.

<sup>64</sup> KNAPP, *op. cit.*, p. 566-567. SCHWENZER, «Article 77», *cit.*, p. 1043.

<sup>65</sup> Cfr. FERRARI, «Uniform Interpretation...», *cit.*, p. 225. MAGNUS, *op. cit.* MARTÍNEZ CAÑELLAS, *op. cit.*, p. 326. M. P. PERALES VISCASILLAS, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 641-642. SAN JUAN CRUCELAEGUI, *op. cit.*, p. 76-77. SCHWENZER; HACHEM, «Article 7», *cit.*, p. 138. A. R., VIDAL OLIVARES, «El incumplimiento contractual y los remedios de que dispone el acreedor en la compraventa internacional», *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 33 No. 3, (2006), p. 453.

<sup>66</sup> MARTÍNEZ CAÑELLAS, *op. cit.*, p. 326.

- d) According to the principle of real intention, the agreements that the contracting parties make should be carried out objectively in all stages of the contract, during its preliminary negotiations, undertaking, and execution.
- e) The purpose of the principle of reliability, which is both subjective and objective, is to compare the behaviour of each of the two parties with the hypothetical behaviour of the ideal subject who works in the same field as the contract that was signed.
- f) The principle of adhering to estoppel is inferred by several rules of the Convention and demands coherent behaviour during the entire contractual process, including the preliminary contractual phase.
- g) *The freedom to choose the content and form of the contract* is shown in two different ways: the freedom to show free will and the method of proof. This principle, in harmony with the principle of good faith means that the restrictive clauses for contractual modification and integration allow that, despite them, the contracting parties can look to previous behaviour in order to ascertain the real intention. According to this behaviour the terms of the contract can be modified.
- h) The duty to mitigate damages means that the creditor must adopt reasonable measures to reduce the loss that is derived from the other party's breach of contract: something that should be clear in the preliminary stage of the contract. Reasonable measures undertaken to mitigate damages depends on the uses and practices that have been established by the parties as well as the way a reasonable person would behave in a similar situation.
- i) Lastly, without assuming that this list is exhaustive, it is necessary to acknowledge maintaining the contract as a general principle. This should be thought of in such a way as to restrict potential causes that could lead to a settlement for breach of contract, or for ineffective undertaking of the contractual obligations.

# LA PROTECCION TRANSNACIONAL DE LOS DERECHOS LABORALES EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD: UNA ASIMETRIA COMUNITARIA Y SUS REMIENDOS INSTITUCIONALES

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 18.11.2011 / Aceptado: 25.11.2011

**Resumen:** A pesar de la existencia de una normativa comunitaria en materia de seguridad y salud en el trabajo vinculante para todos los Estados Miembros, y a pesar de que el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional cuenta con una regulación consolidada, sin embargo, es posible distinguir una zona gris en la regulación de la protección de los derechos laborales en materia de seguridad y salud. De suerte que, independientemente de cuestiones sustantivas referidas a las obligaciones empresariales en esta materia, se observa que hay una asimetría clara entre la regulación comunitaria, y nacional existente, y su efectividad última a través de –inexistentes hoy– mecanismos coercitivos.

**Palabras Clave:** desplazamiento temporal de trabajadores, prestación de servicios transnacional, seguridad y salud en el trabajo.

**Abstract:** In spite of the existence of an European legislation in the matter of security and health at work for all the Member States, and although the posting of workers within the framework of a transnational provision of services counts on a consolidated regulation, nevertheless, it is possible to distinguish a gray zone in the regulation of the protection of labour rights in the matter of security and health. In such a way that, independent of substantive issues referred to the enterprise obligations in this matter, it is observed that there is a clear asymmetry between the European and national regulation, and its last effectiveness through - nonexistent today - coercive mechanisms.

**Key words:** posting of workers, transnational provision of services, health and safety at work.

**Sumario:** I. Consideraciones previas sobre la movilidad geográfica transnacional. 1. Delimitación inicial-intuitiva- del objeto de estudio. 2. La movilidad geográfica: el desplazamiento de trabajadores. 3. Desplazamientos internos y desplazamientos internacionales. El quid de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados. 4. El desplazamiento internacional de trabajadores. Tipos y criterios de clasificación. A) El criterio temporal. B) El criterio del elemento geográfico. C) El criterio económico-organizativo. 5. Delimitación final del objeto de estudio. II. Los derechos de seguridad y salud del trabajador desplazado en el marco de una prestación transnacional de servicios: una cuestión de derecho sustantivo español. 1. Derecho sustantivo versus Derecho Adjetivo. 2. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados (desde/ a) España, en el marco de una prestación transnacional de servicios. 3. Las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados. 4. Los sujetos obligados en materia preventiva: la dualidad empresarial. III. La efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados: una cuestión de Derecho adjetivo. 1. La pluralidad de sujetos implicados en la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. A) La duplicidad de empresarios. B) La duplicidad de representaciones de los trabajadores. C) La pluralidad de Administraciones Públicas. 2. Los mecanismos de tutela de los derechos de Seguridad

y salud en el marco del desplazamiento. A) Tutela *a priori*. B) Tutela *a posteriori*. 3. Algunos problemas de (in)eficacia de la tutela de los derechos de seguridad y salud. A) La falta de comunicación a la autoridad administrativa del desplazamiento de trabajadores. B) Ineficacia de las sanciones administrativas: la (in)competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española. El principio de territorialidad y las limitaciones de la colaboración administrativa internacional. C) Las dificultades de ejecución extraterritorial de resoluciones administrativas sancionadoras y de sentencias judiciales. IV.- Algunas reflexiones finales sobre una problemática coral. 1. La globalización económica perfecta y la globalización imperfecta del Derecho Social: los límites del Estado (del *ius puniendi* nacional) y los límites de las organizaciones supranacionales. 2. Algunas propuestas (realistas e idealistas) de *Lege ferenda*. A) Tutelas *a priori*. B) Mecanismos de *ius puniendi* supranacional. C) Extrapolación de mecanismos. D) La *Gobernanza social* en los códigos de conducta empresarial: la responsabilidad social de la prevención. 3. En síntesis: los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados y los límites del Derecho Social.

## I. Consideraciones previas sobre la movilidad geográfica transnacional

### 1. Delimitación inicial -intuitiva- del objeto de estudio

1. El trabajo que aquí se presenta tiene como objetivo presentar, analizar y resolver algunos de los problemas que suscita el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Por el tipo de trabajo del que se trata, obviamente aquí no se puede atender en toda su integridad a la problemática de la movilidad geográfica internacional. De ahí que, bien es cierto de un modo más recurrente del que sería deseable, ha sido necesario llevar a acabo una labor de contención del propio objeto de estudio<sup>1</sup>.

2. En primer lugar, se ciñe esta investigación a un aspecto muy concreto, cual es de la protección transnacional de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. O dicho de otro modo: en primer lugar se opta por analizar un tipo de movilidad geográfica, la de carácter *temporal*, discriminando la figura del traslado; en segundo lugar se opta por prestar atención a la movilidad *internacional* de trabajadores, dejando a un lado la movilidad geográfica dentro del territorio español; y, en tercer lugar, de entre todos los aspectos implicados en la movilidad temporal de trabajadores de carácter transnacional, se enfoca uno concreto, el relativo a los derechos de seguridad y salud de dichos trabajadores en algunos supuestos.

3. A pesar de esta primera labor de depuración, la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios no deja de ser una problemática coral, en la que se superponen materias jurídicas diversas pero anudadas entre sí. De ahí que, en primer lugar, se haya de superar una primera dificultad, la de «reconstruir» esta problemática, deslindando los distintos aspectos jurídicos en liza desde la perspectiva del Derecho sustantivo; para después, en un segundo momento, tratar de reconstruir, sin mayores dosis de voluntarismo, esta realidad jurídico-económica de un modo no problemático, atendiendo a los mecanismos *-de lege data y de lege ferenda-* existentes.

---

<sup>1</sup> En diferentes direcciones, y por distintos motivos. En primer lugar porque el desplazamiento de trabajadores en el marco de prestaciones de servicios de carácter transnacional entre empresas establecidas en distintos Estados resulta ser una realidad poliédrica, que necesitaría ser abordada desde múltiples perspectivas (las propias del Derecho Laboral y del Derecho Social Comunitario, del Derecho Internacional Privado y del Derecho Internacional Público, incluso desde el Derecho Administrativo o desde el Derecho Procesal). Pero, aún desde la óptica puramente *ius-social*, el desplazamiento transnacional presenta diversas manifestaciones jurídicas, y ni todas han sido objeto de una regulación homogénea, ni cuando lo han sido responden a la misma axiología. En suma, se trata aquí de plantear algunos de los problemas, en abstracto, que en principio este fenómeno socio-económico genera respecto de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados. Problemas aún parcialmente sin resolver, a falta de una regulación específica e integral

4. De un modo más preciso, en realidad lo anterior se reduce a determinar de qué modo los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados se mantienen y se ven modulados en los supuestos en que la prestación de trabajo se realiza en régimen de desplazamiento transnacional. Junto a esa perspectiva material o sustantiva, se ha de prestar atención a la vertiente adjetiva de la protección de los derechos de seguridad y salud, de suerte que se ha de analizar si existen medios y procedimientos para hacer efectivos esos derechos y si, de existir, están o no modulados y si resultan efectivos. Todo esto, de un modo obvio, requiere una atención más profunda pero, se ha de insistir, contenida.

## 2. La movilidad geográfica: el desplazamiento de trabajadores

5. Dentro de la institución jurídica de la movilidad geográfica (como modificación que el empresario, sobrevenidamente, realiza del lugar de la prestación de servicios) se diferencian dos manifestaciones atendiendo, ya no a las implicaciones que el cambio del lugar tiene en el equilibrio contractual cuando dicho cambio de lugar de trabajo exige un cambio de residencia, sino a la duración que se prevé tenga la modificación de esta condición de trabajo. Manifestaciones que son el desplazamiento temporal de trabajadores y el traslado, permanente o definitivo, de trabajadores<sup>2</sup>.

6. No procede a aquí retomar estos sub-institutos jurídicos sino de un modo instrumental, de ahí que sirva advertir que el traslado queda al margen de este estudio, no porque no presente importancia, sino porque, en orden a circunscribir el objeto de investigación de opta por prestar atención al desplazamiento de trabajadores. El carácter temporal del desplazamiento plantea, de un lado, problemas jurídicos de una intensidad aparentemente menor, por la menor duración de la modificación de la condición laboral –lugar de trabajo– que entraña un cambio de residencia. Pero, de otro lado, plantea problemas distintos, derivados de esa propia duración limitada en el tiempo. O dicho de otro modo, la temporalidad implica una reversibilidad cierta al lugar de trabajo inicialmente determinado y, en consecuencia, hace necesario prever en todo caso un ajuste doble del equilibrio contractual *antes-durante* y *durante-tras* el desplazamiento<sup>3</sup>. Dicho de otro modo, se plantea la cuestión de determinar cuál es el régimen jurídico-preventivo aplicable a la prestación de servicios durante el desplazamiento, y cuál sería el régimen aplicable después del desplazamiento.

## 3. Desplazamientos internos y desplazamientos internacionales. El *quid* de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados

7. Hasta momentos relativamente próximos en el tiempo, el tratamiento jurídico del desplazamiento se circunscribía al ámbito puramente interno; es más, con algunas pequeñas excepciones, se observa como, plásticamente, en la negociación colectiva se presta atención al desplazamiento dentro del territorio español. Tratamiento legal y convencional que se concreta en: bien la determinación de las causas justificativas de la decisión empresarial de proceder a modificar el lugar de trabajo de un trabajador; a saber la concurrencia de causas ordinarias o extraordinarias de carácter económico-productivo; bien en

<sup>2</sup> Regulados en el Art. 40 Estatuto de los Trabajadores (ET en adelante), pero que traducen una institución dual presente en otros ordenamientos laborales.

<sup>3</sup> Sin embargo, el elemento temporal y su problemática teórica particular no siempre son exclusivos de la figura del desplazamiento. En efecto, aunque la temporalidad es el elemento que deslinda formalmente los institutos del desplazamiento y del traslado como manifestaciones de la movilidad geográfica, no es realmente siempre un elemento exacto; en la medida en que, paradójicamente, no tiene como antítesis la permanencia en el cambio de lugar de trabajo con el correspondiente permanente cambio de residencia. Esto es así, dado que el tratamiento que el legislador laboral español hace de la movilidad geográfica incorpora parámetros temporales (doce meses en un arco temporal de tres años) que, en puridad, distorsionan la figura del traslado. Hipotéticamente, el traslado, por oposición al desplazamiento habría de ser definitivo: pero solo lo es de un modo ficticio. Porque, junto a los cambios de lugar de trabajo con cambio de residencia definitivos y permanentes, también son considerados traslados a efectos laborales los supuestos de movilidad geográfica que superan, sin ser definitivos, los límites temporales legales. En estos casos, en los traslados –aquí llamados– ficticios por no ser definitivos (por ser temporales pero con una duración que excede a la prevista en la norma), se plantearían los mismos problemas (los de ajuste y reajuste antes-durante y durante-tras la movilidad geográfica). De ahí que, independientemente de que aquí se opte por focalizar la atención sobre la figura del desplazamiento, no se ha de excluir la posibilidad de que parte de las cuestiones problemáticas y de las eventuales conclusiones se puedan extrapolar a este tipo de traslado.

la determinación del régimen aplicable referido a derechos y obligaciones del trabajador y del empresario antes y durante del desplazamiento (los derechos retributivos e indemnizatorios, derecho de permanencia o inamovilidad, por poner algunos ejemplos); o incluso, por último, en el establecimiento de garantías (procedimiento de decisión del desplazamiento, plazo y procedimiento de comunicación de la orden de desplazamiento, por ejemplo), y efectos jurídicos de la orden de desplazamiento y de la (des)obediencia de dicha orden (posibles sanciones empresariales, procedimiento de impugnación de la decisión, etc.).

8. *A priori*, esta modalidad interna de desplazamiento no plantearía en la actualidad mayores problemas jurídicos que los relativos a la aplicabilidad y efectividad de la normativa legal y convencional existente. De ahí que se opte por dejar a un lado los desplazamientos internos, para prestar atención a los desplazamientos internacionales. No cualesquiera, sino aquellos que se producen en el marco de una prestación transnacional de servicios de carácter mercantil, entre una entidad empresarial empleadora de un trabajador que está establecida en un Estado determinado, y otra entidad empresarial prestataria o destinataria del servicio contratado que tiene establecimiento en un Estado distinto del de la empresa prestadora y que recibe al trabajador desplazado que es quien efectivamente le presta los servicios pactados.

9. En este caso, la relación mercantil de dos empresas radicadas en Estados distintos, sirve de marco para que un trabajador vea modificada la condición laboral «lugar de trabajo» de un modo tan relevante que se hace necesario un cambio de residencia que lleva a su vez aparejado un cambio de Estado. Esta situación jurídica plantea numerosos problemas de muy distinto orden, referidos, por simplificar, a la determinación de la legislación aplicable a la relación laboral<sup>4</sup>. Y estos problemas de determinación de las normas aplicables a la relación laboral se proyectan no solo en la vertiente sustantiva (referida a los derechos y deberes dimanantes de la prestación laboral para todas las partes implicadas), sino también en la vertiente adjetiva (de la exigibilidad judicial y administrativa del cumplimiento del régimen jurídico sustantivo); de suerte que el carácter transnacional que adquiere la relación laboral provoca una distorsión en la relación jurídica, a la que se ha de devolver las zonas necesarias de certidumbre, especialmente por lo que se refiere a la protección de la salud laboral de los trabajadores desplazados.

10. Con carácter general, no es nuevo el interés jurídico por la movilidad geográfica temporal internacional, como pone de manifiesto que el hecho de que ya fue regulada en el año 1999 en el ordenamiento español (Ley 45/1999, de 29 de noviembre, de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, *BOE* de 30 de noviembre de 1999 en lo sucesivo Ley 45/1999)<sup>5</sup>; en

<sup>4</sup> Algo que solo parcialmente resolvía la normativa de Derecho Internacional Privado referida a la determinación de la ley aplicable a los contratos laborales. (Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales). Por esta razón resultó un avance significativo que la Directiva 96/71/CE estableciera una regla de conflicto prevalente, a saber, la legislación del lugar de ejecución temporal del contrato, en lo referido a ciertas normas mínimas. Se rompía así el continuismo de la legislación aplicable al contrato (M. E. CASAS BAAMONDE, «Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la Era global: objetivos y significación de la ley». En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER, (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, p. 25).

<sup>5</sup> La Ley 45/1999, justificaba en su exposición de motivos su propia existencia a partir del auge de las prestaciones de servicios de carácter transnacional en el interior de la Unión Europea; que daba lugar a una nueva circulación de trabajadores como era el desplazamiento temporal de trabajadores con fundamento en el ejercicio por su empresario de la libre prestación de servicios. En este sentido la defensa de la libre competencia entre empresas, de un lado, y la evitación de situaciones de discriminación entre trabajadores como consecuencia de distintos niveles de protección en las legislaciones nacionales, de otro lado, justificaron que el legislador español procediera a trasponer la Directiva 96/71/CE. En otros ordenamientos, la reacción legislativa se produjo incluso antes de que reaccionara el legislador comunitario, quizás como consecuencia del asunto *Rush portuguesa* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de marzo de 1990 Asunto C-113/89). Es el caso de Francia que, en 1993, introdujo la regla que de que las empresas extranjeras establecidas en otro estado quedan sometidas a una parte muy importante del Derecho Social francés (Art. L.431-5 Y D. 341-5-1 a D. 341-5-14, del Código de Trabajo francés). Igualmente, en Alemania, la *Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)* de 26 de febrero de 1996 anticipaba la transposición, si bien ha sido reformada en el año 2009.

En España, la Ley 45/1999 impuso a los empresario incluidos en el ámbito de aplicación, la obligación de garantizar a los trabajadores desplazados determinadas condiciones de trabajo correspondientes al –así denominado en la jerga comunitaria– núcleo duro de disposiciones imperativas de protección mínima de los trabajadores. Y entre esas disposiciones se encuentran, a lo que aquí interesa, las condiciones ligadas a la prevención de riesgos laborales. En síntesis, de un modo más preciso, la

transposición de la Directiva (CEE) 96/71<sup>6</sup>, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DOCE L 18, de 1 de enero de 1997 (en adelante Directiva 96/71). Sin embargo, es cierto es que dicha normativa se intuye insuficiente en un ámbito concreto, cual es el de la seguridad y salud en el trabajo.

**11.** En el caso de los desplazamientos internos regidos por el Derecho español, en la medida en que el cambio de lugar de trabajo y de residencia no entraña elementos de extraterritorialidad, no se plantean dudas respecto de la prevención de riesgos laborales: rige la normativa legal, reglamentaria y convencional en su caso, española. Es decir, no hay problemas de determinación de la legislación –sustantiva– aplicable. Como tampoco se suscitan dudas acerca de las vías de exigibilidad del cumplimiento de dicha normativa; que serán las específicas de la jurisdicción social española, así como de la Administración Laboral española.

**12.** Por el contrario, cuando dicha movilidad se produce fuera del territorio español, genera vicisitudes muy diversas a las que produce la movilidad interna. No solo surgen cuestiones en torno al Derecho material que rige los derechos y obligaciones de salud laboral, sino que, también, nacen serios problemas en torno a la efectividad de la tutela de esos derechos difusos por cuanto que el trabajador desplazado puede sufrir las vicisitudes de la extraterritorialidad de la prestación de servicios.

**13.** En el caso de los desplazamientos internos, los dos centros de imputación del Derecho preventivo (material y adjetivo) –empresario y trabajador– permanecen dentro del territorio español. Por el contrario, en los desplazamientos internacionales, uno de esos centros de imputación, bien el trabajador, bien el empresario, no comparten, durante el desplazamiento, ni territorio, ni, aparentemente, legislación aplicable. Bien porque el empresario tenga su establecimiento fuera de España y desplace a España, a un trabajador, bien porque sea una empresa con establecimiento en España la que desplace fuera de España a uno de sus trabajadores. Esta disociación puede plantear no pocos problemas, no solo de determinación de la legislación aplicable a las obligaciones y derechos preventivos, sino también de efectividad de la tutela legal de los derechos de seguridad y salud reconocidos al trabajador desplazado en el marco de una prestación de servicios internacional.

**14.** Todas estas cuestiones no son solo cualitativamente relevantes sino que, además, son susceptibles de ser crecientemente importantes desde un punto de vista cuantitativo, dado que se puede prever que el número de desplazamientos internacionales de trabajadores se multiplique en las dos

---

ley define: primero, cuáles son las empresas incluidas en el ámbito de aplicación, y cuales son los trabajadores desplazados objeto de protección (artículos 1 y 2, DA 1ª, 2ª y 4ª Ley 45/99); segundo, cual es el núcleo duro de condiciones laborales que deben ser garantizadas a los trabajadores desplazados (artículos 3 y 4 Ley 45/99); tercero, los instrumentos de efectividad de las obligaciones ligadas al desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicio (artículo 5 y siguientes y disposición adicional 3ª) y; cuarto, el régimen específico de las Empresas de Trabajo Temporal (disposición final 1ª que modifica el capítulo VI de la ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

<sup>6</sup> El desplazamiento internacional de trabajadores venía a regularse, por primera vez de un modo específico, por la Directiva 96/71; norma comunitaria que venía a resolver una problemática intensa, a la que la jurisprudencia comunitaria desde el asunto *Rush portuguesa*, (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 27 de marzo de 1990 Asunto C-113/89) había dado soluciones parciales, y respecto de la que la doctrina demandaba insistentemente soluciones normativas. (Por todos, véase, J.J. MARTÍNEZ MURILLO, «Cesión de trabajadores, subcontratación y *dumping socia*», *Gaceta jurídica de la CE*, 1991, B-67, p.18). En efecto, existían ciertas normas, propias del Derecho Internacional Privado, contenidas en el Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (que ha sido sustituido por el Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOUE*, L 177, de 4 de julio 2008) que resolvían algunos problemas de determinación de la legislación aplicable al contrato de trabajo que contenían situaciones privadas internacionales. Sin embargo, eran normas que no contenían soluciones aceptablemente precisas para los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.

Por su parte, las soluciones jurisprudenciales se referían a aspectos muy concretos, que, a lo que aquí interesa, no permitían delimitar los perfiles de la tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores. En consecuencia, con un iter normativo azaroso (Vid. G. PALAO MORENO, «Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.» *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, Vol. XLIX, 1, pp. 378 y ss.), se aprueba la Directiva 96/71.

direcciones (*desde y hacia* España). O dicho de otro modo, en las últimas décadas, la globalización económica viene planteando nuevos retos jurídicos que tienen mucho que ver con los límites sobrevenidos de las legislaciones nacionales.

15. En el caso español esos retos han sido menores<sup>7</sup>, por cuanto la presencia internacional de las empresas había sido muy limitada y, en consecuencia, también había sido anecdótico el desplazamiento de trabajadores desde empresas españolas a empresas establecidas fuera de España; si bien, no ha sido inusual lo contrario, es decir, que empresas españolas hayan venido recibiendo trabajadores desplazados desde empresas establecidas en otros países, especialmente en algunos sectores, como la construcción, y especialmente en zonas transfronterizas (localidades limítrofes con Portugal y Francia).

16. No obstante, es presumible que esta situación varíe como consecuencia mediata o inmediata de la última crisis económico-financiera. Esa situación económica ha hecho madurar (incluso ha agotado parcialmente) los mercados internos, de tal modo que, al menos en el caso español, se esté procediendo a un impulso de la internacionalización de las empresas establecidas en España. Internacionalización que no es totalmente nueva, porque ha sido, como es habitual, un fenómeno económico espontáneo a partir de los años 90<sup>8</sup>. Lo novedoso es, en la actualidad, que la internacionalización de las empresas se erija como uno de los elementos centrales de una Política Pública económica y comercial tendente a la superación de una situación de crisis<sup>9</sup>.

17. Junto a lo anterior, aparentemente, en España, la transnacionalización de la actividad empresarial no habría presentado mayor repercusión teórica o práctica, al menos desde un punto de vista cuantitativo, dado que en ciertos momentos el número de trabajadores afectados por un desplazamiento internacional no hacía patente una eventual problemática nueva. Lo que no habría justificado, a lo que aquí se refiere<sup>10</sup>, un estudio en profundidad en lo relativo a la tutela de sus derechos de seguridad y salud. Sin embargo, en los últimos meses, se ha puesto de relieve que, en aras de la recuperación económica, se abre y se potencia la internacionalización de las empresas.

<sup>7</sup> Tal es así que apenas hay datos estadísticos al respecto.

<sup>8</sup> J. SANTISO GIMARAS, «La internacionalización de las empresas españolas: hitos y retos». *ICE*, 2007, n° 839, pp. 89-102.

<sup>9</sup> En efecto existe un cierto empuje institucional a este fenómeno, como ponen de manifiesto las recientes reformas normativas. Sirvan dos ejemplos. En primer lugar, en desarrollo de la Ley 11/2010, de 28 de junio, el Real Decreto 1797/2010, de 30 de diciembre, aprueba el Reglamento del Fondo para la internacionalización de la Empresa; norma reglamentaria que ha entrado en vigor el 21 de enero de 2011. Y, en segundo lugar, en la misma línea se inserta el capítulo VI del Título II de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de economía sostenible, *BOE* de 5 de marzo de 2011; en el que se recoge un elenco de instrumentos que ponen de relieve la importancia de la actuación de las empresas en el ámbito internacional, a las que se les reconocen nuevos retos y necesidades en un marco de mayor competencia en el comercio internacional

<sup>10</sup> Sin que se trate de datos estadísticos muy recientes, sirva traer aquí algunos datos del año 2000. que resultan clarificadores por cuanto se corresponden con una fase de expansión económica. Y, aún así, es posible percibir el carácter marginal del desplazamiento transnacional. Se diferencian de una parte (Tabla I) datos referidos a los desplazamientos intra-comunitarios y, de otro los desplazamientos extracomunitarios, desde España a Terceros Estados con los que hay suscrito convenio bilateral de Seguridad Social (Tabla II)

**Tabla I**

|             |                          |
|-------------|--------------------------|
| Total       | 5.953 desplazamientos UE |
| Alemania    | 1.032                    |
| Austria     | 23                       |
| Bélgica     | 276                      |
| Finlandia   | 4                        |
| Francia     | 2.667                    |
| Grecia      | 112                      |
| Italia      | 434                      |
| Portugal    | 800                      |
| Reino Unido | 391                      |
| Suecís      | 39                       |

**Tabla II**

|           |     |
|-----------|-----|
| Andorra   | 438 |
| Argentina | 162 |
| Australia | 1   |
| Brasil    | 217 |
| EE. UU.   | 203 |
| Filipinas | 6   |
| Marruecos | 111 |
| Méjico    | 149 |
| Paraguay  | 5   |
| Suiza     | 53  |
| Venezuela | 79  |

Fuente: Elaboración propia a partir de datos obrantes en la Tesorería General de la Seguridad Social a 30 de junio de 2000.

18. De ahí que se pueda presumir que, si bien no es predecible que un número elevado de trabajadores sean desplazados masivamente de un modo inmediato en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, no es menos cierto que los que sí lo vayan a ser, lo serán con unas implicaciones que no se pueden infravalorar, ni desde el punto de vista teórico ni práctico. Aún más, los –relativamente poco numerosos– trabajadores desplazados en la actualidad padecen la situación jurídica difusa, en la que no hay claridad en lo relativo a cuáles son y qué grado de exigibilidad tienen los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación transnacional de servicios.

19. No importa solo la existencia actual de indeterminación normativa, también se ha de prestar atención a que es previsible que, sucesivamente, en los próximos meses-años, como consecuencia de los impulsos públicos variados y de la reacción empresarial a la crisis económica, sí se incrementen considerablemente los flujos de desplazamientos internacionales de trabajadores con origen y/o destino empresas establecidas en España<sup>11</sup>.

#### 4. El desplazamiento internacional de trabajadores. Tipos y criterios de clasificación

20. Los problemas jurídicos (en la vertiente preventiva, por concretar) derivados del desplazamiento internacional de trabajadores no son idénticos en todos los supuestos de desplazamiento internacional, de ahí que sea necesario deslindar los distintos tipos de desplazamiento internacional de trabajadores. En la medida en que no todos esos tipos pueden ser objeto de estudio, es preciso deslindar con mayor profundidad por cuáles se opta.

21. Para sintetizar, lo serán los desplazamientos de trabajadores, que se produzcan en el marco de una prestación transnacional de servicios entre empresas radicadas en distintos estados del ámbito comunitario, en los términos de la directiva 96/71. Dicho de otro modo, y al margen de alguna matización ulterior, se presta atención a aquel desplazamiento de trabajadores que supone el ejercicio mediato de la libre circulación de trabajadores comunitaria; ejercicio que es mediato en la medida en que sea la consecuencia de que el empleador del trabajador desplazado ejerza otra libertad comunitaria como la libre prestación de servicios (Art. 49 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> En febrero de 2011, el gobierno español, en el marco del fomento de la internacionalización económica de las empresas españolas, ha realizado diversos intentos de buscar nuevos mercados (en sectores tales como la construcción y las obras públicas o la energía, y sus sectores afines o instrumentales, como ingeniería, o consultoría) en estados de oriente medio (Quatar, Emiratos Árabes, por poner lo ejemplos más relevantes en los que se prevé que intervengan empresas españolas. Paralelamente, algunas constructoras (FCC) han conseguido adjudicaciones de obras públicas en el norte de África, (construcción de líneas de ferrocarril en Argelia, por ejemplo) y, en el sector energético, algunas empresas proceden a la expansión de sus centros de explotación, es el caso de Repsol en Alaska (marzo 2011).

<sup>12</sup> Quedan excluidas, entonces, algunas situaciones jurídicas adyacentes. De una parte, en el desplazamiento internacional que es aquí objeto de estudio la libre circulación de los trabajadores se ejercita de un modo mediato, subordinada al ejercicio empresarial de la libre prestación de servicios; lo que permite dejar fuera del ámbito de estudio la libre circulación de servicios inmediata o principal, de los trabajadores que se desplazan de un estado a otro, con el eventual traslado de su lugar de residencia, para acceder al empleo. Porque habría que diferenciar la «movilidad para el empleo», de la «movilidad en el empleo». En el primer caso, el trabajador ejerce su libertad de circulación para buscar un empleo en otro Estado Miembro; y en el segundo caso, el trabajador ejerce la libre circulación, como consecuencia de que su empleador ejerce su libertad de prestar servicios en territorio comunitario, y en consecuencia desplaza a sus trabajadores. (A. LYON CAEN, «Le droit la mobilité et les relations de travail: quelques perspectives». *Revue du Marché Commun*, 1991, pp. 108-113)). En este caso, no hay dualidad empresarial, ni prestación laboral con elementos de extraterritorialidad y, ni siquiera habría elementos de internacionalidad (dejando a salvo las cuestiones de nacionalidad), dado que el trabajador circulante no es desplazado por ningún empresario sino que se desplaza por voluntad propia para buscar un empresario.

De otra parte, no se habrá de prestar atención a los derechos de seguridad y salud de los trabajadores transfronterizos, que no son desplazados por su empresario, con el consiguiente cambio de residencia, para que preste servicios para otro empresario. En estos trabajadores, hay una disociación entre lugar de residencia y lugar de prestación de servicios, que, por ende, pertenecen a Estados distintos. Pero, en este caso, la condición laboral «lugar de trabajo» no muta, sino que es siempre (dejando a salvo eventuales desplazamientos en los términos aquí asumidos) la misma; de ahí que sea un punto de conexión fijo a efecto de la determinación del régimen de protección de la seguridad y salud del trabajador. Aquí hay elementos de internacionalidad, pero ni hay elementos empresariales duales, ni hay extraterritorialidad sobrevenida de la relación laboral, aunque sí haya elementos de internacionalidad.

## A) El criterio temporal

22. Como ya se apuntó más arriba, en la regulación interna de la movilidad geográfica (Art. 40 ET), el criterio temporal permite deslindar, dentro de esa institución jurídico-laboral de la movilidad geográfica, dos sub-institutos, como son el desplazamiento *stricto sensu* del derecho laboral interno español, y el traslado. Y el elemento determinante de esa dualidad es un elemento temporal (que la duración del cambio de lugar de trabajo no supere un lapso de doce meses en un arco temporal de tres años). Ahora bien, en este trabajo, atendiendo a que el concepto comunitario de desplazamiento temporal que se asume, y sobre el que eventualmente se volverá, no distingue entre desplazamiento-traslado, aquí se opta por lo siguiente. Solo son objeto de estudio aquellos desplazamientos de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (en los términos de la normativa comunitaria) que tengan el carácter de *temporal*. Y, a efecto del tratamiento de la cuestión referida a la protección de la seguridad y salud los trabajadores desplazados, se asimilan los desplazamientos inferiores a doce meses en un arco temporal de tres años, y los desplazamientos de duración superior, y se excluyen los traslados definitivos O dicho de otro modo, resulta relevante, a efectos preventivos, que se trate de una modificación sustancial de la condición laboral «lugar de trabajo» reversible, de duración determinada. No es que las modificaciones definitivas o presuntamente permanentes no susciten cuestiones relevantes desde la perspectiva preventiva, que sí las suscitan; lo que sucede es que se trata de una problemática distinta, con perfiles diferenciados a la que plantean los desplazamientos temporales, especialmente respecto de obligaciones preventivas, que pueden ser de tracto único o de tracto periódico.

23. A su vez, dentro de los desplazamientos internacionales de trabajadores de duración limitada, se ha de tener en cuenta que cabe que se trate de desplazamientos de corta o de larga duración. Y aquí dicha duración (corta, media o larga duración) modularía, como se tratará de exponer más adelante, la protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Atendiendo a los plazos que, a otros efectos, se emplean en la normativa reguladora del desplazamiento transnacional de trabajadores, de un modo más instrumental que sustancial, se podrían distinguir: desplazamientos «relámpago» o de muy corta duración (inferiores a ocho días), de duración media (menos de tres meses), y de larga duración (mas de tres meses).

## B) El criterio del elemento geográfico

24. En el desplazamiento internacional, y esto resulta ser obvio de partida, el elemento geográfico es crucial, porque deslinda este tipo de desplazamiento del meramente interno, en el que se modifica el lugar de la prestación de servicios laboral de un trabajador, que le entraña la necesidad de cambiar de residencia, pero siempre dentro del territorio nacional (español, en este caso). Sin embargo el elemento geográfico en el desplazamiento internacional no es omnímodo. Bien es cierto que se requiere que la

---

Análogamente, y al margen de que se puedan plantear cuestiones jurídicas muy relevantes en materia de seguridad y salud, quedan excluidos del concepto de trabajador desplazado internacionalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios los tele-trabajadores. En el caso del fenómeno del tele-trabajo cabe que haya una dualidad empresarial, cabe que sí se manifiesten elementos de extraterritorialidad y de transnacionalidad virtual (porque el destinatario del resultado de la prestación laboral se pueda encontrar en un lugar distinto del lugar en el que se realiza dicha prestación), pero está ausente, en sí mismo, el desplazamiento material que entraña cambio de lugar de trabajo con cambio de residencia. En efecto, el fenómeno del tele-trabajo transnacional plantea muchas cuestiones jurídicas de orden preventivo, pero muy específicas, de ahí que excedan el objeto de este estudio.

Por último como elemento intrínseco a la propia movilidad geográfica, quedan también excluidos los supuestos en los que, *ab initio*, la prestación laboral se ha pactado que sea susceptible de ser realizada en centros de trabajo móviles. Esto excluye todas aquellas actividades que se desarrollan en una ubicación geofísica concreta, porque el puesto de trabajo tiene el carácter de móvil o itinerante, (por ejemplo, las actividades de transporte en todas sus variantes, la actividad de marina mercante, la actividad pesquera, o la de instalación de tendidos eléctricos, por poner ejemplos más concreto), o porque la movilidad es inherente a la propia actividad (por ejemplo, la de representación comercial). En estos casos, es inhabitual que haya dualidad empresarial, y la extraterritorialidad de la prestación laboral es inherente a la propia actividad, y por ello la protección del trabajador responderá a las especialidades de dicha actividad; de ahí que la problemática en torno a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores sea diversa a la de los desplazamientos internacionales de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios.

empresa empleadora de un trabajador esté establecida en un Estado, y que desplace en el marco de una prestación transnacional de servicios a otro Estado, en el que se encuentra la empresa receptora de la prestación mercantil de la primera empresa. Pareciera entonces que lo único remarcable es que la empresa de origen del desplazamiento, y la empresa de destino han de estar establecidas en Estados distintos. De esta forma, aparentemente el elemento geográfico se circunscribe a que la dualidad empresarial (una empresa empleadora que desplaza una empresa de destino en último término de la prestación laboral del trabajador desplazado) sea simultánea a la dualidad de Estados de establecimiento empresarial.

25. Sin embargo, a efecto de la problemática que trata de resolver este trabajo, el elemento geográfico ha de verse con mayor detenimiento, de tal forma que este criterio geográfico no solo diferencia al desplazamiento interno del desplazamiento internacional, sino que permite diferenciar distintos tipos de desplazamientos internacionales. Atendiendo a cual sea el Estado en el que están establecidas las empresas de origen y de destino; atendiendo a un criterio geográfico es posible establecer una clasificación de desplazamientos internacionales ciertamente variada. Y la distinción no es irrelevante, ni desde el punto de vista práctico ni teórico, en la medida en que, en ciertas zonas geográficas rigen normas supranacionales susceptibles de crear/resolver problemas específicos en materia preventiva.<sup>13</sup>

26. Así pues, para concretar los distintos tipos de desplazamiento internacional a partir del criterio geográfico, y, se han de emplear dos tipos de dicotomía, intercambiables, a saber: a) Estado de origen *versus* Estado de destino del desplazamiento, partiendo de una visión –llámese– *hispanocéntrica* en la que es una variable recurrente que se trate de una empresa de origen o de destino establecida en España y, b) estado perteneciente a la Unión Europea (UE) o al Espacio Económico Europeo (EEE) *versus* Tercer Estado.

27. De esta dicotomía doble se derivaría una clasificación inicial en la que se distinguen los siguientes tipos de desplazamiento: 1. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en España a una empresa establecida en un estado perteneciente a la UE/EEE (por ejemplo, Portugal, Francia, Polonia, Rumania); 2. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en España a una empresa establecida en un Tercer Estado (por ejemplo: Brasil, Marruecos, India, China, o EEUU); 3. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en un Estado de la UE/EEE (por ejemplo, Portugal, o Francia, Polonia, Rumania) a una empresa establecida en España; y, 4. Desplazamiento de un trabajador empleado por una empresa establecida en un Tercer Estado (por ejemplo: Brasil, Marruecos, India, China, o EEUU) a una empresa establecida en España.

### C) El criterio económico-organizativo

28. Por último, como tercer panel de la tipología de desplazamientos internacionales que se pretende que constituyan el objeto de este estudio, es preciso tomar en cuenta un criterio organizativo o económico-organizativo. Criterio que permite discriminar la forma jurídico-organizativa que tienen las empresas implicadas en el desplazamiento temporal de un trabajador en el marco de una prestación transnacional de servicios. Este criterio, por una parte, es necesario tomarlo en consideración, en la medida en que la

---

<sup>13</sup> Como mero apunte, en el ámbito comunitario, se ha venido prestando una intensa atención a la seguridad e higiene en el trabajo (encuadradas en la Directiva Marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la puesta en marcha de medidas destinadas a promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, *DOCE* de 29 de junio de 1989, se han aprobado sucesivas Directivas de desarrollo, referidas a ciertos aspectos preventivos relevante (protección de grupos específicos, lugares de trabajo, equipos, o ciertos agentes físicos, químicos o biológicos); de ahí que la materia preventiva responda a unos niveles de homogeneidad no comparables con otras materias en las que sirve aplicar reglas de coordinación (como es el caso de la materia «Seguridad social»). Ya fuera del ámbito comunitario, también es destacable el papel de la Organización Internacional del Trabajo, en cuyo marco se han concluido algunas normas relativas a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, que solo algunos Estados han suscrito, pero que ofrecen un núcleo duro de elementos jurídicos de aplicación, más o menos estandarizados. Por último, es necesario no olvidar la eventual existencia de acuerdos o convenios bilaterales de cooperación o análogos entre España y otros Estados; lo que también ofrecería un marco concreto, en el que sí resultan relevantes los elementos geográficos.

normativa comunitaria (en la que se apoya el concepto de desplazamiento internacional aquí asumido y cuya concreta problemática preventiva se examina) lo ha empleado en la Directiva 96/71 (Art. 1.3º)

29. De otra parte, a efecto de la delimitación del contorno de la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados sí pueden resultar relevantes las formas jurídicas de las empresas de origen y de destino. Y esto es así por cuanto en es relevante en materia preventiva la existencia de dos empresas, que no siempre tienen idéntica atribución de obligaciones-responsabilidades. Por el contrario, la atribución de obligaciones preventivas es habitual que se reparta, atendiendo a si hay un desplazamiento: a) desde una empresa a otra empresa, en marco de una prestación de servicios bajo la forma de contrata-subcontrata de obra o servicios, de suerte que el desplazamiento se produce desde una empresa contratista a una empresa principal o, incluso, desde una empresa subcontratista a la empresa principal; b) desde una empresa a otra empresa, que pertenecen a un mismo grupo (desde una empresa matriz a una empresa filial o viceversa); c) desde un centro de trabajo radicado en un Estado a un centro de trabajo radicado en un Estado distinto, pertenecientes a una misma empresa –multinacional– desde el punto vista económico-empresarial; d) desde una empresa que adopta la forma de Empresa de Trabajo Temporal (ETT), a una empresa usuaria.<sup>14</sup>

## 5. Delimitación final del objeto de estudio

30. Con carácter previo, de un modo abstracto, producido un desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, se plantean ciertas dudas, en primer lugar, referidas a cuál haya de ser la legislación que rija el contrato durante su desarrollo en el territorio del Estado de destino. Porque son posibles, al menos, dos hipótesis. De una parte, en la medida en que no haya novación contractual, y no haya mutación subjetiva alguna, podría argumentarse que al trabajador desplazado, dado que mantiene su vínculo contractual con su empresario independientemente de que haya de prestar materialmente los servicios para otro empresario, se le habría de seguir aplicando la legislación conforme a la que suscribió su contrato; y por ende, en materia de prevención de riesgos laborales habría de regir esa legislación del Estado de origen<sup>15</sup>. De otra parte, paralelamente, podría admitirse que, al modificar/trasladar el lugar de prestación de servicios de un Estado a otro, la legislación del primero perdería vigencia, a favor de la legislación laboral del Estado de destino; algo especialmente relevante en materia preventiva, por cuanto en el Estado de destino se produce la prestación material de servicios, y se actualizan los riesgos laborales de un modo inmediato.

31. Pero, independientemente de esta dicotomía, en materia de prevención de riesgos laborales habría que partirse de una consideración básica: por el mero desplazamiento, en principio, el trabajador no debería perder sus derechos laborales específicos, individuales y colectivos<sup>16</sup>, en materia preventiva,

---

<sup>14</sup> Con o sin ulterior desplazamiento a otra empresa desde esta última, algo que constituiría un supuesto de doble desplazamiento o de «desplazamiento al cuadrado». Que no es una cuestión meramente teórica. De hecho, por ejemplo, en el Reglamento de Extranjería, que desarrolla la LO 4/2000, tras su reforma por la LO 2/2009, se contempla un supuesto de doble desplazamiento como es aquel en el que un trabajador extranjero (altamente cualificado), desplazado a España por una empresa de un Tercer estado va a supervisar o asesorar en obras o servicios que la empresa radicada en España realiza en el exterior en estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo o, incluso, en un Tercer Estado (Art. 110.1.c) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009).

<sup>15</sup> Es lo que proponía en sus redacciones originales la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios del Mercado Interior, *DOUE* L 376 de 27 de diciembre de 2006, p. 36.

<sup>16</sup> Porque, dentro de los –aquí denominados– derechos laborales exportables, y al margen de la normativa específica reguladora del desplazamiento internacional de trabajadores se encuentran, de un modo mediato los derechos de seguridad y salud. En efecto, al trabajador desplazado no se le dejan de atribuir los derechos fundamentales que le sean reconocidos por la legislación laboral del Estado de origen en el que está establecida la empresa que desplaza. De esta forma, en la medida en que los derechos individuales relativos a la seguridad y salud laboral derivan intrínsecamente del derecho fundamental a la vida y a la integridad física, en principio, la extraterritorialidad no debería suponerles obstáculo alguno. O dicho de otro modo, la protección de la integridad física y de la propia vida del trabajador, en tanto en cuanto se trata de derechos humanos universales, deben trascender, en abstracto, las fronteras de los distintos estados. E idéntica consideración debería darse a otros

aunque algo distinto sería determinar cuál de las legislaciones concurrentes idealmente vaya a ser la competente para otorgar y regular esos derechos. O lo que es lo mismo, *a priori*, el elemento de la extraterritorialidad no debería plantear demasiadas vicisitudes en el ámbito material de la prevención de riesgos laborales, especialmente cuando el desplazamiento temporal se produce entre empresas radicadas en distintos Estados de la UE o delEEE<sup>17</sup>.

**32.** En el marco del desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, la Directiva 96/71 se encarga de exigir a los Estado Miembros (respecto de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional a su territorio por empresas radicadas en otros Estado de la UE o delEEE) que verifiquen el cumplimiento de la normativa interna en lo referido a la prevención de riesgos laborales (Art. 3.1º.e) de la Directiva 96/71). Y, de un modo más concreto, los empresarios que desplacen a sus trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional deberán garantizarles cualquiera que sea la ley que rija el contrato, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral relativas a la prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad o de los menores (Art. 3.1º e) de la Ley 45/1999). O dicho de otro modo, respecto de las materias del núcleo duro de materias definido por la Directiva 96/71, la *lex contractu* cede temporalmente ante la *lex loci laboris temporalis*. Y, esta regla, en sus dos versiones, comunitaria y española, tienen una excepción importante: la aplicación de la legislación del Estado de destino cede ante una legislación de origen más favorable/más protectora<sup>18</sup>, se entiende, en materia preventiva (Art. 3.7º de la Directiva 96/71 y Art. 3.5º de la Ley 45/1999).

**33.** Así pues, a la vista de estas concreciones, ya se puede circunscribir con mayor precisión el sustrato fáctico concreto que se pretende analizar aquí. Dado que, como se ha aclarado antes, se pretende

---

derechos fundamentales implicados, tales como los referidos a la intimidad, por ejemplo (protección de datos referidos a la salud o de otro tipo, reconocimientos médicos y límites, y sirva un caso concreto, el de la vigilancia de la salud de trabajadoras musulmanas...). De esta forma, el trabajador desplazado temporalmente entre entidades empresariales ubicadas en distintos Estados, no se desprende de su derecho genérico a la protección de su seguridad y su salud en el marco de su prestación laboral, en régimen de extraterritorialidad, lo que se traduce en la vigencia de los derechos individuales (incluso colectivos) pero con la correspondiente dimensión colectiva, referidos a la prevención de riesgos laborales.

<sup>17</sup> Esto es así, puesto que en este ámbito, la acción comunitaria ha llevado a cabo una regulación homogeneizadora muy intensa en esta materia laboral. En efecto, en la materia seguridad y salud, desde las instituciones comunitarias se ha llevado a cabo un enorme esfuerzo de armonización de las distintas legislaciones nacionales, quizás por tratarse de una materia en la que se hallan implicadas la vida y la integridad física, que son bienes jurídicos que gozan de una especial consideración en todos los Estados Miembros. De tal forma que, si bien respecto de otros derechos laborales no hay unanimidad, en lo que se refiere a los derechos de seguridad y salud sí se percibe de forma unánime la necesidad de la igualdad de trato en materia de riesgos laborales de los trabajadores desplazados, respecto de los trabajadores locales o autóctonos. No tanto por razones ligadas al *dumping* social de las empresas, que también, sino quizás por el hecho de que se encuentren implicados derechos fundamentales esenciales. De suerte que la protección de la seguridad y salud se erige como parte de un –eventual– Orden Público Laboral. Concepto este que, en la reciente doctrina del Tribunal de Luxemburgo resulta limitado. En efecto, se mantiene que la calificación como de Orden público que un Estado otorgue a sus disposiciones deben quedar limitadas a las leyes de policía y seguridad que sean cruciales para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de junio de 2008, *Comisión vs. Gran Ducado de Luxemburgo*, 319/06).

<sup>18</sup> Resulta difícil aplicar la cláusula de norma más favorable en materia preventiva, porque dada la relativa homogeneidad de las legislaciones nacionales, resultado del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud comunitaria, resultara difícil determinar cual se la legislación preventiva (en su conjunto) más favorable al trabajador. En efecto no siempre es posible de dilucidar de un modo objetivo en todos los casos, dado que no existe siempre elementos cuantitativos de comparación y los elementos de orden cualitativo no siempre son fácilmente comparables desde una perspectiva de favorabilidad. Quizás haya de acudir al caso concreto. En todo caso, con carácter general, a partir del *Informe Giuliano Lagarde*, aunque referido al Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, se ha mantenido que no cabe la comparación global, ni tampoco la comparación analítica de cada norma. Se opta por sistema institucional o analítico corregido, por grupos de normas y articulando compensaciones internas ( Véase, por todos, M. E. CASAS BAAMONDE, «Desplazamientos temporales de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma» *RL*, 1994 I, p.8; I. GARCIA NINET Y A. VICENTE PALACIO, «La Ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional» *RMTAS*, 2000, nº 27, p. 25; y R. SERRANO OLIVARES, «Condiciones de trabajo relativas a tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER, (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 69 y ss.).

analizar la problemática de los derechos y deberes de seguridad y salud desde la óptica del Derecho español<sup>19</sup>, esta condición previa conduce a que se hayan de analizar: 1º en primer lugar, los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional (PST en adelante), por una empresa establecida en España, a una empresa establecida en otro Estado de la UE/EEE, en el que la legislación de Prevención de Riesgos Laborales ofrezca una protección inferior al que ofrece la española; razón por la que se aplica la excepción a la regla general, por la cual rige la legislación del estado de origen, por resultar más beneficiosa al trabajador; y, 2º en segundo lugar, los supuestos de desplazamiento temporal desde otro Estado de la UE/EEE a España de trabajadores en el marco de una PST, cuando la legislación preventiva del Estado de origen no resulte más favorable para los trabajadores y, por ende, no se aplique la excepción a la regla general de la aplicación de la legislación del Estado de desplazamiento.

**34.** En este punto se ha de llamar la atención sobre un hecho; a tenor de la aplicación de las reglas de conflicto que se contienen en la normativa comunitaria y española, cabría que hubiera, simultáneamente distintas legislaciones aplicables a la relación laboral de un trabajador desplazado; de suerte que sería plausible que se diera que la normativa española de prevención de riesgos laborales resultara aplicable, aún cuando, respecto de otras condiciones de trabajo rigiese la normativa laboral de otro Estado.

**35.** A lo anterior se ha de añadir algo más; dado que no se puede prestar atención a todos los supuestos de desplazamiento, aquí se opta por, con alguna excepción, realizar un planteamiento abstracto. De forma que los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados se va a enmarcar en un supuesto-tipo general, aquel en el que el desplazamiento de trabajadores es la consecuencia de que una empresa ha contratado con otra la prestación de un servicio o la realización de una obra (conforme a la normativa civil o mercantil). En cumplimiento de ese negocio, la empresa de desplazamiento de origen, desplaza a un trabajador para que desarrolle su actividad laboral en la empresa de destino<sup>20</sup>.

**36.** Si bien se haya fijado, como elemento delimitador del sustrato material de los desplazamientos incluidos en este trabajo, el de la aplicación del Derecho español, es cierto que es preciso determinar de qué Derecho se trata. Se ha de llamar la atención sobre el hecho de que no sólo se refiere a la aplicación de la normativa preventiva de rango legal o reglamentario, sino también a la normativa convencional que

---

<sup>19</sup> So pena de incurrir en ciertos problemas derivados de la unilateralidad del enfoque. Porque, en realidad, lo óptimo habría sido emplear una perspectiva multilateral, pero que exigiría analizar todos los supuestos posibles, analizando todas las eventuales legislaciones nacionales aplicables, en materia de desplazamientos y en materia preventiva. Perspectiva esta que, de nuevo desbordaría un trabajo de estas características.

<sup>20</sup> Es cierto que desde el punto de vista técnico-jurídico este supuesto parece corresponderse con una contrata /eventual subcontrata de actividad (propia o no). En la medida en que en los supuestos de subcontratación regiría una normativa específica (laboral y especialmente preventiva), que resuelve aparentemente la mayor parte de cuestiones que ha de plantear un desplazamiento temporal transnacional, se opta aquí por evitar el enfoque de análisis desde esta perspectiva concreta; al margen de algunas mínimas referencias. Porque se pretende, en realidad, obviar una vertiente laboral central, para adoptar una perspectiva más allá. O dicho en otras palabras, se pretende, desde un punto de vista teórico abstracto, y sin poder evitar menciones relevantes como se verá, dejar perfilado un esquema de derechos y obligaciones preventivas referido a trabajadores desplazados y a las empresas implicadas en su desplazamiento, independientemente de la calificación laboral que se pueda hacer de la relación entre empresas, e independientemente de los Estados implicados en el desplazamiento.; si bien se mantiene una visión eurocéntrica relativa. Se delimita así el objeto de estudio, pero no de un modo estricto, en la medida en que se habrán de, al menos, mencionar, aquellas cuestiones trascendentes ligadas al desplazamiento temporal de trabajadores desde una empresa desplazante establecida en España a un Tercer Estado; así como las ligadas al desplazamiento a España desde una empresa desplazante establecida en un Tercer Estado. A sabiendas, en sendos casos, que no rige de modo automático ni la normativa comunitaria ni la española reguladoras de los desplazamientos; aunque sí pueden devenir aplicables de un modo mediato. En este sentido, el Art. 1.4º de la Directiva 96/71 establece que las empresas establecidas en un Tercer Estado no pueden obtener un trato más favorable que las empresas establecidas en un Estado de la UE/EEE; lo que se ha interpretado que constituye una vía de expansión del régimen jurídico del desplazamiento temporal de trabajadores de la mencionada directiva; y, en el caso de la normativa española, se prevé que la Ley 45/1999 será de aplicación a empresas establecidas en un Tercer Estado en la medida en que esas empresas puedan prestar servicios en España en virtud de los establecido en los convenios internacionales que sean de aplicación (Disposición Adicional Cuarta).

regule derechos y obligaciones de seguridad y salud; tal como dispone, tanto el Art. 3.1º de la Directiva 96/71, cuanto el Art. 3.4º de la Ley 45/1999. Ambas normas establecen que conforman la legislación aplicable a la condición de trabajo en cuestión -en este caso la seguridad y salud- tanto las disposiciones legislativas, como reglamentarias o administrativas, y los convenios colectivos de aplicación general.<sup>21</sup>

37. Sin embargo, esta precisión legal plantea la duda acerca de si se ha de considerar aplicable lo previsto en otro tipo de convenios. Y esto resultaría relevante respecto de los convenios de empresa o de grupo de empresa, por ejemplo, que establecieran eventuales obligaciones preventivas para con los trabajadores desplazados en el marco de una PST (a España, desde una matriz o filial, o desde España, a una matriz o filial). Cuestión nada baladí respecto de las empresas en fase de internacionalización, propias del sector energético, de la construcción, de la consultoría, o de la banca, por poner ejemplos de actualidad. Tanto más, cuanto la doctrina de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos *Laval* y *Rüffert*<sup>22</sup> ha relativizado la *vis expansiva* de la Directiva 96/71, atendiendo al ámbito de la fuerza vinculante de los convenios<sup>23</sup>. De forma que, en materia preventiva, la exclusión de los convenios que no tengan eficacia general, ligada a la limitación de la extraterritorialidad del convenio, provoca que, a lo que aquí interesa, puedan no resultar aplicables, en caso de desplazamiento transnacional, medidas previstas en instrumentos convencionales propios de una estructura comercial descentralizada que, por otro lado, serían los que mejor responderían a la especificidad de los riesgos laborales, por estar más próximos a la realidad que regulan.

## II. Los derechos de seguridad y salud del trabajador desplazado en el marco de una prestación transnacional de servicios: una cuestión de Derecho Sustantivo español

### 1. Derecho sustantivo *versus* Derecho Adjetivo

38. La problemática referida a la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una prestación transnacional de servicios presenta dos vertientes diferenciadas, una de carácter material referida al Derecho sustantivo aplicable que eventualmente defina los mencionados derechos (elenco y el contenido de los derechos de los trabajadores y de las obligaciones de los empresarios); y otra de carácter instrumental, referida al Derecho adjetivo (mecanismos administrativos y jurisdiccionales) que dota de efectividad a esos derechos subjetivos. Esa doble vertiente es de tal entidad que justifica un tratamiento diferenciado como el que se realiza.

39. Con distintas intensidades y diferentes manifestaciones según el tipo de desplazamiento del que se trate, con dicho desplazamiento transnacional de un trabajador desde una empresa a otra empresa, con carácter general se provoca una eventual disociación entre el Derecho sustantivo

<sup>21</sup> En este punto es preciso establecer que para el caso español, la polémica sobre cómo interpretar el concepto «convenio colectivo de aplicación general» se ha resuelto mediante la consideración de que «...las condiciones de trabajo previstas en la legislación laboral española serán las contenidas en ... los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.» (Art. 3.4º Ley 45/1999) Si se observa, paradójicamente, de un modo inevitable, la inexistencia de un sistema homogéneo de negociación colectiva en la Unión Europea conduce a una limitación de fuentes normativas comparables a efecto de la mayor protección del trabajador desplazado.

Algo que se hace patente, por ejemplo, en el sector de la Construcción, donde el Libro II del Convenio General de la Construcción (2007-2011) dedica más de cien artículos a la materia preventiva (Art. 113-241). Por esta razón, no es posible entrar en profundidad en la regulación sectorial dado que cabría incluso llevar a cabo un estudio específico sobre los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una PST. Véase, F. CAMAS RODA Y M. MARTÍNEZ ASO, «El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional». *Revista de Derecho Social*, 2009, nº 45, p. 105-132

<sup>22</sup> Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 18 de diciembre, *Laval*, 341/05 y de 3 de abril de 2008, *Rüffert*, 346/06, respectivamente.

<sup>23</sup> Véase, M. CASADO ABARQUERO, «Hacia la mercantilización de la directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores.» *Justicia Laboral*, 2009, nº 40, pp.20-29.

que regula la protección de la seguridad y salud del trabajador (normativa legal, reglamentaria o convencional reguladora de derechos y deberes preventivos) y el Derecho adjetivo que hace efectiva esa protección (normativa referida a la organización administrativa o jurisdiccional de tutela y a las reglas procedimentales); disociación que exige una fórmula para articular una protección efectiva de la seguridad y salud de los trabajadores desplazados.

## **2. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados (desde/ a) España, en el marco de una prestación transnacional de servicios**

**40.** Tanto en el caso de trabajadores desplazados desde España a otro Estado, o desde otro Estado a España, en sendo casos en el marco de una PST, ha de regir la normativa de prevención de riesgos laborales española en los supuestos en que la legislación extranjera resulte más laxa desde la perspectiva del trabajador. O lo que es lo mismo, cuando la legislación española resulte más protectora desde la vertiente de la prevención de riesgos laborales.

**41.** Presuponiendo aplicable la normativa española de prevención de riesgos laborales, a la vista de dicha normativa, conviene analizar dos grandes núcleos de cuestiones: la primera la de si, a efectos preventivos, se podría considerar que el trabajador que es desplazado a otro Estado por una empresa establecida en España, o a España por una empresa establecida en otro Estado, es un trabajador especialmente sensible desde la perspectiva de la normativa de prevención de riesgos laborales. Y el segundo núcleo de cuestiones se aglutinan en torno a si, acaso, el desplazamiento en sí mismo modula los distintos derechos de los trabajadores y/o las obligaciones empresariales a efecto de su cumplimiento.

**42.** Por lo que se refiere a la especial sensibilidad del trabajador desplazado, pareciera que no habría una solución indiscutible<sup>24</sup>. Porque, independientemente de que no haya una definición legal de trabajador especialmente sensible<sup>25</sup> podría considerarse, de una parte, que *el desplazamiento por sí mismo no afectaría a un sujeto de un modo tan relevante como para considerar que dicho desplazamiento es una causa general de especial sensibilidad*. Porque lo relevante no ha de ser el desplazamiento, sino las características personales, ligadas a algún rasgo físico, psíquico o sensorial que hacen especialmente sensible a un trabajador a los riesgos ligados a las tareas de su puesto. En efecto, se interpreta que son las características personales, entendidas como algún rasgo físico, psíquico o sensorial personal, las que causalmente vinculadas a determinadas actividades exigen una obligación reforzada de tutela porque condicionan al trabajador para el desempeño de las tareas de su puesto, de un modo tal que la incidencia de los riesgos es mayor en su caso. A lo que se une que se mantiene que la sensibilidad no se posee en abstracto, sino referida a un concreto riesgo. Esta opción lleva automáticamente a excluir que los trabajadores desplazados, sin más puedan ser considerados necesariamente especialmente sensibles, sin perjuicio de que se arbitren mecanismos especiales de tutela.

**43.** Pero, de otra parte, se puede entender que *el desplazamiento, ligado a las condiciones personales del trabajador, sí puede hacerle especialmente sensible a los riesgos derivados del desplazamiento*. Porque no es menos cierto que, en concreto, un trabajador desplazado sí pueda devenir especialmente sensible en el marco de un desplazamiento temporal por cuanto debido a su edad, su

<sup>24</sup> En definitiva, la cuestión requeriría una opción previa entre un concepto subjetivo-individual de sensibilidad o un concepto objetivo. (Por todos, A. MORENO SOLANA, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia, 2010, pp. 39 y ss.)

<sup>25</sup> En efecto no hay definición alguna; la norma solo ofrece algunos elementos que delimitan un eventual supuesto de sensibilidad. Pero resulta altamente reveladora la definición ofrecida desde la doctrina, a saber la de que es un trabajador especialmente sensible «cualquier trabajador, independientemente de que pertenezca a un colectivo o no, cuyas características personales dan lugar a un condicionante físico, psíquico o sensorial, que le hace particularmente más vulnerable a los riesgos en el trabajo y los riesgos propios se agravan como consecuencia del trabajo, trabajadores para los que el legislador ha previsto una tutela reforzada», (A. MORENO SOLANA, *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Valencia, 2010, p. 57).

nacionalidad, su formación general previa, en el nuevo marco de la prestación de servicios sea más vulnerable a los riesgos. En este sentido, no solo son relevantes las condiciones físico-psíquicas o sensoriales entendidas *stricto sensu*.

44. Habría ciertas características personales de un trabajador en concreto que sería equivalentes a condicionantes físico-psíquicas o sensoriales que condicionan la seguridad del trabajador en términos generales. Y sirvan, como ejemplo, aquellos supuestos en los que el trabajador carece, por ejemplo de conocimientos del idioma del Estado de destino del desplazamiento (y no puede entender las instrucciones de seguridad que le ofrecen los sujetos competentes, por ejemplo); o los supuestos en los que carece de una formación académica previa básica o especializada, o los supuestos en los que un trabajador carece de capacidades intelectivas especialmente desarrolladas sin ser por ello un discapacitado psíquico (supuestos estos en los que comprender, aprehender y aplicar nuevas reglas preventivas pueden resultar difíciles, de un modo agravado si hubiera problemas lingüísticos). Y a estas se sumarían otras hipotéticas características personales que pudieran afectar a la seguridad de un trabajador desplazado; tales como la edad, o la discapacidad que, en el marco de un desplazamiento, sí resultan relevantes desde el punto de vista preventivo. Porque, por poner algún ejemplo visual, los trabajadores maduros se reputan menos adaptables a los cambios, algo evidente en materia preventiva.

45. Junto a esas características menos cuestionables, habría otras, como la nacionalidad igualmente relevantes; porque se considera que, en cierto modo, algunos trabajadores extranjeros, debido a diferencias culturales, tienen una distinta percepción de los riesgos; algo que incide en sus derechos de seguridad y salud<sup>26</sup>. En estos casos, esas características personales pueden condicionar el desarrollo de la actividad profesional durante el tiempo que dure el desplazamiento, haciendo a los trabajadores más sensibles a los riesgos concretos de su actividad laboral; cuando, sin dicho desplazamiento no se darían esos riesgos especiales, normalmente de orden psico-social<sup>27</sup>.

46. En síntesis, parece que, desde un punto de vista general, el colectivo de los trabajadores desplazados temporalmente no es, indubitadamente, especialmente sensible en general, como categoría. Porque, objetivamente, el desplazamiento temporal no habría de hacer al trabajador desplazado, en abstracto y *a priori* más sensible a los riesgos, en los términos del Art. 25 LPRL. Pero un concreto trabajador desplazado sí puede ser especialmente sensible a los riesgos laborales durante el desplazamiento, ateniendo a sus circunstancias personales. De ahí que se pueda concluir que el trabajador desplazado no constituye una nueva categoría de trabajador sensible *per se*; aunque sí haya de ser un sujeto susceptible de una especial tutela; especialmente a través de una actividad empresarial reforzada de adaptación de la protección del trabajador concreto desplazado a sus características personales, *ex Art. 15.1.d) LPRL*.

47. Sin embargo, además, lo relevante sería, en verdad, que desde el punto de vista de la evaluación y la planificación de los riesgos, el desplazamiento se categorizase a efectos preventivos como un nuevo riesgo, ligado no ya a la prestación laboral profesional en sí, sino al régimen de ejecución de dicha prestación. O, si no se considerase un nuevo riesgo, como mecanismo de protección reforzado, podría valorarse el desplazamiento como un factor de peligro respecto de los riesgos clásicos, o incluso, en algunos casos de desplazamientos, de riesgos emergentes de carácter psico-social<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> E. PALOMO BALDA «Grupos especiales de riesgo», En, J. P. ARAMENDI SÁNCHEZ, (Dir.). *Ley de prevención de riesgos laborales. Últimas reformas y análisis de la normativa específica en la materia*. Madrid, 2006, p. 293.

<sup>27</sup> Se producen así «trastornos adaptativos», normalmente en respuesta a un estresor inidentificable, como puede ser el cambio de puesto de trabajo. Se trata de trastornos mentales con manifestaciones externas-síntomas emocionales (depresión, ansiedad, irritabilidad, insomnio, abulia etc.) y/o trastornos del comportamiento, con deterioro de la actividad laboral. El periodo de latencia puede ir hasta los tres meses, y, una vez desaparecido el estresor, los síntomas se pueden seguir manifestando hasta seis meses. (F.J. AMODEO ESCRIBANO, Y S. PERALES SOLER, «Trastornos adaptativos y crisis económica» *Gestión práctica de riesgos laborales*, 2010, nº 67, p. 60).

<sup>28</sup> Así lo considera la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (*Expert forecast on emerging psychosocial risks related to occupational safety and health*. Luxemburgo, 2007)

**48.** Por eso, independientemente de que se considere que el trabajador desplazado es un trabajador sensible o no *ex* Art. 25LPRL, lo cierto es que sí es un trabajador que, con ocasión/como consecuencia del desplazamientos, puede demandar una protección reforzada. En efecto, el derecho a la protección eficaz de seguridad y salud (Art. 14.1º LPRL) del trabajador desplazado en el marco de una PTS, eventualmente, es susceptible de expandirse, intensificando correlativamente las obligaciones empresariales derivadas del deber general de prevención. Y la *vis expansiva* del derecho genérico a la protección eficaz de seguridad y salud nace de los elementos intrínsecos al desplazamiento, así como de otros elementos externos ligados al desplazamiento. Y estos elementos, en el marco del desplazamiento, generan nuevas necesidades preventivas y, por ello nuevas obligaciones empresariales o al menos modulan las obligaciones normales del empresario.

**49.** Por lo que se refiere a los elementos intrínsecos al desplazamiento, se podrían mencionar, con carácter general: el traslado de residencia y las cuestiones logísticas (viajes, alojamiento, etc.); y la inserción del trabajador desplazado en otra organización empresarial para el desarrollo de su prestación laboral. El trabajador desplazado por su empresario a otro Estado, requiere, de un lado, que el trabajador realice, al menos, dos trayectos (ida y vuelta) desde el Estado de origen, al Estado de destino, en medios de transporte pertinentes atendiendo a la distancia que medie entre origen-destino. Y, de otro lado, exige que resida en el Estado de destino éste mientras dure el desplazamiento. Esta necesidad de residir en un nuevo Estado exige resolver las cuestiones logísticas básicas (alojamiento, manutención, transporte, etc.), así como las cuestiones idiomáticas y de convivencia social y cultural que se puedan suscitar. Independientemente de que con el cambio de residencia al trabajador desplazado queda inserto temporalmente en un contexto geográfico (en el que se han de tener en cuenta las condiciones climáticas, los usos horarios, el idioma o la cultura, o la orografía, por poner algunos ejemplos); en un contexto socio-político (en el que puede darse que el estado de destino se encuentre en situaciones de crisis o inestabilidad política, o, incluso en situaciones bélicas o pre-bélicas), y en un contexto económico determinado (con situaciones de desigualdad económica, o de crisis económicas, que generan inestabilidad social o incluso inseguridad) que exigen un proceso de adaptación mayor o menor, según el Estado de destino de que se trate.<sup>29</sup>

**50.** A lo anterior se suma que el trabajador desplazado se ha de insertar, en mayor o menor medida (dependiendo del tipo de prestación de servicios transnacional que haya concertado el empresario desplazante con el empresario del destino del desplazamiento) en una nueva organización empresarial, distinta de la de origen, en la que puede regir distinta legislación (laboral o de otro tipo) y por ende distinta cultura preventiva; en la que puede haber una organización del trabajo distinta (turnos u horarios distintos, procedimientos o protocolos diferentes), o distintos tipos de recursos materiales (instalaciones, productos, equipos de trabajo distintos), y/o distintos sistemas de gestión de recursos (materiales y humanos); en la que, puede haber distintos colectivos (trabajadores autóctonos, nuevos mandos) cohabitando con el trabajador desplazado. Independientemente de que en la empresa destinataria del desplazamiento puede haber, incluso, agentes físicos, químicos o biológicos diversos, o de intensidad, concentración o presencia diversas.

**51.** En suma, es plausible que, como consecuencia del desplazamiento, el trabajador haya desarrollar su actividad laboral en condiciones de trabajo, en términos preventivos (Art. 4.7º LPRL), distintas de aquellas del Estado de origen.

**52.** Entre los elementos externos al desplazamiento, pero ligados a él, habrían de destacarse, pos simplificar, aquellos que, no guardan relación con el desplazamiento en sí, porque son inherentes a la

---

<sup>29</sup> Normalmente vinculados a supuestos de fuerza mayor. En Libia se han producido diversos sucesos de carácter político, que han requerido la expatriación de trabajadores españoles allí desplazados (con carácter temporal y con carácter permanente), y algo parecido ha sucedido en Egipto, Túnez, Yemen etc. así como también cabe que se produzcan fenómenos naturales de envergadura, como ha sido el caso del terremoto de Japón.

actividad empresarial o inherentes a la persona del trabajador, pero que, ligados a un desplazamiento actúan como condicionantes de la efectividad del derecho a la protección eficaz de dicho trabajador desplazado.

53. Por una parte, se ha de distinguir, en cada desplazamiento concreto, el sector de actividad en el que se produce. Hasta el momento, con carácter general, los sectores económicos en los que se producen habitualmente desplazamientos internacionales son los ligados a construcción y obras públicas (construcción de puentes, de túneles, de depósitos; obras comerciales e industriales; trabajos de cimentación; estabilización de taludes, por citar algunos ejemplos), al sector de la energía; a la consultoría y servicios financieros, y, en menor medida, a los servicios sanitarios y sociales. El sector económico en el que se produce la contratación transnacional de servicios entre empresa, y que provoca el desplazamiento temporal de trabajadores de un Estado a otro, es relevante, porque las circunstancias materiales del desarrollo de la actividad no han de ser iguales en la empresa desplazante y en la empresa de destino del desplazamiento; especialmente cuando no están sujetas a la misma legislación de prevención de riesgos laborales y tanto más cuando una de ellas sea la de un Tercer Estado ajeno al Derecho Social comunitario.

54. A lo anterior se suman las condiciones personales del trabajador desplazado. Desde el punto de vista preventivo es relevante, en primer lugar, el perfil profesional de los trabajadores desplazados. Y aquí resulta llamativo que, *de facto*, el colectivo de trabajadores desplazados se aglutina en dos tipos de categorías, a saber: trabajadores de baja cualificación o trabajadores altamente cualificados, no sólo desde el punto de vista profesional, sino también desde el punto de vista académico. Y aquí se insertaría aquella cualificación que aglutinase el conocimiento de idiomas, la titulación académica, y la experiencia profesional. Elementos estos que, de un modo transversal, junto al perfil profesional formalizado en una u otra categoría profesional, van a determinar que el trabajador desplazado requiera (o no) un plus de protección en el marco del desplazamiento temporal internacional. En segundo lugar, también son relevantes ciertas condiciones personales, como la edad o la condición familiar (en términos de existencia o no de cargas familiares, por simplificar), porque coadyuvan a que el trabajador desplazado se halle en un estadio de mayor o menor vulnerabilidad ligado a la movilidad geográfica de la que es objeto.

55. Pues bien, estos condicionantes, (elementos internos y externos) a título ejemplificativo (y sin que pueda pretenderse la exhaustividad, dado que, *in casu*, cada desplazamiento está predeterminado por un marco distinto de condicionantes), determinarían que, si bien no de un modo automático porque no se está ante un trabajador especialmente sensible, el empresario debiera ofrecer una especial tutela preventiva al trabajador desplazado. O dicho de otro modo, el deber general de protección del empresario debe aquí aplicarse con arreglo al principio de la acción preventiva contenido en el Art. 15.2º LPRL; de suerte que el empresario debe tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y de salud en el momento de adoptar la medida de desplazarle en el marco de una PTS, para decidir si desplaza o no a un trabajador<sup>30</sup>. Tomada la decisión de proceder a la movilidad geográfica transnacional de un trabajador, el deber general de protección no puede desobedecer el principio general de adaptación del trabajo a la persona del trabajador (Art. 15.1º d) LPRL), que generaría, bien nuevas obligaciones preventivas, bien modularía las existentes.

### **3. Las obligaciones empresariales en materia de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados**

56. Vinculados a los anteriores condicionantes de los derechos, en el haz opuesto, el desplazamiento, y esos mismos condicionantes, modularían el deber general de protección (Art. 14

<sup>30</sup> De no hacerlo, esa omisión constituye una infracción grave o muy grave, según se derive o no un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores (Art. 12.16º o, Art. 13.3º,4º,9º,10 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden social, *BOE*, de 8 de agosto de 2000).

LPRL)). En el siguiente sentido: en el caso de las situaciones de desplazamiento, desde el punto de vista preventivo se han de distinguir dos nuevos grupos de riesgos, que se sumarían a los riesgos ligados a la prestación laboral en su fase originaria previa al desplazamiento. De forma que los riesgos ligados a la prestación laboral en su fase previa o anterior al desplazamiento quedarían en estado de latencia, porque los riesgos reales a los que estaría expuesto el trabajador en el marco de una PTS serían, de una parte, los riesgos ligados al desplazamiento en sí mismo y; de otra los –nuevos– riesgos presentes en la empresa de destinataria del desplazamiento y los factores de riesgo derivados del nuevo entorno de trabajo, los nuevos requerimientos de las tareas, el nuevo entorno social, durante el desplazamiento.

**57.** De esta forma, el deber general de protección del empresario se ha de someter a revisión, a una nueva conformación material, en lo que se refiere a su concreción en las distintas obligaciones empresariales en materia preventiva. Obligaciones que, en los casos de desplazamiento, se actualizan en torno a dos ejes: de un lado la ejecución en el tiempo de la medida empresarial de desplazamiento; y, de otro lado, en torno a la dualidad o individualidad de la obligación. Algo que se deriva de la presencia de, al menos, dos empresarios.

**58.** Por lo que se refiere a la ejecución en el tiempo de la medida empresarial, es preciso señalar que desplazamiento transnacional, es, por naturaleza temporal, pero puede tener, como se indicó más arriba, una duración indeterminada incluso indeterminable *a priori*; porque se vincula a la ejecución de la prestación transnacional contratada entre la empresa de origen y la empresa de destino. Contratación que justifica que aquélla desplace a un trabajador para cumplir con las obligaciones contractuales con la empresa de destino. Pues bien, la extensión en el tiempo de la medida de movilidad geográfica, exige visualizar el desplazamiento de un modo secuencial desde una perspectiva preventiva. De este modo, habrá de analizarse cuáles son las obligaciones previas al desplazamiento, cuáles son las obligaciones preventivas que acompañan al desplazamiento y cuáles son las obligaciones subsiguientes al retorno del trabajador desplazado a la empresa de origen, una vez cumplida la relación contractual entre empresas<sup>31</sup>.

**59.** En todos estos casos, no se puede perder de vista que estas obligaciones habrían de cumplirse en origen, y/o en destino; a lo que se une que se deban cumplir *in situ*, por ser obligaciones jurídica o materialmente territoriales; o se puedan cumplir de un modo virtual, a través de nuevas tecnologías<sup>32</sup>, o a través de sujetos intermediarios porque se puedan delegar, a través de un servicio de prevención ajeno, por ejemplo, nacional del estado de origen que se desplace con el trabajador; o a través de entidades análogas, homologables o no a los servicios de prevención del Estado de destino<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> Esta secuencia, sin embargo se comprime en un solo estadio, el del desplazamiento, en los casos de aquellos trabajadores contratados para el cumplimiento del contrato de prestación transnacional de servicios entre empresas. Porque en este caso, la causa del contrato laboral será la obra o servicio determinado (PST), de forma que los estadios previo y posterior al desplazamiento pierden virtualidad, en tanto en cuanto antes del desplazamiento no había relación laboral vigente, ni previsiblemente mantendrá vigencia una vez finalizado en desplazamiento. En este caso, las obligaciones empresariales se sincopan y han de cumplirse comprimidas durante el desplazamiento; cuestión esta que debe dejarse a un lado aquí.

<sup>32</sup> Se piensa en el uso de cámaras *web* y conexiones de voz a través de Internet, o el uso del teléfono, o del fax, sin más. Estas nuevas tecnologías podrían permitir el cumplimiento virtual de ciertas obligaciones. Por ejemplo, estos medios, referidas a medidas de emergencia, podrían permitir realizar una parte de análisis y de adopción de medidas y designación de personal, de un modo sincrónico o asíncrónico. De la misma manera que todas las obligaciones de información, e incluso algunas de formación, se pueden realizar a través de estas nuevas tecnologías, sin necesidad del cumplimiento territorial.

<sup>33</sup> Cabría valorar la posibilidad de entender cumplidas las obligaciones de protección mediante la contratación de entidades análogas a los servicios de prevención españoles en otros Estados; o de empresas con funciones análogas que no respondan a la normativa de prevención de riesgos laborales pero puedan llegar a cabo funciones materialmente preventivas. Se está pensando, por ejemplo, que en un Tercer Estado, un empresario español contrate a una empresa de seguridad para verificar el cumplimiento de normativa, o contrate con una empresa de prevención de incendios, o con una compañía privada de asistencia sanitaria/seguro de accidentes y/o de enfermedad internacional, por poner otros dos ejemplos.

#### **4. Los sujetos obligados en materia preventiva: la dualidad empresarial**

**60.** Las obligaciones empresariales en materia preventivas se han de modular atendiendo al desarrollo temporal o durativo del desplazamiento; pero sobre todo atendiendo a la presencia de una pluralidad de sujetos. En efecto, en el desplazamiento temporal de un trabajador en el marco de una PST no se puede obviar lo siguiente: a) Cuando el destino del desplazamiento es España, habrá en España un empresario que recibe la prestación laboral material del trabajador desplazado, pero habrá implicada una segunda empresa, aquélla que procede al desplazamiento, que está radicada en el Estado de origen; b) Cuando el destino del desplazamiento no es España, habrá en el Estado de destino un empresario que recibe la prestación laboral material del trabajador desplazado, pero habrá implicada una segunda empresa, aquella que procede al desplazamiento, que está radicada en España. Si se observa, entonces, siempre<sup>34</sup> hay implicadas dos empresas, aquélla con la que el trabajador mantiene la relación laboral, pero que transitoriamente no recibe la prestación laboral, sino de un modo mediato; y aquélla empresa que ha contratado con otra empresa una prestación de servicios transnacional, y que recibe directamente, de un modo inmediato, la prestación laboral material de un trabajador -el trabajador desplazado- con el que no tiene ningún vínculo contractual laboral.

**61.** A lo anterior se ha de añadir que las relaciones que unen a ambas empresas pueden ser muy distintas; en realidad cualesquiera de las que definen el Art. 1.3º de la Directiva 96/71, o el Art. 2.1º de la Ley 45/1999 (a saber, contratación, subcontratación, cesión entre empresas de un grupo). Y la dualidad de sujetos empresariales implicados en el desplazamiento genera la necesidad de diferenciar entre las obligaciones que se han de cumplir en origen, las que se han de cumplir en destino, y las que se han de cumplir en origen y en destino. En todos los casos, si se observa, eventualmente resultarán de aplicación una o varias legislaciones nacionales de prevención de riesgos laborales, y serán competentes de su aplicación efectiva una o varias administraciones laborales y/o jurisdicciones.

### **III. La efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados: una cuestión de Derecho Adjetivo**

**62.** El trabajador que sea desplazado en el marco de una PST, como se ha visto mas arriba, no debería sufrir por el mero desplazamiento una merma de derechos de seguridad y salud que conllevaran situaciones de infla-tutela o desprotección en materia preventiva. Porque su derecho a la seguridad y salud deber ser protegido por los empresarios implicados; si bien con algunas modulaciones evidentes. De forma que, si bien desde el punto de vista sustantivo parece que los derechos a la vida y la integridad de la persona del trabajador desplazado quedarían intactos, resulta preciso comprobar la efectividad de esos derechos; algo que pasa por analizar los mecanismos que la legislación española - la de prevención de riesgos laborales, pero también aquellas otras ramas conexas- ofrece al trabajador desplazado para hacer valer ese derecho a la seguridad y salud.

**63.** Como ya se apuntó, el estudio que aquí se presenta se circunscribe a los supuestos en que resulta de aplicación la normativa española de prevención de riesgos laborales; algo que sucedía, a la vista de lo previsto en el Art. 3 de la Ley 45/1999, cuando el Estado de destino del desplazamiento sea España y en la legislación del Estado de origen no haya una normativa más favorable al trabajador; así

---

<sup>34</sup> O casi siempre, en realidad, dado que cabe el desplazamiento entre centros de trabajo de la misma empresa (multinacional), sitios en distintos Estados, en este caso, no habría, como tal una dualidad de empresarios, si bien sí se habría de considerar que hay una eventual duplicidad de obligaciones preventivas, a cumplir en destino y en origen, como consecuencia del desplazamiento internacional. Pero, incluso, cabría que hubiera más de dos empresarios implicados, algo que sucedería en los casos de contratación y subcontratación en cadena, por ejemplo, o de contratistas y subcontratistas que realiza una empresa usuaria con una tercera empresa respecto de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal. Situaciones estas que plantearían cuestiones específicas que se han de dejar de lado aquí.

como cuando el Estado de origen sea España y en el Estado de destino la legislación preventiva sea más laxa, de forma que el trabajador exporta la normativa española<sup>35</sup>.

## 1. La pluralidad de sujetos implicados en la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados

64. Antes de analizar cuáles hayan de ser los eventuales mecanismos de tutela en orden a dotar de efectividad a los derechos de seguridad y salud del trabajador en régimen de desplazamiento, conviene llamar la atención sobre un hecho diferencial del desplazamiento transnacional; cual es la pluralidad de sujetos implicados. En concreto, junto a la figura del trabajador desplazado, habría una duplicidad empresarial, una duplicidad de representación de los trabajadores, incluso una duplicidad de Administraciones Públicas (autoridades administrativas con competencias en materia preventiva). A lo que se une que el trabajador desplazado cohabita con la plantilla de trabajadores autóctonos de la empresa de destino; incluso con otros trabajadores que hayan podido ser desplazados por otras empresas de origen, radicadas en el mismo Estado de destino o en otros Estados distintos.

### A) La duplicidad de empresarios

65. Desde el punto de vista de la efectividad de los derechos, en primer lugar, la duplicidad de empresarios, en los términos en los que se hablara más arriba, *de facto*, plantea ciertos problemas operativos que podrían concluir en la desprotección del trabajador desplazado. Y esto es de este modo porque (dejando a salvo en los supuestos en los que hay una relación entre una Empresa de Trabajo Temporal y una Empresa Usuaria, en los que hay una regulación bastante clara<sup>36</sup>) en los casos de desplazamiento el principal problema de efectividad de los derechos de seguridad y salud es que los empresarios permanecen aislados en el cumplimiento de sus obligaciones empresariales de prevención. Y cabría que se pudiera declinar su cumplimiento, a expensas de que el otro empresario las cumpliera.

66. A esta situación se suma otra circunstancia; la de que el trabajador desplazado puede pertenecer a una tipología de trabajadores muy diferente. De un modo más concreto, hay que diferenciar entre categorías de trabajadores desplazados. Algunos pueden ser, al margen de las vicisitudes que se produjeran en el cumplimiento de las obligaciones empresariales de prevención de riesgos laborales, garantes de su seguridad porque tiene la capacitación profesional (actitudes y aptitudes intrínsecas a su formación académica y/o profesional. Pero, para otro tipo de trabajadores, los de baja formación (que incluso pueden tener problemas lingüísticos), puede resultar una carga excesiva la atribución de ese elenco de obligaciones en materia preventiva.

67. En suma, independientemente de las posibilidades previstas en la coordinación de actividades preventivas, haría falta un sistema de colaboración entre empresas que sirviera, de un lado para aligerar la carga de las empresas en términos de eficiencia, y para dotar de eficacia al derecho de protección del trabajador desplazado. Algo a lo que las nuevas tecnologías, sin duda, pueden contribuir<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> A efectos de la efectividad de la protección de los derechos de los trabajadores en el marco de la PST se ha de asumir que al hablar de la normativa preventiva se toma en consideración no solo la parte sustantiva, sino también la parte adjetiva de prevención de riesgos laborales.

<sup>36</sup> Art. 28 LPRL y Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores en el ámbito de las empresas de trabajo temporal.

<sup>37</sup> Aunque, quizás, lo efectivo podría ser que desde la normativa se deslindaran claramente las obligaciones. No se entra en ello pero el caso de la subcontratación en el sector de la construcción es paradigmático. Por resumir, la empresa contratista cumple con un particular deber de vigilancia para con las empresas subcontratistas: las empresas contratistas y subcontratistas han de vigilar el cumplimiento por parte de sus respectivas subcontratistas de las obligaciones referidas a: la acreditación de que cuentan con recursos humanos con formación en materia preventiva, así como con la adecuada organización preventiva; a la inscripción en el Registro de Empresas Autorizadas, por señalar las obligaciones más importantes. Y, en todo caso, han de asumir la responsabilidad solidaria del contratista y del subcontratista en caso de incumplimiento del deber de vigilancia, en relación

68. En este sentido, se habría de tener en cuenta que, la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores depende mucho del número de trabajadores desplazados, simultánea o sucesivamente, que hacen factible, incluso rentable, establecer los mecanismos de modulación o ajuste de las obligaciones empresariales. O dicho de otro modo, es plausible que la protección de la seguridad y salud de los trabajadores hubiera de ser mayor en aquellos casos en que una empresa habitualmente desplazase trabajadores a otras empresas y/o una empresa habitualmente recibiera a trabajadores desplazados por otras empresas. En estos casos, las empresas implicadas –la desplazante de origen y la de destino que recibe el desplazamiento– muy probablemente tendrían interiorizados protocolos *ad hoc*, de modulación de las obligaciones empresariales preventivas en caso de desplazamiento transnacional.

69. De la misma manera, sería posible que la actividad intrínsecamente internacional de las empresas implicadas en el desplazamiento pudiera generar complicaciones en materia preventiva. Y se destacarán aquellas que condicionan la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en la empresa de destino. En concreto, supone un elemento de complicación la existencia de una pluralidad de trabajadores autóctonos y/o desplazados, y tanto más si, primero, han sido desplazados por empresas distintas sujetas a distintas legislaciones preventivas, y, segundo, esos trabajadores tienen distinta nacionalidad o provienen de Estados distintos con diferentes lenguas y diferentes culturas y estándares preventivos.

## **B) La duplicidad de representaciones de los trabajadores**

70. La duplicidad empresarial provoca, inevitablemente que haya una duplicidad de representación legal de los trabajadores (incluyéndose aquí la representación específica en materia preventiva): la representación de la empresa de origen que desplaza al trabajador, y la representación de la empresa de destino que recibe a ese trabajador.

71. Pues bien, desde el punto de vista de la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados, se plantean algunas inoperancias referidas a las obligaciones empresariales que se enmarcan en una zona de consulta con los representantes de los trabajadores (especialmente las previstas en los Art. 16 y ss. LPRL). De tal forma que, cuando se produce un desplazamiento de trabajadores habrá que analizar como se reparten, si es el caso, las facultades de información y consulta (Art. 33 y ss. LPRL). Y en este sentido habría que determinar, *in casu*, la representación de qué empresa tiene qué facultades.

72. Aún estado clara la atribución de facultades se plantearían dos problemas añadidos; de una parte, la de legitimación de la representación de una de las empresas implicadas para ejercer derechos de información y consulta ante la otra empresa; de otra parte, la de la legitimación de la representación de sendas empresas para proteger derechos de, bien un trabajador desplazado que no presta servicios efectivos en la empresa (en el caso de la representación de la empresa de origen); bien de un trabajador que no pertenece a la plantilla, aunque esté prestando servicios en la empresa (en el caso de la empresa de destino).<sup>38</sup> Pues bien, estos problemas estaría resueltos en la legislación española, en la medida en que se ha previsto que los representantes de empresas de destino del desplazamiento establecidas en España, puedan ejercer, respecto de los trabajadores desplazados, con independencia de dónde se encuentre su empresa de origen, las competencias que les atribuye la legislación española (Disposición Adicional Tercera de la Ley 45/1999). O dicho de otro modo, en los supuestos en que la empresa de destino radique

---

a las obligaciones laborales y de Seguridad Social. (Art. 4 Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción, BOE de 19 de octubre de 2006).

<sup>38</sup> Problemas estos que no habrían de darse en el caso de los desplazamientos de trabajadores en el marco de una PST entre empresas del grupo (donde habría que valorar la eventual eficacia de la reforma en curso de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (BOE, de 25 de abril de 1997) en lo que se refiere a derechos de información y consulta de los trabajadores en empresas comunitarias (o grupos), o entre centros de trabajo de la misma empresa ubicados en distintos estados.

en España, la representación legal de los trabajadores puede ejercer funciones representativas en materia preventiva respecto de trabajadores desplazados en el marco de una PST, aun cuando no formen parte de la plantilla; algo que, al menos parcialmente, contribuye a dotar de efectividad a los derechos de seguridad y salud de esos trabajadores desplazados.

### C) La pluralidad de Administraciones Públicas

73. Desde el punto de vista de la eficacia de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados, resulta trascendente la existencia, de un lado, de una pluralidad de autoridades públicas, y de otra resulta esencial que en este conjunto plural hay entidades con competencias territoriales en Estados distintos. O dicho de un modo más concreto, en lo que se refiere a las cuestiones preventivas ligadas al desplazamiento transnacional, no sólo está implicada la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social (ITSS en lo sucesivo) española, sino también las distintas autoridades laborales autonómicas, con competencias sancionadoras, aunque a veces también no sancionadoras (de carácter técnico) en esta materia.

74. En efecto, en España, a la ITSS le ha sido asignada la función de la vigilancia y control de la normativa sobre prevención de riesgos laborales (Art. 9 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, *BOE* de 15 de noviembre de 1997(LITSS en adelante))<sup>39</sup>.

75. En cumplimiento de sus funciones, ha de interactuar, a su vez, con una pluralidad de sujetos, que se pueden duplicar en el caso de desplazamientos temporales en el marco de una PST. Porque, en este caso, la ITSS habrá de supervisar, *a priori*, en abstracto, el cumplimiento de la normativa preventiva por las empresas implicadas en el desplazamiento. Pero esto provoca vicisitudes muy importantes ligadas a los límites territoriales de la ITSS, circunscritos al territorio español<sup>40</sup>. Además, paralelamente, en lo relativo a los desplazamientos de trabajadores en el marco de una PST, la Ley 45/1999 hace intervenir a la autoridad laboral competente, atendiendo a un criterio estrictamente territorial (origen-destino del desplazamiento), lo que provoca que sea las autoridades laborales autonómicas, en sus respectivos territorios, las que reciban la comunicaciones obligatorias relativas a desplazamientos de trabajadores. En efecto, a efecto de asegurar el cumplimiento de la normativa sobre desplazamiento, el empresario tiene una obligación especial de comunicar el desplazamiento de trabajadores antes de su inicio, y con independencia de su duración, a la autoridad laboral española competente por razón del territorio donde vayan a prestar los servicios (Art. 5.1º Ley 45/1999). Y la Autoridad Laboral, autonómica, ha de poner en conocimiento de la ITSS y de la Agencia Tributaria, las comunicaciones de desplazamiento recibidas (Art. 5.5º Ley 45/1999).

<sup>39</sup> Que se concreta en: a) Asesorar e informar a las empresas y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir la normativa laboral (Art 9.1.b) LITSS); b) Vigilar el cumplimiento de la normativa laboral, y proponer cuando compruebe una conducta infractora la correspondiente sanción administrativa; sin perjuicio de que pueda realizar los oportunos requerimientos para la subsanación de deficiencias; función que alcanza a la comprobación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los servicios de prevención (Art. 9.1.e) LITSS). A lo anterior se suma la posibilidad de paralización inmediata de trabajos cuando, a juicio del inspector, se advierta la existencia de riesgo grave e inminente para la seguridad o salud de los trabajadores (Art. 9.1.f) LITSS); c) Elaborar los informes solicitados por los Juzgados de lo Social en las demandas deducidas ante los mismos en los procedimientos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, así como informar a la autoridad laboral sobre los accidentes de trabajo mortales, muy graves o graves, así como sobre las enfermedades profesionales en las que concurran dichas calificaciones (Art. 9.1.c y d) LITSS).

<sup>40</sup> Y este panorama es previsible que vaya complicando, aun más, en los casos en que las distintas Comunidades Autónomas vayan asumiendo competencias inspectoras en sentido estricto. Se trata, sobre todo, de una problemática ligada a la ausencia de colaboración entre Administraciones; algo que pretende solucionar la reforma en curso de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. En efecto se prevé, en primer lugar, de dotarla de una organización más adecuada al actual escenario competencial que permita una mejor cooperación entre las administraciones general y autonómicas; en segundo lugar, la creación de una nueva Escala de Subinspectores especializados en seguridad y salud, y adapta su organización a los traspasos a las Comunidades Autónomas; en tercer lugar, el refuerzo de la cooperación multilateral a través de una Conferencia Sectorial de Inspección de Trabajo y Seguridad Social y de la cooperación bilateral entre la Administración General del Estado y la Administración autonómica en cada territorio (Anteproyecto de Ley de Reforma de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social), aprobado el 17 de junio de 2011..

76. A lo anterior se suma que la Ley 45/1999 atribuye a la ITSS española la vigilancia y exigencia del cumplimiento de la normativa sobre desplazamiento (Art. 8). Previsión esta que resulta óptima, porque un mismo sujeto aglutina la función de vigilancia del cumplimiento de la normativa preventiva, y de desplazamiento. Si bien se presupondría, en términos de efectividad de los derechos de seguridad y salud, una actividad de colaboración administrativa ágil entre Administraciones.

77. Para complicar la situación anterior, se ha de tener en cuenta que el esquema dual «entidad competente en materia preventiva & entidad competente en materia de desplazamientos transnacionales» está igualmente presente en el otro Estado implicado en el desplazamiento (el de origen o el de llegada, según el caso del que se trate), en el que habrá, por regla general, una entidad que supervisa el cumplimiento de la normativa preventiva, y otra entidad administrativa que controla los desplazamientos transnacionales<sup>41</sup>.

## 2. Los mecanismos de tutela de los derechos de Seguridad y salud en el marco del desplazamiento

78. La pluralidad de sujetos implicados resultaría relevante desde el punto de vista de la efectividad de los derechos de seguridad y salud, únicamente en la medida en que provocasen disfuncionalidades en los mecanismos de tutela de los derechos de seguridad y salud previsto. En efecto, que haya una presencia plural de empresarios, o de Administraciones públicas no habría de generar situaciones patológicas desde el punto de vista preventivo; es más, sería previsible entender que, a mayor número de sujetos implicados, habría mayor protección preventiva. Y si esto es cierto desde un punto de vista teórico-abstracto, en la práctica es susceptible de no ser así. Especialmente porque el éxito de la intervención plural pivotaría sobre, esencialmente, primero en la delimitación clara de obligaciones empresariales y de competencias administrativas entre los sujetos –plurales– implicados; y, segundo, sobre el diseño de sistemas de colaboración –internacional/comunitaria– efectiva.

79. Desde el punto de vista material, pareciera que la delimitación de las obligaciones preventivas entre empresario no siempre resulta clara en caso de desplazamiento transnacional<sup>42</sup>, y estos es especialmente grave en lo que se refiere a las obligaciones de coordinación (y colaboración, por ende) de actividades preventivas. A lo que se une que la propia normativa preventiva está plagada de conceptos jurídicos indeterminados. De suerte que, *in casu*, lo «adecuado», lo «suficiente», lo «idóneo», por señalar lo más evidente, se ha de dotar de contenido, atendiendo a la realidad de cada desplazamiento, es decir, atendiendo al tipo de trabajador desplazado, al tipo de empresas implicadas, y al tipo de legislaciones implicadas, junto a la española.

80. Independientemente de lo anterior, desde la normativa adjetiva relativa al desplazamiento y a la prevención de riesgos laborales, se prevén ciertos mecanismos de tutela de la efectividad de los derechos (subjeto-sustantivos) de seguridad y salud del trabajador desplazado. Y esta tutela podría ser una tutela *a priori*, es decir, previa a una vulneración de los derechos de seguridad y salud que tenga como resultado un daño; o una tutela *a posteriori*, es decir, una tutela resarcitoria de un daño causado por incumplimiento de la normativa preventiva. En efecto, entre las opciones posibles, aquí se opta por, desde una perspectiva binaria, emplear como punto de inflexión de la tutela de los derechos de seguridad y salud el acontecimiento de un daño. Es decir, los derechos de seguridad y salud pueden ser tutelados antes, y, cumulativamente, también después de que se produzca un daño.

<sup>41</sup> Véase el Documento de trabajo de 13 de junio de 2007, que acompaña a la Comunicación de la Comisión *Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios*. (COM (2006) 159 final) y a la Comunicación de la Comisión de 13 de junio de 2006 *Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: mejorar sus beneficios y potencial garantizando la protección de los trabajadores*. (COM (2007) 304 final) (SEC 2007) 747. Por simplificar, es habitual que las competencias en materia de prevención de riesgos laborales queden vinculadas a organismos con competencias en sanidad, y las competencias en material de control de desplazamientos a organismos con competencias laborales o con competencias de gestión de flujos migratorios.

<sup>42</sup> Excepción hecha de ciertos supuestos, como los relativos al desplazamiento con intervención de empresas de trabajo temporal, o como los relativos a contratación y subcontratación de servicios, especialmente en el sector de la construcción; temas estos que se han tratado levemente y se han dejado apuntados para no desbordar el trabajo.

## A) Tutela *a priori*

**81.** Un primer mecanismo de tutela de la efectividad de los derechos de seguridad y salud del trabajador desplazado sería la verificación por las Administraciones Públicas competentes (en el Estado de origen y en el Estado de destino), del cumplimiento inicial, durativo, y posterior al desplazamiento, de las obligaciones preventivas respectivas. Sin que, en ningún caso, esa verificación equivaliese a una autorización de desplazamiento; algo que contravendría la normativa comunitaria en los términos en los que la interpreta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>43</sup>.

**82.** No existe en la normativa española ningún mecanismo de verificación de este tipo. Si bien la comunicación previa de desplazamiento podría tener un efecto parejo. Como se ha señalado, con carácter previo al desplazamiento, el empresario ha de comunicar a la entidad territorialmente competente (Art. 5.1º Ley 45/1999) dicho desplazamiento. Y en la comunicación ha de hacer constar ciertas informaciones relevantes. Entre ellas, sin embargo, no se exige ninguna de contenido preventivo<sup>44</sup>, a lo que se une que esta autoridad laboral no tiene, en principio, facultades para requerir documentación adicional a la empresa desplazante.<sup>45</sup> Y quien sí las tiene (la ITSS española) no conoce directamente el desplazamiento, sino que le ha de ser puesto en conocimiento por la autoridad laboral, autonómica (Art. 5.2º Ley 45/1999). De este modo, como se verá más adelante, cabría exigir, como ya sucede en algún ámbito aunque de un modo inespecífico<sup>46</sup>, que *de lege ferenda*, con carácter previo al desplazamiento se acreditase el cumplimiento de la normativa preventiva de aplicación.

**83.** Sin constituir una verificación como tal, si es cierto que hay un instrumento que, indirectamente, podría contribuir a la tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. Se trata del derecho que asiste a los empresarios que desplacen trabajadores a recibir de la Autoridad laboral del territorio donde vayan a prestar los servicios la información necesaria referida a la normativa aplicable, en lo que aquí concierne en materia de seguridad y salud, a los trabajadores desplazados (Art. 4.3º de la Directiva 96/71, y Art. 7 y Disposición Adicional Primera de la Ley 45/1999<sup>47</sup>). En los casos en que en España se encuentra la empresa de destino, además, el propio trabajador desplazado podría solicitar dicha información, en orden a poder hacer efectivos sus derechos de seguridad y salud a través de los canales jurídicos al efecto, así como sus correlativas obligaciones preventivas (las previstas en el Art. 29 LPRL).

<sup>43</sup> En efecto, el Tribunal de Luxemburgo ha establecido que cualquier procedimiento que establezca un Estado que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios mediante trabajadores desplazados por una empresa domiciliada en otro Estado miembro a la concesión de una autorización puede constituir una restricción a la libre prestación de servicios (*ex* Art. 56 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Así se establece desde el asunto *Valder Elst* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de agosto de 1994, C-43/93). Pero incluso de ha considerado que restringe esa comunicación un proceso de notificación de desplazamiento que incluye la notificación por la autoridad del Estado que recibe el desplazamiento de un número de registro, y fija un plazo de cinco días para dicha remisión a la empresa de origen (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de octubre de 2010, *Dos Santos Palhota*, C-515/08).

<sup>44</sup> Comunicación en la que se han de hacer constar ciertos datos generales referidos a las empresas implicadas, a la identidad del trabajador y al tipo de actividad que va a desarrollar el trabajador. (Art. 5.2º Ley 45/1999). Y en el caso de desplazamientos en los que intervenga una Empresa de Trabajo Temporal, esta habrán de hacer constar las oportunas acreditaciones para actuar como tal, y la empresa usuaria habrá de precisar las necesidades temporales que subyacen al contrato de puesta a disposición (Art. 5.4º Ley 45/1999).

<sup>45</sup> Es más, en la Ley 45/1999, en su Art. 6 se establece la obligación empresarial de comparecer, a requerimiento, ante la ITSS para aportar la documentación que le sea requerida y que justifique el cumplimiento de la normativa sobre desplazamiento. Obligación que se diluye cuando la ITSS desconozca la existencia de desplazamiento.

<sup>46</sup> Como sucede en materia de Extranjería. En el Art. 111 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, se exige como requisito previo a la concesión de una autorización administrativa de residencia, que la empresa desplazante de origen garantice que se cumple con las obligaciones del Art. 45/1999.

<sup>47</sup> E. TERRADILLOS ORMAETXEA, «Información a los interesados y cooperación administrativa con las administraciones públicas de otros estados en materia de información e inspección.» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, CES, 2002, pp. 155-183.

**84.** Entre los mecanismos más habituales de tutela *a priori* se encuentra la tipificación de los incumplimientos empresariales como infracciones administrativas en el orden social. Y lo mismo se podría decir de la tipificación penal, que se deja de lado en este trabajo. Es verdad que, en principio, la propia infracción ya presupone una vulneración del derecho de seguridad y salud, pero, del mismo modo es un mecanismo de tutela sobrevenida (tras un incumplimiento), que puede preservar en definitiva al trabajador desplazado de sufrir un daño en último término.

**85.** A este respecto, la tutela que se ofrece desde la normativa española es doble. Porque, de un lado, se han tipificado incumplimientos referidos al desplazamiento transnacional en sí mismo; y a esta tipificación se añade la general referida a incumplimientos de obligaciones empresariales en materia preventiva<sup>48</sup>. El primer grupo de infracciones, las referidas al desplazamiento se refieren a la (ir) regularidad formal y material del desplazamiento<sup>49</sup>.

**86.** Pero, paralelamente a la tipificación como infracción de los incumplimientos formales, se tipifican como infracciones administrativas los incumplimientos materiales, que alcanzarían a las obligaciones empresariales de obligaciones en materia de seguridad y salud. Algo que se produce a través de una técnica discutible<sup>50</sup>. En efecto, constituye infracción administrativa tipificada, el no garantizar a los trabajadores desplazados a España, cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo, las condiciones de trabajo previstas por la legislación laboral española en los términos definidos por el Art. 3 de la Ley 45/1999, disposiciones reglamentarias para su aplicación, y en los convenios colectivos y laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de la actividad de que se trate. (Art. 10.4º TRLISOS). Pero, simultáneamente, se produce una remisión en bloque (por materias, según las condiciones de trabajo de que se traten) a la tipificación y graduación de infracciones y sanciones que realice la normativa sancionadora. De forma que, el empresario que desplace trabajadores en el marco de una PST e incumpla la normativa preventiva que sea de aplicación, comete una infracción. Pero, para la concreta tipificación y graduación de esa infracción, y de su correspondiente sanción concreta, habrá de estarse a lo previsto en la normativa sancionadora (es decir, Art. 42.1 LPRL y Art. 11-13 TRLISOS).

**87.** Todo lo anterior ha de referirse al empresario de origen; es decir, el que procede, desde España a desplazar a un trabajador a otro Estado, así como al empresario que desplaza a un trabajador a España desde otro Estado. Pero, en sendos casos, habría un segundo empresario implicado en el desplazamiento: el empresario de destino, que recibe, en España o en otro Estado, atendiendo el supuesto de que se trate, la prestación material de servicios del trabajador desplazado en el marco de una PST. Pues bien, respecto de éste empresario no hay tipificación específica alguna. Lo que no obsta para que se pueda considerar que sí puede ser sujeto administrativamente responsable de aquellas obligaciones materiales que le sean propias. En lo que aquí respecta, este empresario de destino, que, por otra parte, no tiene obligaciones formales ligadas al desplazamiento, sí tendrá esas ciertas obligaciones empresariales preventivas vinculadas a que, en el marco de dicho desplazamiento, un trabajador desarrolla la actividad

<sup>48</sup> Regulado en el Derecho Subterráneo por el Criterio técnico sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de la prestación de servicios transnacional, de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (CT-42/2005).

<sup>49</sup> De este modo, se consideran sujetos responsables en el ámbito administrativo, los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa legal que regula el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, respecto de las condiciones de trabajo que deben garantizar a dichos trabajadores desplazados temporalmente a España (Art. 2.11º del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, *BOE* de 5 de agosto de 2000, TRLISOS en lo sucesivo)). Respecto de estos sujetos se consideran conductas infractoras, de distinta gravedad (leve, grave y muy grave), los defectos formales de comunicación (Art. 10.1º TRLISOS), la comunicación extemporánea posterior a su inicio (Art. 10.2º TRLISOS); la falta de comunicación y la comunicación falseada, que oculte datos o contenga datos falsos (Art. 10.3º TRLISOS).

También se encuentra tipificada, como obstrucción, la no aportación de documentación cuando el empresario desplazante sea requerido para ello (Art. 49 TRLISOS, en consonancia con la obligación impuesta por el Art. 6 de la Ley 45/1999).

<sup>50</sup> Por todos, véase, J. SEGALÉS Y A. VALDÉS ALONSO, «Mecanismos de tutela administrativa». En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 194 y ss.

laboral material bajo su ámbito de organización. Y, en consecuencia, en esta materia sí deviene sujeto administrativamente responsable, en los términos previstos con carácter general (Art. 11-13 TRLISOS).

## B) Tutela a posteriori

88. Junto a los mecanismos de tutela *a priori*, sería posible encontrar otros que actúa *a posteriori*, es decir cuando el trabajador desplazado en el marco de una PST sufre, como consecuencia de un incumplimiento empresarial o de un cumplimiento empresarial defectuoso de las obligaciones preventivas, un daño. Se trata, en este caso, de mecanismos de tutela –se podrían denominar– inespecíficos de los trabajadores desplazados; por cuanto son mecanismos de reacción (que ofrece la legislación española) ante incumplimientos empresariales en materia preventiva que provocan un daño en la salud o integridad, y que asisten a cualquier trabajador. Sin embargo, aún siendo mecanismos inespecíficos sí se puede entender que tutelarían *ex post* derechos de seguridad y salud de trabajadores desplazados; aunque con ciertas particularidades; que son las que se van a tratar de analizar en lo sucesivo.

89. Así, el elemento clave de la protección de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazado es aquí la producción de un daño en la salud o integridad del trabajador desplazado, que desencadena un elenco de mecanismos de tutela. Desde un punto de vista práctico, pues, estos mecanismos de protección giran en torno a la producción de un accidente de trabajo y/o enfermedad profesional.<sup>51</sup> Estos mecanismos *a posteriori*, sin embargo no resultan ser, como tal, mecanismos preventivos, sino reparadores; de ahí que solo deban ser considerados mecanismos de tutela de derechos de seguridad y salud *amplo sensu*; porque, obviamente, acontecido un daño se ha producido una vulneración del propio derecho. No obstante, también resulta evidente que se ha de considerar que la vertiente resarcitoria-reparadora forma parte del derecho de seguridad y salud.

90. Uno de los principales mecanismos de tutela *ex post* sería el de, cuando sea procedente (eminentemente cuando el daño no entrañe la extinción del contrato de trabajo), que en caso de que se produzca un daño durante el desplazamiento derivado del incumplimiento en materia preventiva, el trabajador desplazado solicite, la extinción indemnizada del contrato de trabajo.<sup>52</sup> En efecto, el incumplimiento del deber general de protección empresarial, y los eventuales demás incumplimientos de obligaciones preventivas empresariales concretas, justificarían, en los términos establecidos por el Art. 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores que el trabajador pudiera solicitar la resolución judicial indemnizada del contrato de trabajo. Si bien los principales obstáculos de esta opción serían los ligados

<sup>51</sup> En este ámbito, el de la siniestralidad laboral, sin embargo resulta difícil deslindar cual es la afectación de los trabajadores afectados; especialmente porque en el programa *Delta*, a efectos estadísticos, no consta desglosado el carácter de trabajador desplazado, sino la nacionalidad. Por eso solo intuitivamente se podría analizar, en los sectores propios del desplazamiento, cual sería la incidencia de accidentes en el segmento de trabajadores desplazados.

| Sector de actividad                                 | Porcentaje (de un total de 617.440 accidentes) | Porcentaje de AT mortales |
|---|--|---------------------------|
| Zonas industriales                                  | 37,96 % (234.381)                              | 20,09 %                   |
| Obras, construcción, cantera, minas a cielo abierto | 15,36 % (94.838)                               | 18,93 %                   |
| Subterráneos (exceptuando obras)                    | 0,63 % (3.906)                                 | 0,79 %                    |
| Lugares de actividad terciaria (oficinas...)        | 1,38 (8.500)                                   | 0,32                      |

Fuente: elaboración propia, a partir de las Estadísticas sobre siniestralidad laboral, 2009. (www.mtin.es)

<sup>52</sup> Obviamente, este mecanismo supone que independientemente de que la legislación preventiva aplicable sea, a tenor del Art. 3 de la Ley 45/1999, la española, la legislación aplicable al contrato ha de ser igualmente la española, en los términos que lo establezcan las normas de Derecho Internacional Privado, de origen nacional o del ámbito comunitario, aplicable al caso concreto.

a de la prueba del incumplimiento grave y culpable, y del perjuicio. Y este mecanismo de tutela podría, ser incluso, también un mecanismo *ex ante*, o *a priori*, porque el incumplimiento grave del deber de protección resulta evidente cuando hay un daño por incumplimiento de obligaciones, pero no es menos incumplimiento cuando no se produzca un daño pero sí se pruebe dicho incumplimiento<sup>53</sup>.

**91.** De la misma manera, en caso de producirse un daño, el trabajador desplazado podría reclamar, independientemente de que la conducta empresarial haya sido calificada como infracción administrativa o penal *ex Art. 42.3º LPRL*, indemnización por daños y perjuicios.<sup>54</sup> Y podría hacerlo, tanto respecto de su empleador, el empresario de origen, cuanto del empresario de destino. Respecto del primero, se trataría de una responsabilidad de tipo contractual; pero en respecto del segundo cabría que el trabajador desplazado pudiera siempre exigir indemnización con base jurídica en la responsabilidad extracontractual (*ex Art. 1902 del Código Civil español*). Con esta empresa no tiene relación laboral, pero sí presta servicios bajo su organización. De suerte que todos los daños que se produzcan en su ámbito de influencia serían susceptibles de generar una obligación resarcitoria. Es más, incluso en los casos en que la normativa legal no lo haga (lo hace en el caso de la contratación y subcontratación, especialmente en algunos sectores como el de la construcción), cabría valorar si se puede derivar responsabilidad civil solidaria.

**92.** Acontecido un daño, el trabajador desplazado que sufra una contingencia profesional (accidente de trabajo y/o enfermedad profesional producido/desarrollado/agravado durante el desplazamiento en conexión con el incumplimiento de la normativa preventiva), habría de recibir la oportuna protección económica por el sistema de Seguridad Social competente. En caso de desplazamiento transnacional, esta protección presupone, bien la aplicación del Derecho Comunitario de Coordinación de las distintas legislaciones nacionales de Seguridad Social implicadas<sup>55</sup>, bien la aplicación de eventuales convenios bilaterales de Seguridad Social cuando uno de los Estados de destino/origen no pertenezca la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo. Sin que haya especiales particularidades, desde el punto de vista de la protección prestacional, por tratarse de un trabajador desplazado en el marco de una PST, salvo las especialidades referidas a la comunicación del desplazamiento a las entidades de Seguridad Social competentes en los distintos Estados, que permite el mantenimiento de la legislación de origen (*Art. 14 a 17 del Reglamento 1408/71*).

**93.** Mención aparte ha de hacerse a las mejoras voluntarias, especialmente a las pactadas en convenios colectivos o en los contratos. Porque, en estos casos, la obligación de mejorar puede estar prevista, bien en la normativa convencional aplicable en el Estado de origen, bien en la normativa de destino. Y en sendos casos se plantea la duda de si el trabajador desplazado que sufre un daño incluido en el ámbito objetivo de la mejora prestacional, puede ser acreedor de la protección complementaria.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Sirva a modo de ejemplo el supuesto en que un trabajador haya debido ejercitar su *ius resistendae* y abandonar su puesto ante un riesgo grave e inminente no evaluado o no incorporado al plan de prevención.

<sup>54</sup> Y, para mayor protección del trabajador, parece que todos los eventuales problemas de orden jurisdiccional quedarían resueltos, con la reforma que incorpora la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, *BOE* de 11 de octubre, por la que los tribunales de este orden jurisdiccional asumirán todos los asuntos relativos a accidentes laborales, seguridad e higiene en el trabajo y vulneración de derechos en el ámbito laboral.

<sup>55</sup> Reglamento (CE) 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, *DOUE* L 166, de 30 de abril de 2004; y el Reglamento (CE) 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, *DOUE* L 284, de 30 de octubre de 2009.

Si bien, transitoriamente, en Suiza y en los Estados del Espacio Económico Europeo siguen vigentes el Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias, *DO* L 149 de 5 de julio de 1971, p. 2, y su Reglamento de desarrollo.

<sup>56</sup> Y a este problema habría de añadirse otro, de orden práctico pero también conceptual, a saber el referido a cómo articular las mejoras de prestaciones, atendiendo a cual se la normativa de Seguridad Social aplicable tras la aplicación de las reglas de determinación de legislación aplicable previstas en los instrumentos comunitario o internacionales. Cuestión esta que requeriría un espacio propio, como otras tantas que se han venido dejando apuntadas.

**94.** De un lado, respecto de los convenios colectivos, se plantea la duda de si lo previsto en el convenio aplicable en la empresa de origen acompaña al trabajador en su desplazamiento; o en términos más prácticos, habría que valorar si, acontecido un daño fuera del estado de origen, en el ámbito de la empresa de destino, cabe demandar la protección complementaria prevista en la normativa convencional de la empresa que ha procedido al desplazamiento. Y esta cuestión se complica aún más si la normativa protectora contuviera alguna condición de culpabilidad empresarial en el acontecimiento del daño. Porque, entonces, se plantearía la duda de si el trabajador puede ser acreedor de protección complementaria cuando el daño lo ha provocado el empresario de destino.

**95.** Paralelamente, respecto de los convenios aplicables en la empresa de destino, se plantea la duda de si resultarían aplicables al trabajador que es allí desplazado por su empresa de origen; en la medida en que no ostentaría la condición de trabajador de plantilla en términos jurídico-convencionales. Y la cuestión sufriría la misma complicación que en el caso anterior, cuando se exigiera la culpabilidad, por incumplimientos preventivos, para devengar la protección complementaria. Aquí, en consecuencia, se plantearía la duda de si el trabajador puede ser acreedor de protección complementaria cuando el daño lo ha provocado el empresario de origen.

**96.** En sendos casos, sea como fuere el contenido convencional, en orden a la protección efectiva del trabajador, podría articularse una solución jurídica en torno al concepto de garante de protección. De suerte que uno y otro empresario, de origen y de destino son garantes mutuos (vigilantes) del cumplimiento de las obligaciones empresariales preventivas, en orden a la evitación del daño. De tal suerte que si el trabajador desplazado sufriera algún daño, los dos empresarios serían responsables del daño, y en todo caso el trabajador podría demandar la protección complementaria que previera la norma convencional, aplicable a uno y/u otro empresario. E idéntica solución podría aplicarse a los supuestos en que las mejoras prestacionales se contuviesen en el propio contrato de trabajo.<sup>57</sup>

**97.** Junto a los mecanismos anteriores, en la legislación española se prevé que las prestaciones económicas de Seguridad Social que tengan su causa en una accidente de trabajo o enfermedad profesional se incrementarán (recargo) cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador (Art. 123.1º LGSS). Asimismo se prevé que el pago del recargo recaerá sobre el empresario infractor, sin que pueda ser objeto de seguro alguno (Art. 123.2º LGSS), siendo compatible con cualquier tipo de responsabilidad (Art. 123.3º LGSS).

**98.** Pues bien, respecto de la figura del recargo, se plantean algunas vicisitudes en caso de desplazamiento transnacional de trabajadores. Por una parte, se plantea la duda de si cabe que el empresario de origen y de destino pueden ser, simultáneamente declarados responsables del recargo, por cuanto el daño se derive de sendas obligaciones preventivas, de uno y otro empresario.<sup>58</sup> En segundo lugar se plantea la duda de si es posible imponer un recargo de prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de la normativa preventiva, independientemente de cuál sea la legislación nacional de Seguridad Social reguladora de las prestaciones sobre las que se aplica dicho recargo; especialmente porque en los distintos Estados, ni existe siempre esta figura, ni tiene la misma naturaleza (ligada en el

---

<sup>57</sup> Todo ello independientemente de que en el contrato de prestación transnacional de servicios entre la empresa de origen y la empresa de destino sea factible que se incorporen cláusulas referidas al reparto de responsabilidades y a su eventual aseguramiento.

<sup>58</sup> Esta cuestión parece ser menor problemática en caso de desplazamientos bajo la forma de contrata/subcontratas, donde ha quedado definida la responsabilidad solidaria de la empresa principal y del contratista de las obligaciones en materia de Prevención de Riesgos Laborales en relación con los trabajadores que ocupen la empresa principal cuando se trata de propia actividad (Art 123.1º LGSS en conexión con los Art. 42.3º TRLISOS y 24.3º LPRL).

caso español a la responsabilidad objetiva del empresario, desde la Ley de Accidentes de 1900).<sup>59</sup> En tercer lugar se suscita la cuestión de si cabe el aseguramiento en otro Estado distinto del Estado español. Porque la prohibición del Art. 123.3º LGSS parece referida al territorio español, pero nada obstaría para la empresa de origen o de destino pudieran, de algún modo asegurar el recargo.<sup>60</sup> Si bien habría que valorarse cuál es el alcance del Orden Público interno español.

### 3. Algunos problemas de (in)eficacia de la tutela de los derechos de seguridad y salud

99. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados son susceptibles de tutelarse con los mecanismos preventivos y reparadores que se acaban de presentar. Pero, desde un punto de vista práctico, *de facto*, son mecanismos que adolecen de algunas disfuncionalidades. Que, en definitiva, conllevar la desprotección del trabajador desplazado en materia preventiva. Se trata de disfuncionalidades, por simplificar, ligadas al hecho de que en el desplazamiento de un trabajador en el marco de una PST, intrínsecamente, hay elementos de extraterritorialidad que afectarían a los mecanismos sustantivos y adjetivos previstos para la tutela de derechos de seguridad y salud.

100. De nuevo aquí, para centrar el análisis de esas inoperancias, se ha de insistir en el hecho de que en el desplazamiento transnacional, el que se ha empleado aquí como supuesto- tipo, están implicadas dos empresas, la de origen del desplazamiento, y la de destino del desplazamiento. Una (según los casos, la de origen o la de destino) está establecida en España, y la otra en otro Estado (de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o en un Tercer Estado). Lo relevante aquí es que se han seleccionado los supuestos en que resulta de aplicación la legislación española de seguridad y salud (*ex Art. 3 de la Ley 45/1999*). Pero, paralelamente, cabe que desde el punto de vista sustantivo esta legislación española se haya de aplicar respecto de empresas (de origen o de destino) no establecidas en territorio español. Y cabe también que, desde el punto de vista adjetivo, a efecto de activación de los mecanismos de tutela (especialmente los punitivos y reparadores), el incumplimiento de obligaciones preventivas y/o el eventual daño subsiguiente, se produzcan fuera del territorio español.

101. En todos estos casos, hay elementos de extraterritorialidad relevantes, que pueden limitar las posibilidades de tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados. Si bien, también hay un elemento central para la eficacia de dicha tutela: a saber, la comunicación del desplazamiento de trabajadores.

#### A) La falta de comunicación a la autoridad administrativa del desplazamiento de trabajadores

102. La Ley 45/1999 establece, en orden a dotar de efectividad a los derechos de los trabajadores desplazados y en el marco de libertad que otorgaba la normativa comunitaria (Art. 4 de la Directiva 96/71), la obligación de, cuando desplacen a trabajadores a España, comunicar el desplazamiento a la autoridad laboral competente por razón del territorio en el que se vayan a prestar los servicios en régimen de desplazamiento (Art. 5.1º Ley 45/1999)<sup>61</sup>. Con carácter general, y a la vista del reparto de

<sup>59</sup> A lo que se une un problema concreto de efectividad, que se verá mas adelante con carácter general, referido a las limitaciones territoriales de la actividad de la ITSS.(Art. 27 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social). Porque, en el caso español, la ITSS es la encargada de proponer el recargo; pero habrá que ver la efectividad de dicha propuesta si, por aplicación de la normativa comunitaria de coordinación, la legislación español de Seguridad Social no fuera la determinada para regular un caso concreto.

<sup>60</sup> Aún en ciernes, ya se están planteando ciertos problemas, respecto de pequeñas y medianas empresas que realizan, sobre todo en el sector de la construcción, una actividad transfronteriza en Portugal. Y a través de seguros de responsabilidad civil están asegurando, conforme a la normativa portuguesa, el recargo de prestaciones.

<sup>61</sup> Obligación esta que resulta discutida, especialmente a partir del caso *Arblade* (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 23 de noviembre de 1999, C-369/96 y C- 376/96).

Véase, D. MARTÍNEZ FONS, «Obligaciones formales» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER, (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 135 y ss.

competencias constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas, esto se traduce en que la autoridad laboral competente, suele ser la de la Comunidad en la que se produzca el desplazamiento. De forma que esa autoridad laboral autonómica habrá de poner el conocimiento de la ITSS el desplazamiento (Art. 5.5º Ley 45/1999) para eventuales verificaciones del cumplimiento de la normativa laboral, y, por ende preventiva. Este diseño, aparentemente, resultaría efectivo para la tutela de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados a España. De no ser porque concurren ciertas ineficiencias.

**103.** De una parte, no es obligatorio comunicar todos los desplazamientos; porque quedan excluidos de esta obligación aquellos cuya duración no exceda de ocho días (Art. 5.3º Ley 45/1999). Como si el hecho de que se trate de desplazamientos –llámense- «relámpago» pudiera exigir de los riesgos laborales; cuando, al contrario, resulta que la perentoriedad podría relajar las obligaciones preventivas. De otra parte, en la medida en que la comunicación no actúa como mecanismo de autorización al desplazamiento; cabe que el empresario incumpla total o parcialmente la obligación o la cumpla extemporáneamente. En estos casos, al margen de que se trate de conductas sancionables administrativamente, el incumplimiento de la obligación de comunicar tiene el efecto de velar la realidad del desplazamiento<sup>62</sup>. Que, si no es comunicado a la autoridad laboral, es como si no existiera a efectos de control del cumplimiento de la normativa preventiva por la ITSS. Además, producida la comunicación de un desplazamiento, quedaría pendiente resolver qué sucede en los casos en que, sobrevenidamente, el trabajador desplazado presta servicios en distintas partes del territorio español; supuesto éste que no se subsume en la obligación de comunicar el desplazamiento, y que se enfrenta con los límites fácticos de la colaboración entre administraciones autonómicas y la ITSS.

### **B) Ineficacia de las sanciones administrativas: la (in)competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española. El principio de territorialidad y las limitaciones de la colaboración administrativa internacional**

**104.** Los derechos y seguridad y salud de los trabajadores desplazados están tutelados, en el ordenamiento español, como ya se ha visto, a través de la tipificación de infracciones y sanciones en el orden social. Sin embargo, la eficacia última de este mecanismo de tutela resulta relativa como consecuencia de la presencia de elementos de extraterritorialidad. De distinto signo, pero que se pueden simplificar señalando que, en estos casos, hay supuestos en los que el lugar del incumplimiento de la normativa preventiva española no coincide con el lugar en el que se ha de exigir responsabilidad por dicho incumplimiento<sup>63</sup>. De suerte que se provoca una cierta aplicación extraterritorial de la potestad sancionadora<sup>64</sup>.

**105.** De un modo más concreto, se produce la distorsión siguiente: la ITSS española habría de supervisar el cumplimiento en España, pero a veces también en otro Estado (especialmente cuando la empresa de origen está radicada en España), de la normativa española de prevención de riesgos laborales; y, objetivada una conducta infractora, habría de proponer una sanción que se habría de

<sup>62</sup> Cumulativamente, sin que se vaya a entrar aquí en ello, es plausible que, además se produzcan otros incumplimientos formales. Es preciso destacar en el sector de la construcción, por ejemplo, la falta de inscripción/renovación de inscripción en el registro de Empresas Acreditadas.

<sup>63</sup> No obstante lo anterior, si bien con algunos problemas procedimentales, cabría valorar la posibilidad de articular una suerte de incumplimientos *en cadena o por arrastre* que puedan permitir atraer al territorio nacional aquellos incumplimientos materialmente producidos en el extranjero, pero con causa en un incumplimiento en territorio español (y viceversa). Es decir, podría haber un incumplimiento inicial al desplazar y ulteriores incumplimientos extraterritoriales, y a la inversa. Tanto más cuando, desde el punto de vista preventivo parece que se puede generalizar un relativo entrelazamiento de obligaciones preventivas respecto del trabajador desplazado, de forma que el empresario de origen y destino devienen garantes recíprocamente, a través de la vigilancia mutua del cumplimiento de obligaciones.

<sup>64</sup> Cuando la tradicionalmente la potestad sancionadora ha estado vinculada a la actividad de policía del estado y por tanto circunscrita al territorio del mismo. Sin embargo, la Ley 45/1999 permite la aplicación de una norma sancionadora española a los incumplimientos cometidos en el extranjero por empresas establecidas en España. (I. DURÉNDEZ SAEZ, *La sanción administrativa en el orden laboral*. Murcia, 2006, p. 189).

ejecutar en España, a veces respecto de una empresa radicada en otro Estado, y otras veces respecto de una empresa radicada en España pero que ha incumplido la normativa española de prevención respecto de su trabajador desplazado en otro Estado.

**106.** En principio, estos problemas habrían de quedar resueltos mediante la actualización de mecanismos de colaboración internacional, como exige la Directiva 96/71 (Art. 4). Y, de hecho, el legislador español ha incorporado en la normativa interna de transposición del Derecho Comunitario un complejo de vías de cooperación y asistencia con las administraciones públicas de otros Estados (Art. 9 de la Ley 45/1999)<sup>65</sup>. Vías de cooperación que son de distinto tipo. En primer lugar, la Autoridad laboral y la ITSS pueden dirigirse para recabar cooperación y asistencia, a las Administraciones públicas de otros Estados de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo<sup>66</sup> que sean competentes en materia de desplazamientos de trabajadores en el marco de una PST, y /o en materia de vigilancia de las condiciones de trabajo previstas en el Art. 3 de la ley 45/1999 o en la normativa nacional de transposición de la Directiva 96/71 (Art 9.1º de la ley 45/1999)<sup>67</sup>.

**107.** La cooperación exigida se traduce en dos grandes tipos de actuaciones. En primer lugar, las administraciones españolas podrán formular peticiones justificadas de información respecto del desplazamiento<sup>68</sup>. Porque, siendo territorialmente competente la ITSS española, se puede encontrar con ciertos obstáculos materiales para controlar el cumplimiento de las obligaciones empresariales preventivas en los casos de desplazamientos transnacionales de trabajadores<sup>69</sup>. Y, para dotar de efectividad a estos mecanismos de cooperación, en lo que respecta a la actividad inspectora de la ITSS ha sido preciso modificar un aspecto concreto, pero trascendente, del procedimiento administrativo sancionador, cual es el de los plazos de caducidad de los expedientes<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup> Por todos, véase, E. TERRADILLOS ORMAETXEA, «Información a los interesados y cooperación administrativa con las administraciones públicas de otros estados en materia de información e inspección.» En, M. E. CASAS BAAMONDE Y S. DEL REY GUANTER (Dir.) *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*. Madrid, 2002, pp. 155-183.

<sup>66</sup> Respecto de Terceros Estados, habrá de estarse a lo previsto en los eventuales convenios bilaterales.

<sup>67</sup> De la misma manera, y ello contribuiría a la efectividad de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el territorio de otros Estados, se prevé la obligación de que las autoridades laborales españolas y la ITSS presten la cooperación y asistencia a las administraciones públicas de otros estados implicados en un desplazamiento transnacional de trabajadores (Art 9.1 in fine Ley 45/1999). Es más, el Art. 9 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE de 23 de diciembre de 2009, modifica el Art. 10 de la LITSS, para incluir un apartado cuarto en que se incorpora la posibilidad de que la ITSS española pueda «prestar ayuda y colaboración a las autoridades de la Unión Europea con competencias equivalente». Se plantea la duda de qué sea ayuda/colaboración, y quiénes sean las autoridades con competencias equivalentes.

<sup>68</sup> Que incluiría, se supone, la información sobre la comisión de delitos o infracciones en esos otros estados, en orden a evitar la aplicación del *non bis in idem*. En efecto, en la normativa española se prevé que no se podrán sancionar las acciones u omisiones ya sancionadas penal o administrativamente en el país de destino de desplazamiento cuando se aprecie la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (Disposición Adicional Primera. 4º Ley 45/1999)

<sup>69</sup> Esto es especialmente evidente respecto de ciertas condiciones formales; de suerte que se plantea la duda de cómo se acredita el cumplimiento de obligaciones formales que se han de cumplir en origen/en destino, pero fuera del territorio español. Por ejemplo habrían de establecerse mecanismos fehacientes para comprobar que se han cumplido las obligaciones de información, o de formación, o de reconocimientos médicos iniciales o sucesivos en el marco de vigilancia de la salud. Pero también, por ejemplo, habría de definirse cómo se determina si hay una organización preventiva y si es suficiente; algo que pasa, por seguir descendiendo en la cuestión, por establecer si es suficiente un servicio de prevención acreditado en el estado de origen y/o de destinos, o si valdría como recurso preventivo un trabajador designado en destino o en origen.

Menos dudas plantea, sin embargo la verificación del cumplimiento de las obligaciones preventivas referidas a condiciones materiales. Respecto de las que coincide la legislación aplicable y la competencia de la ITSS española cuando la prestación material de servicios del trabajador desplazado se produce en España.

<sup>70</sup> Así, el Art. 9 de la ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, BOE de 23 de diciembre de 2009, modifica el Art. 14 LITSS para permitir la interrupción del plazo de nueve meses de caducidad del expediente administrativo, en los supuestos en que las actuaciones comprobatorias se dilaten como consecuencia de dificultades en la cooperación administrativa internacional. Del mismo modo las actuaciones comprobatorias no podrán interrumpirse por un plazo superior a tres meses, salvo que la interrupción sea causada por el sujeto inspeccionado o sea debida a dificultades en la cooperación administrativa internacional (Art. 17 del Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la ITSS, en la redacción dada por el Real Decreto 107/2010, de 5 de febrero).

**108.** En segundo lugar, las autoridades laborales, independientemente de las funciones que les correspondan, pondrían en conocimiento de las autoridades nacionales de otros Estados, las infracciones administrativas cometidas en España por empresas radicadas en esos Estados con ocasión del desplazamiento de trabajadores en el marco de una PST. Con dos virtualidades: en primer lugar, evitar el *bis in idem* en ese otro Estado, pero de un modo práctico, en segundo lugar, en realidad, la comunicación de la infracción habrá de servir, en la mayor parte de las ocasiones, para que una segunda ITSS nacional que resulta la competente territorialmente pueda exigir responsabilidad, conforme a la legislación española de prevención de riesgos laborales o conforme a otra legislación nacional, por incumplimientos preventivos respecto de trabajadores desplazados vinculados, en origen o en destino, en ese Estado<sup>71</sup>.

**109.** En suma, la actividad inspectora y sancionadora se ha de enfrentar a un proceso de internacionalización que entraña la ruptura con el principio de territorialidad de la potestad sancionadora general. Y, en este punto es donde resulta relevante el nivel de efectividad de la cooperación internacional en materia de desplazamientos<sup>72</sup> pero también el nivel de efectividad de la colaboración mutua internacional de las autoridades nacionales con potestad sancionadora en el orden social por incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales<sup>73</sup>. Sin perjuicio de que, en este sentido, haya de ser necesario el establecimiento de reglas que resuelvan los eventuales conflictos de competencias (positivos y negativos) entre Inspecciones nacionales de Trabajo.

### **C) Las dificultades de ejecución extraterritorial de resoluciones administrativas sancionadoras y de sentencias judiciales**

**110.** Por último, como elemento de cierre, la efectividad de la tutela de los derechos de seguridad y salud queda condicionada a que, al margen de la competencia territorial de las autoridades laborales e inspectoras nacionales, las sanciones administrativas sancionadoras *amplo sensu* (se incluiría el recargo), de una parte y, las resoluciones judiciales de otra, resulten ejecutables normalmente en un Estado distinto del que las emite.

**111.** Por lo que respecta a las resoluciones administrativas sancionadoras que emanan de una autoridad española se plantea el problema de qué sucede cuando el sujeto sancionado no está establecido en España. Aquí, el elemento de extraterritorialidad inhibe la efectividad final de la resolución sancionadora; debido a cuestiones prácticas tales como la ausencia de domicilio (o de domicilio conocido/veraz) en territorio español, o la ausencia de bienes ejecutables, por poner algunos ejemplos. Algo que se complica en la medida en que no haya instrumentos internacionales efectivos de reconocimiento mutuo y/o de ejecución de resoluciones administrativas sancionadoras<sup>74</sup>. En el ámbito comunitario, bien es cierto,

---

<sup>71</sup> Y en este sentido cabe apuntar una problemática particularmente trascendente, ligada a la ausencia de mecanismos de homogeneización del cumplimiento, o incluso del grado de cumplimiento de las obligaciones preventivas; algo distinto a la estandarización del contenido de las obligaciones de derechos y obligaciones en materia preventiva, que ya sí existe a través del diseño de normativa comunitaria e internacional que sirven de marco para las distintas legislaciones nacionales.

<sup>72</sup> Esta cooperación se articulaba en el Art. 4 de la Directiva en torno al intercambio de información entre Estados, que se ha venido reputando insuficiente en todos los documentos de seguimiento de la Directiva 96/71. Véanse, Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las regiones. *La aplicación de la Directiva 96/71 en los Estados Miembros.*(COM (2003) 458 final); Comunicación de la Comisión. *Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.* (COM (2006) 159 final); Comunicación de la Comisión de 13 de junio de 2006. *Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios: mejorar sus beneficios y potencial garantizando la protección de los trabajadores.* (COM (2007) 304 final).

<sup>73</sup> Bien es cierto que en el marco de la Comisión, el Comité de Altos responsables de la Inspección de Trabajo (CARIT/SLIC) se trabaja desde los años 90 en la homogenización de los sistemas legales de sanciones en la Unión Europea.

<sup>74</sup> No se plantearían tantos problemas en el caso de sentencias penales condenatorias por delitos vinculados a la seguridad y salud. Por cuanto en el ámbito judicial hay algunos convenios multilaterales sobre asistencia judicial en materia penal (Convenio de 28 de mayo de 1970, del Consejo de Europa, sobre valor internacional de las sentencias penales, o el Convenio de 29 de mayo de 2000 sobre asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea), al margen de los eventuales convenios bilaterales.

hay algunos instrumentos, en realidad no vinculantes<sup>75</sup>, que pretenden establecer un sistema comunitario de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (penales y administrativas) de carácter sancionador. Pero que presentan aún algunas inoperancias; ligadas a la falta de ratificación por todos los estados miembros, o ligadas a la falta de homogeneidad en los sistemas jurisdiccionales (delimitación entre los órdenes penal-contencioso-administrativo, diseño de la planta judicial y estructura de los recursos, etc.).

**112.** Los órganos de la jurisdicción social conocerán de cuantas cuestiones litigiosas se susciten en aplicación de la normativa sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una PST. Y, además, será competente para conocer de los litigios relativos al desplazamiento transnacional de trabajadores cuando el trabajador esté o haya estado desplazado temporalmente en España (Art. 15 Y 16 de la Ley 45/1999, en consonancia con el Art. 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social, *BOE*, de 11 de octubre de 2011). Dicho de otro modo, la jurisdicción social podría resultar competente tanto en los supuestos en que el trabajador desplazado lo sea desde una empresa de origen radicada en España, cuanto en los casos en que la empresa de destino esté radicada en España. Y de este modo, podría dotarse de efectividad al mecanismo de tutela de los derechos de seguridad y salud ligado a la extinción contractual judicial indemnizada ex Art. 50 ET, por ejemplo. A lo que se habría de sumar los problemas relativos a la determinación de la ley aplicable al contrato a efectos extintivos, en su caso. En estos casos se plantearían problemas de ejecutividad de las sentencias dictadas por los órganos sociales en los casos en los que el demandado condenado, o la relación laboral extinta, no tuvieran vínculo con España.

**113.** Y a lo anterior se habría de añadir la cuestión relativa a la ejecución de sentencias civiles, en los supuestos de indemnización (derivados de responsabilidad civil contractual o extracontractual) por daños y perjuicios derivados del incumplimiento de obligaciones empresariales en materia preventiva. Cuestión resuelta por los convenios internacionales de Derecho Internacional Privado<sup>76</sup>, y en la que no es posible entrar. Además, en los casos en los que se reconozca extrajudicialmente la deuda indemnizatoria, sería posible acudir a los procesos monitorios y de escasa cuantía. Supuesto relativamente improbable porque lo habitual será, en estos caso, que bien sí haya contradicción (si no la hubiera, no haría falta proceso judicial alguno), bien que el quantum de la demanda supere los 2000 euros; supuestos que impiden la aplicación de los nuevos mecanismos comunitarios, más eficaces.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> Es el caso de la Decisión Marco 2005/214/JHA, del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (no publicado). Si bien es el primer instrumento comunitario que aplica el principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de las sanciones pecuniarias impuestas por autoridades no jurisdiccionales, presenta serias dificultades de aplicación. Porque se exige que la sanción sea susceptible de ser revisada por un órgano judicial del orden penal (Art. 1.a) iii), las autoridades administrativas no pueden considerarse autoridades de transmisión o de ejecución (Art. 2), se ha establecido un sistema de lista cerrada de sanciones, que no incluye las sanciones en materia de seguridad y salud (Art. 5), y se han diseñado en un sentido muy amplio las posibles causas de denegación del reconocimiento y ejecución (Art. 7). En suma, tácitamente se mantiene el principio de territorialidad, sobre la base de una desconfianza inconfesa de los estados a incluir en el ámbito del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, las sanciones pecuniarias administrativas. Véase P. PÁRAMO MONTERO, «La ejecución transfronteriza de sanciones penales y administrativas. Asistencia y reconocimiento mutuos en los procedimientos sancionadores en el ámbito de la Unión Europea. Especial referencia a los supuestos del orden social.» *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, nº 78, pp. 323 y ss.

<sup>76</sup> Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, *DOUE L 12* de 16 de enero de 2001, que ha sustituido parcialmente al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, y Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988.

<sup>77</sup> En efecto, mediante la Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento civil para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía, se incorporan ciertas medidas para facilitar la aplicación en España de los Reglamentos (CE) 1896/2006, del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; y 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, *BOE* de 25 de marzo de 2011. Así se hace efectiva la figura del requerimiento europeo de pago, así como la ejecución de sentencias dictadas en otros estados miembros de la UE, que pongan fin a un proceso europeo de escasa cuantía. Y esto puede resultar crucial en los supuestos en los que el carácter transfronterizo de la demanda de daños y perjuicios derivados del contrato de trabajo, por incumplimientos en materia de seguridad y salud, dificulte el resarcimiento final del trabajador

114. En suma, y sin que se pueda entrar en cuestiones internacionales conexas, sirva de ejemplo que la efectividad última de los derechos de seguridad y salud, en los casos en que hay sanciones administrativas o condenas resarcitorias, encuentra un enésimo límite: el de los efectos de la extraterritorialidad vinculada a la ejecución de las sanciones y/o eventuales sentencias, cuando faltan mecanismos bilaterales o multilaterales de reconocimiento de sentencias entre estados.

#### IV. Algunas reflexiones finales sobre una problemática coral

115. Los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una PST resultan plantear una problemática coral, pendiente de resolución efectiva en verdad. Pero que pone de manifiesto, en síntesis, una cierta discapacidad del Derecho Social.

##### 1. La globalización económica perfecta y la globalización imperfecta del Derecho Social: los límites del Estado (del *ius puniendi* nacional) y los límites de las organizaciones supranacionales

116. *Grosso modo*, se puede mantener que el Derecho Social Comunitario surge como consecuencia de exigencias económicas, ligadas a las libertades comunitarias, pero sobre todo ligadas al –sonoro– *dumping social*. En efecto, la necesidad de evitar las distorsiones en la competencia ligadas a la existencia de distintos niveles de protección conllevó el intento de homogeneización de las condiciones laborales en todos los Estados Miembros; para lo que, incluso se hubieron de modificar las competencias de la Unión. Especialmente, en el Acta Única Europea, y en el tratado de Maastricht. Con resultados muy destacados, en especial en el ámbito de la seguridad y salud, como se ha ido señalando con anterioridad. Pero este proceso de homogeneización no se ha producido de un modo global. Y esto resulta pernicioso en una etapa de globalización económica. O dicho de otro modo, el Mercado Único interior Europeo acabó impulsando un Derecho Social Comunitario, pero la globalización económica que se ha producido (a partir de la II Guerra Mundial, pero especialmente en la última década) no ha traído consigo la conformación de un Derecho Social Internacional Uniforme.

117. No obstante lo anterior, si bien desde finales de los años 80 el Derecho Social Comunitario experimentó un relativo desarrollo (desde el punto de vista sustantivo, pero también adjetivo o instrumental; a través del establecimiento, de una parte de una normativa laboral de homogeneización, por un lado, y una normativa de coordinación, de otra, y a través de mecanismos de colaboración administrativa), en la actualidad, quizás en una Unión sobre-dimensionada por ser una *Europa a 27*, resulta que hay cuestiones esenciales para la efectividad de Derecho Social que no están resueltas. Quizás porque nunca hayan dejado de estar presentes. Que se resumirían en: primero, la supremacía comunitaria no alcanza a la posibilidad de regular supranacionalmente aspectos ligados al trabajo (con todas las implicaciones internas en materia de Derecho Laboral y de Seguridad Social)<sup>78</sup>, pero tampoco pretende establecer reglas coordinatorias, de determinación de derechos nacionales aplicables, sobre la base de la impertinencia de hacer juicios de valor y priorizaciones de unos sistemas jurídicos frente a otros<sup>79</sup>. Es decir, se mantiene una subsidiariedad predominante de la actuación comunitaria, sobre la base del principio jurídico comunitario, ya no de supremacía sino de atribución<sup>80</sup>. Y, segundo: la *vis económica* de la Unión sigue presente, como freno a la *vis social*.

<sup>78</sup> En realidad porque la UE no ha pretendido configurar un sistema comunitario de relaciones laborales uniforme (M. RAMOS QUINTANA, «La aplicación territorial de las normas laborales: diferentes realidades y nuevas tendencias.» *Revista del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales*, 2000, nº 88, p. 89).

<sup>79</sup> B. GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*. Elcano, 2000, p. 130.

<sup>80</sup> J.M. MIRANDA BOTO, «Las competencias de la Unión Europea en materia social: panorama y perspectivas de futuro.» *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2011, nº 92, pp.75-105.

**118.** Así lo pone de manifiesto, en el ámbito de la Seguridad y salud<sup>81</sup> el hecho de que no se hayan establecido mecanismos para ejercer un *ius puniendi* supranacional. Porque, en realidad, la virtualidad última de un Derecho Comunitario eficiente exigiría que las instituciones comunitarias pudieran vigilar el cumplimiento de las normas comunitarias por sus destinatarios finales (en este caso los empresarios). Pero, sin llegar tan lejos, resulta que los mecanismos de colaboración administrativa comunitarios entre Estados, que podrían preservar los límites de la soberanía nacional (al tiempo que haría efectiva la normativa social sustantiva) no resultan suficientes y/o efectivos.

**119.** Esta situación podría quedar resuelta, es verdad que sin efectos comunitarios, a través de la suscripción de instrumentos internacionales de carácter bilateral. Algo que en el caso español, quizás debido a la inexistencia de problemas cuantitativa y cualitativamente graves ligados a la actividad transfronteriza, no ha tenido traducciones efectivas.<sup>82</sup>

**120.** A lo anterior se ha de añadir, porque presenta implicaciones preventivas que el Derecho Social Comunitario, históricamente, se ha mantenido al margen de regular y definir un concepto imprescindible como el concepto jurídico-laboral de «trabajador», cuya definición se remite a las legislaciones nacionales. De suerte que, no solo no hay un único concepto de trabajador, sino que, en un momento de globalización económica, tampoco hay una actividad homogeneizadora referida a las nuevas realidades emergentes del trabajo<sup>83</sup>, que superan la dialéctica entre la ajeneidad-dependencia y la autonomía.

**121.** Y detrás de esos dos fenómenos (la ausencia de un Derecho Social Internacional Uniforme, y las limitaciones del Derecho Social Comunitario) se encuentra, como fenómeno paradójico con la globalización, pero como elemento reactivo inevitable, la exaltación de las soberanías nacionales; como freno natural a la internacionalización económica, que resulta ser una fuerza fáctica potente. Así, el Derecho Social se encuentra a caballo entre la fuerza fáctica de la economía globalizada (que tiene serias repercusiones laborales), y la resistencia de las distintas soberanías nacionales.

**122.** En lo que aquí interesa, con algunas matizaciones, los Estados mantienen sus legislaciones laborales; especialmente en lo referido a la prevención de riesgos laborales. Normativa esta que, habitualmente, se considera que forma parte de las Leyes de Policía internas, en la medida en que la protección de la seguridad y salud en el trabajo forme parte del Orden Público laboral de un Estado. De ahí la reticencia a exceder los límites de una armonización básica; impensable, por ejemplo, en materia sancionadora.

**123.** En algunos casos se pueden aplicar extraterritorialmente (cuando existe normativa internacional relativa a los desplazamientos transnacionales de trabajadores), pero sólo puede serlo por los órganos con competencia en el territorio. Fuera del territorio nacional no es factible que los órganos punitivos de un Estado ejerzan su *ius puniendi* (en todas o en algunas de sus facetas instructora

---

<sup>81</sup> Pero podría extrapolarse la reflexión a otros ámbitos relevantes, como la –tan de actualidad– lucha contra el empleo sumergido, o las relaciones colectivas, o la protección contra la exclusión, por poner algunos ejemplos llamativos.

<sup>82</sup> En efecto, la actividad transfronteriza con Francia y Portugal ha sido relativamente marginal. Sin embargo sí se han suscrito Acuerdos con estos países (Acuerdo de intercambio de información y cooperación entre la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de España y la Inspección de Trabajo de Portugal, de 3 de octubre 2003); pero que, en verdad, no son tanto convenios internacionales como tal, sino pactos entre caballeros. Se trata de acuerdos no vinculantes que ni siquiera reciben el nombre propio del Derecho de los Tratados de «convenios», para evitar que rija el régimen jurídico del derecho Internacional Público. Son declaraciones de buenas intenciones, que conformaría, no ya un Derecho Subterráneo, sino un Derecho «infernial». Desde un punto de vista material se traducen en algunas buenas prácticas (visitas conjuntas de las dos inspecciones, preparación de algunos documentos conjuntos o intercambio de inspectores de trabajo)

En las antípodas de esta situación, cabría analizar la actividad bilateral que se ha desarrollado en estados como Francia o Bélgica; Estados en los que la actividad económica transfronteriza es muy relevante.

<sup>83</sup> Sirva los ejemplos españoles de los trabajadores autónomos económicamente dependientes o de los socios de cooperativas o de entidades de economía social, por ejemplo.

y/o de ejecución) respecto de normativa extranjera de prevención de riesgos laborales. De tal forma que, cuando la actividad económica empresarial es transnacional y cuando hay un trabajador que es desplazado temporalmente en el marco de una PST, las obligaciones empresariales, y por ende los derechos del trabajador, en materia de prevención de riesgos laborales se diluyen ante la ausencia de un *ius puniendi comunitario*. Porque no hay un sistema armonizado de infracciones y sanciones, ni un sistema armonizado de procedimiento sancionador, ni siquiera modelos heterogéneos de Inspecciones nacionales de Trabajo.<sup>84</sup>

**124.** Porque, en términos concretos, la Inspección de Trabajo queda frenada, en la tutela del Derecho español de prevención de riesgos laborales, cuando ha de vigilar comportamientos que suceden fuera del territorio español; y queda frenada en la instrucción de procedimientos administrativos sancionadores, no sólo cuando los hechos se producen más allá de las fronteras, sino, aún cuando se produzcan en territorio español, el sujeto infractor no tenga vínculos con este territorio. Simultáneamente la Inspección de Trabajo del otro Estado eventualmente implicada, no controla el cumplimiento en su territorio de normativa preventiva extranjera, ni tramita expedientes por infracciones cometidas en otros Estados. Se produce, en suma, la «impotencia del intervencionismo social protector»<sup>85</sup>. Y si un Estado no puede ejercer extraterritorialmente su actividad inspectora y otro Estado no quiere ejecutar (asumir) resoluciones sancionadoras emitidas por el primer Estado, el resultado es la impunidad de los empresarios infractores.<sup>86</sup>

**125.** En la transnacionalización de la economía, pues, se pierden márgenes de tutela de derechos de seguridad y salud en el trabajo. Porque, en definitiva, la globalización económica resulta ser perfecta, ante la eliminación de obstáculos (jurídicos y materiales) a la libre circulación de bienes, servicios y trabajadores. Pero, por el momento, resulta imperfecta la conformación del Derecho Social Internacional Uniforme<sup>87</sup>. Tanto más cuando se impone una –relativa– mercantilización del trabajo, que se traduce en el debilitamiento de normas internacionales (comunitarias) consolidadas<sup>88</sup>.

## 2. Algunas propuestas (realistas e idealistas) de *Lege ferenda*

**126.** Ante esta situación, detectada en el ámbito focalizado de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados, pero que podría extrapolarse a otros supuestos en los que no hubiese desplazamientos temporales, cabe, brevemente, presentar algunas soluciones propositivas, para, *de lege ferenda*, eventualmente resolver algunas de las ineficiencias en la tutela de derechos de seguridad y salud respecto de los trabajadores desplazados.

<sup>84</sup> M.L. VEGA RUÍZ, *La Inspección de Trabajo en Europa: retos y logros en algunos países seleccionados aún en tiempos de crisis*. Documento de trabajo nº 3 OIT, octubre 2009, p.11 y ss.

<sup>85</sup> C. FONT BLASCO, «Desafíos a que se enfrenta la Inspección de Trabajo y Seguridad Social española en los principios del siglo XXI» En, MTAS, *I Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid, 2005, p.398.

<sup>86</sup> Sirvan los ejemplos que ofrecen los casos «Port Ramsgate»y «Geoconsultants», ambos ocurridos en 1994.

<sup>87</sup> Incluso en el ámbito comunitario, donde la Europa Social ya estaba relativamente consolidada, la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los Servicios del Mercado Interior -la llamada Directiva *Bolkenstein* abrió el debate acerca de la primacía de las libertades económicas (ligadas a la prestación de servicios y al libre establecimiento en cualquier Estado), sobre la protección de los estándares laborales mínimos.

<sup>88</sup> Uno de los límites del Derecho Social Comunitario en la actualidad lo constituye la tendencia a la flexiseguridad, que traduce la tensión entre un mercado interior libre y amplio, y, por ejemplo, las restricciones a la contratación a través de empresas de trabajo interino. Así, la flexibilidad y la seguridad se ha traducido recientemente en la Directiva (CE) 2008/104 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, *DOUE L 327*, de 5 de diciembre de 2008, p. 9; en que se protege a los trabajadores, pero se eliminan algunas restricciones que existían para el recurso a la cesión legal de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal. Y esto es relevante en lo que aquí concierne porque cabe celebrar contratos de puesta a disposición ahora también para actividades antes excluidas por entrañar graves Riesgos laborales.

## A) Tutelas *a priori*

**127.** Independientemente de la eficacia de los mecanismos coercitivos o sancionadores para la tutela de derechos de seguridad y salud, quizás, en cumplimiento de los postulados preventivos resulten más coherentes los mecanismos de tutela *a priori* ligados a aspectos inespecíficos de seguridad y salud, pero sí ligados a la actividad empresarial, que pueden servir para verificar el cumplimiento de la normativa preventiva. Y esta verificación resultará especialmente efectiva cuando se diseñe como un requisito constitutivo de una situación jurídica solicitada, o necesitada por el empresario para el desarrollo de la actividad económico-productiva misma. Y sirvan dos ejemplos, ligados indirectamente al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una actividad transnacional.

**128.** El primer ejemplo lo ofrece el Art. 13.1º del Real Decreto 1797/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Fondo para la Internacionalización de la Empresa (o FIEM). Al definir las obligaciones de las empresas adjudicatarias, exige que las empresas que hayan sido seleccionadas para la ejecución de un proyecto a cargo del FIEM, deben «certificar» como requisito previo para tomar parte en el proyecto, que cumplen con lo establecido en los acuerdos internacionales suscritos por España en materia de, entre otras, derecho laborales. Y aquí se podrían incluir los derechos de seguridad y salud.

**129.** El segundo ejemplo lo ofrecen los casos en que el desplazamiento implica a trabajadores que han de cumplir la normativa de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009)<sup>89</sup>.

**130.** En sendos ejemplos, se observa que podría resultar de utilidad que, simultáneamente a la verificación de ciertos otros cumplimientos, se comprobase el cumplimiento de las obligaciones preventivas por la empresa de origen/destino. Se trataría, en suma, de emplear un control preventivo en un ámbito no específico de Seguridad y Salud, pero que contribuiría a una mejor tutela de la seguridad y salud del trabajador desplazado; si bien con límites.

---

<sup>89</sup> En efecto, el Art. 111 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, entre las exigencias administrativas para la autorización de residencia y trabajo de determinados trabajadores extranjeros desplazados a España en el marco de prestaciones transnacionales de servicios exige el cumplimiento de ciertos requisitos. Entre otros, a lo que aquí interesa, como requisitos previos a la concesión de autorización administrativa de residencia y trabajo se han establecido:

-de un lado, que la empresa que desplaza al trabajador extranjero garantice a sus trabajador desplazado temporalmente a España los requisitos y condiciones de trabajo aplicables, de acuerdo con lo establecido en la Ley 45/1999.

En consecuencia, de esta exigencia genérica se podría derivar la exigencia concreta de que, como requisito administrativo previo al desarrollo de la actividad laboral en régimen de desplazamiento, se hubiera de acreditar que se garantiza al trabajador desplazado los derechos de seguridad y salud. Ciertamente sería posible que este requisito se convirtiera en una mera formalidad; ante la dificultad de que un órgano administrativo no especializado en seguridad y salud (porque está especializado en el control de la normativa de extranjería) hubiera de verificar el cumplimiento de las obligaciones preventivas; al mismo tiempo que verifica que se cumplen con todos los otros mínimos exigidos por el Art. 3 de la Ley 45/1999; Verificaciones que, por otra parte, se podrían articular aportando cierto tipo de documentación específica, junto a la restante exigida en los formularios. En la actualidad, simplemente se exige una «*certificación de la empresa que garantice los requisitos y condiciones de la legislación laboral española previstos en la Ley 45/1999*», y se refiere expresamente a la remuneración. (por ejemplo, en la autorización inicial de residencia y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios para personal directivo o altamente cualificado, aprobadas por Acuerdo del consejo de ministros de 16/02/07 – instrucción tercera.). Las declaraciones unilaterales del empresario podrían no resultar suficientes y quizás habrían de aportarse certificaciones o acreditaciones de órganos públicos o privados especializados en materia preventiva-de otro lado, la empresa que desplaza ha de acreditar (con unas repercusiones más mediatas en el ámbito de la seguridad y salud por cuanto solo indirectamente presuponen una cierta situaciones cualificada respecto de los riesgos laborales inherentes al desarrollo de su actividad laboral), que el trabajador extranjero extracomunitario desplazado no ha sido contratado *para* el desplazamiento, sino que se ha dedicado a la actividad en concreto durante al menos un año, y ha estado nueve meses como mínimo al servicio de la empresa desplazante; lo que presupone una actividad preventiva suficiente. Previsión esta que, por otro lado, podría resultar de dudosa legalidad comunitaria, por suponer una restricción a la libre prestación de servicios; aún cuando se trate de trabajadores de Terceros Estados. Así se ha mantenido en la doctrina jurisprudencial comunitaria (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de enero de 2006, *Comisión vs. República Federal de Alemania*, C-244/04.).

**131.** De la misma manera, no sería desdeñable la posibilidad de articular mecanismos de control previo de los que sean responsables, ya no organismos públicos, sino los propios empresarios implicados en el desplazamiento. De forma que, recíprocamente, el empresario de origen y el de destino hayan de acreditar formal y materialmente el cumplimiento de obligaciones preventivas<sup>90</sup>.

## **B) Mecanismos de *ius puniendi* supranacional**

**132.** En el contexto descrito hasta el momento conviene insistir en la necesidad superar la paradoja que se produce en el ámbito comunitario: la normativa de seguridad y salud esta armonizada en el ámbito comunitario, y sin embargo no hay un diseño evidente de mecanismos coercitivos, ni armonizados ni coordinados, de esas normativas en el ámbito de los distintos Estados miembros. Situación paradójica que tiene dos vertientes: no hay una armonización de infracciones y sanciones en el orden social (ni en materia preventiva ni en otras), y tampoco hay instrumentos de eficacia (coercitiva) transfronteriza de las distintas normativas nacionales de seguridad y salud. Y en el centro de estas cuestiones estaría, la inexistencia de una Autoridad Inspectoria Comunitaria (o Internacional si se quiere una visión aún más utópica)<sup>91</sup>.

**133.** En la actualidad no existe un cuerpo internacional de Inspección; por razones obvias ligadas a la soberanía nacional del *ius puniendi* del Estado. Si bien sí se han desarrollado ciertas actividades, informales, en el ámbito comunitario<sup>92</sup> y de la OIT. En el ámbito comunitario bajo la forma de Reuniones, en el marco de la Comisión, del Comité de Altos responsables de la Inspección de Trabajo (CARIT/SLIC), en la constitución en su seno de Grupos de Trabajo y en el diseño de actividades de intercambio de información, de colaboración<sup>93</sup> y de cooperación técnica internacional<sup>94</sup>. Desde el punto de vista material, sin embargo, entre los grandes objetivos del trabajo internacional de cooperación se encuentran, como prioridad básica la erradicación del tráfico de mano de obra y el trabajo ilegal y sumergido<sup>95</sup>. Y los asuntos de más finura, quedan relegados<sup>96</sup>.

**134.** No obstante lo anterior, en el ámbito comunitario ha sido una constante el seguimiento de la efectividad de la Directiva 96/71. Y también ha sido continua la constatación de las insuficiencias de los mecanismos de colaboración establecidos; especialmente porque se limitan a la transmisión de información, de carácter bilateral, y a veces ineficiente. A lo anterior se habrían de sumar las cuestiones propias de la extraterritorialidad de la potestad sancionadora, a los que aquí interesa, así como los eventuales supuestos de transnacionalidad que implican a más de dos Estados.

---

<sup>90</sup> Algo que ya se ha previsto en materia de subcontratación en el sector de la construcción, por ejemplo (Art. 22 y ss. del Convenio General de la Construcción (2007-2011)).

<sup>91</sup> Algo que, por otra parte, no es exclusivo de esta materia porque, donde con mayor incisividad se plantea el problema de la falta de gobernanza internacional es en materia fiscal. (Véase, J. RUIZ-HUERTA CARBONELL y otros., *Tendencias de reforma fiscal: hacia una fiscalidad europea*, Documento de trabajo 62/2011 del Observatorio de Política Exterior Española, pp. 88-106.)

<sup>92</sup> Especialmente a partir de la Recomendación de la Comisión, de 31 de marzo de 2008, relativa a una mejor colaboración administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (2008/C 85/01), y de la creación del Comité de Expertos sobre desplazamiento de trabajadores (Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2008, 2009/17/CE).

<sup>93</sup> Se trata de una colaboración esencialmente bilateral, vinculada a supuestos en los que un trabajador desplazado a España temporalmente, al retornar al Estado de origen, denuncia irregularidades durante el desplazamiento (hechos ocurridos en España). De suerte que la Inspección del Estado de origen suele solicitar colaboración (información) de la ITSS española. Si se observa, en este caso la legislación aplicable no va a ser la española, razón por la que se deja a un lado este supuesto.

Resulta paradigmático el Acuerdo de Intercambio de información y colaboración firmado con la Inspección de Rumanía (2008).

<sup>94</sup> Especialmente en el marco de la red Iberoamericana de Inspección de Trabajo, auspiciada por la OIT, creada por una Declaración de Intenciones de Argentina, Brasil, Chile, España, Portugal y Uruguay en 2009.

<sup>95</sup> Esto es mas claro en el ámbito de la OIT, en el que, dejando a salvo los convenios sobre ciertos riesgos laborales, la atención se presta al trabajo no declarado y al tráfico de trabajadores. (*La Inspección de Trabajo en Europa: trabajo no declarado, migración y tráfico de trabajadores*. Documento de Trabajo número 7, OIT, Ginebra, enero 2010)

<sup>96</sup> Por eso, la cooperación efectiva se produce, especialmente, en los casos en los que se detectan falsas empresas (empresas-buzón) y cesiones ilegales de trabajadores. No son relevantes los incumplimientos de condiciones laborales, especialmente en materia de seguridad y salud.

**135.** En este orden de cuestiones, si bien aún se encuentra en fase embrionaria, es preciso llamar la atención sobre una iniciativa comunitaria, en la que están implicados sólo algunos (ocho<sup>97</sup>) de los Estados Miembros (Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Hungría, Italia, Malta, Portugal y España): el proyecto *CIBELES* (*Convergence of Inspectorates Building a European Level Enforcement System*).

**136.** El proyecto tiene como objetivos, de una parte, mejorar el sistema de intercambio de información entre las Inspecciones de Trabajo europeas, en aras de lograr la ejecución transfronteriza y la asistencia mutua respecto de los procedimientos de inspección y sanción, especialmente en materia de seguridad y salud, ámbito en el que todas las inspecciones europeas son competentes en sus respectivos estados. En consecuencia, los contenidos del proyecto se concretan en: 1º la transmisión y el intercambio de información entre las inspecciones de trabajo; 2º la cooperación mutua en los procedimientos de investigación de infracciones y, 3º la ejecución transfronteriza de las sanciones.

**137.** Por lo que respecta al primer contenido, desde el Proyecto CIBELES propone la aprobación de medidas para coordinar todas las comunicaciones sobre desplazamientos en un procedimiento integrado a nivel europeo, interconectado con sistemas preexistentes, y, en segundo orden de cosas, propondría la creación de un sistema de identificación europeo de los trabajadores desplazados.

**138.** La cooperación mutua en la investigación de infracciones, se habría de traducir, en primer lugar, en el establecimiento de una normativa vinculante comunitaria que regule las formas de intercambio de información entre inspectores; en segundo lugar, en la regulación del valor probatorio de la información intercambiada entre inspectores; y, por último, en la clarificación del alcance de y de las correspondencias entre las distintas legislaciones nacionales que trasponen la normativa comunitaria de seguridad y salud en el trabajo.

**139.** En tercer lugar, se hace necesario asegurar la ejecución transfronteriza de las sanciones económicas impuestas en el marco de una acción inspectora. Algo que en la actualidad no es posible. De una parte, los procedimientos de sanción en materia de seguridad y salud en el trabajo, tienen distinta naturaleza en los distintos estados (en unos casos es de naturaleza administrativa, en otros de naturaleza penal). A su vez, en los estados que cuentan con procedimientos administrativos de imposición de sanciones, no siempre existen mecanismos de impugnación jurisdiccional semejantes (en unos casos las sanciones se recurren ante el orden penal, en otros ante el orden social, y en otros ante el orden contencioso-administrativo). De otra parte, ligado a lo anterior, los mecanismos comunitarios existentes que regulan la ejecución transfronteriza de las sanciones económicas (Decisión Marco 2005/214/JAI para el reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias) no son aplicables en todos los Estados. Simplificando, bien porque no hayan transpuesto la Decisión, bien porque las sanciones no hayan sido impuestas por autoridades judiciales, o bien porque no quepa que las decisiones de imposición de la sanción sean recurridas ante el orden jurisdiccional penal.

### **C) Extrapolación de mecanismos**

**140.** A la vista de lo anterior, queda claro que, por el momento, uno de los principales inconvenientes de la falta de mecanismos coercitivos comunitarios de las sanciones administrativas, es la ineffectividad de los mecanismos nacionales de tutela a posteriori de derechos, en lo que aquí concierne, de seguridad y salud. De ahí que, en tanto se produce el desarrollo y puesta en práctica del proyecto Cibeles, quizás como antídoto a la impunidad, se podrían proponer algunas medidas.

**141.** La primera propuesta se refiere a la aplicación de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010, referida a la asistencia mutua en materia de cobro de créditos correspondientes a

---

<sup>97</sup> Independientemente de su eventual extensión a los 27 Estados Miembros, lo cierto es que, por el momento, pendiente de desarrollarse, se trata de un proyecto intrínsecamente limitado

determinados impuestos, derechos y otras medidas. Es preciso aclarar que esta Directiva no obsta a que los Estados cumplan con obligaciones semejantes de prestar una asistencia más amplia de conformidad con acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, incluidos los relativos a la notificación de actos judiciales y extrajudiciales (Art. 24 de la Directiva). Aunque el plazo de transposición no concluye hasta el 31-12-2011, puede entenderse que las sanciones administrativas por incumplimientos en el orden social, resultado de un procedimiento administrativo sancionador se podrían ejecutar a través de los mecanismos de cooperación diseñados en esta Directiva.

**142.** No es nueva la institución de la «asistencia mutua para cobros»<sup>98</sup>, sin embargo, la normativa existente en la materia se revela insuficiente en el contexto actual, en que es prioritario el buen funcionamiento del Mercado Interior, a lo que contribuye la neutralidad fiscal. Aparentemente, las sanciones pecuniarias impuestas por la comisión de infracciones administrativas en el orden social, podría incluirse en la categoría que la Directiva 2010/24/UE define como «derechos de todo tipo recaudados por un estado miembro» (Art. 1.a) de la Directiva). Así, en efecto, esta Directiva define su ámbito de aplicación incluyendo a las «sanciones administrativas, multas y recargos... en relación con lo previsto en el Art. 1 e impuestas por las autoridades competentes para la recaudación de los derechos considerados...» (Art. 1.2.a) de la Directiva), quedando excepcionadas de dicho ámbito las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social (Art. 1.3 de la Directiva), pero en ningún caso las sanciones referidas a esa materia de Seguridad Social.<sup>99</sup>

**143.** La segunda de las propuestas se refiere a la aplicación del método de la Propuesta de directiva del Parlamento y del Consejo para felicitar la aplicación transfronteriza de la normativa sobre seguridad vial (presentada por la Comisión, SEC (2008) 350 y 351 (COM (2008) 151 final). Hasta el momento está vigente la Recomendación de 21 de octubre de 2003, sobre intercambio de buenas prácticas, sin que se haya tratado la cuestión de la aplicación transfronteriza de la normativa de seguridad vial. Lo que, por otro lado, pone de relieve que existen muy serias reticencias nacionales a ceder parte del *ius puniendi* estatal a otros estados miembros de la Unión Europea. En el documento base se insiste en que no se pretende la armonización de las normas viales ni de las sanciones, «...ya que es más adecuado dejar estos asuntos en manos de los Estados», y se está conforme en diseñar medidas de orden administrativo para establecer un sistema efectivo y eficaz de aplicación transfronteriza de normas<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> En sentido amplio, que ya se estableció en la Directiva 76/208/CEE del Consejo de 15 de marzo, relativa al cobro de los créditos resultantes de operaciones que formen parte del sistema de financiación del Fondo Europeo de Orientación y de Garantía Agrícola; directiva que ha sido codificada, junto con sus reformas, por la Directiva 2008/55/CE de 26 de mayo, sobre asistencia mutua en materia de cobro de los créditos correspondientes a determinadas exacciones, derechos, impuestos y otras medidas.

<sup>99</sup> En esta directiva se diseñan, de una parte, mecanismos de intercambio de información (Art. 5 y ss. de la Directiva) y de otra parte medidas estrictamente de cobro, incluyendo las medidas cautelares (Art. 10 y ss. de la Directiva). El primer conjunto de medidas, permite al estado acreedor de los derechos de cobro, la información necesaria para iniciar un procedimiento de ejecución. Y el segundo conjunto de medidas posibilita que, una vez que el instrumento de ejecución sea firme en el estado miembro sancionador, otro estado miembro realice las oportunas medidas de ejecución. En este sentido, una vez que un Estado requerido reciba del Estado requirente el instrumento de ejecución, ha de proceder a la ejecución de ese crédito como si fuera un crédito propio (Art. 13). Es más, siempre que lo permita la legislación nacional del Estado requerido y conforme a sus prácticas administrativas, el estado requirente puede solicitar la adopción por aquel de medidas cautelares (Art. 16). Complementariamente, se diseña un conjunto de modelos normalizados uniformes y de medios de comunicación de los mismos (Art. 21 y ss. de la Directiva).

<sup>100</sup> En el ámbito de la Unión Europea es habitual barajar distintas posibilidades en lo referente a la coordinación de funciones estatales de policía, particularmente referidas a las infracciones de tráfico. Sin embargo, la filosofía de algunas de esas opciones podría ser extrapolable al ámbito de las infracciones en el orden social. Opción A: cada Estado miembro ejerce las medidas de policía y ejecuta esas acciones de policía conforme a su legislación propia. En este sentido los infractores, cualquiera que sea su nacionalidad, serán perseguidos en el territorio en que se cometieron las infracciones, por las autoridades competentes en ese Estado. Opción B: cada Estado ejerce las medidas de policía en su territorio, respecto de infracciones cometidas allí, independientemente de la nacionalidad del infractor, si bien, a diferencia de la opción anterior, la labor de ejecución de las acciones sancionadoras tiene apoyo en un sistema global de intercambio de información relevante para la ejecución de la sanción. Opción C: cabe que el Estado con el que el infractor guarda una mayor relación (por tener domicilio, o por ser el lugar donde aparece registrado, en sentido amplio) sea el que ejerza las medidas sancionadoras, pero a partir de la constatación por las autoridades del estado miembro en el que se comete la infracción. O dicho de otro modo, el primer estado

144. En lo relativo a las infracciones de tráfico, se ha optado por que cada Estado persiga las infracciones viales en su territorio, pero, referido a un *numerus clausus* de infracciones, aquéllas en las que parece haber acuerdo en considerar las más graves. Para ello, se diseña un sistema de intercambio de información, en aras de una efectiva cooperación entre Estados miembros referido a la efectividad de la notificación de infracciones, hasta la fase previa a la ejecución. Y esto sería susceptible de tener toda la virtualidad en el ámbito de las sanciones administrativas en el orden social. Lo que exigiría, si no el diseño de un sistema comunitario de infracciones y sanciones, al menos sí el diseño de un *numerus clausus* de infracciones en el orden social, entre las que sin duda estaría aquellas ligadas a incumplimientos ligados al desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una PST y las ligadas a los incumplimientos de obligaciones empresariales en materia preventiva; tanto más cuando hayan tenido un resultado lesivo.

#### **D) La Gobernanza social en los códigos de conducta empresarial: la responsabilidad social de la prevención**

145. Paradójicamente, otra de las vías para dotar de efectividad a los derechos de seguridad y salud de trabajadores desplazados temporalmente en el marco de una PST no es ya la supranacionalidad (sustantiva o adjetiva) de las medidas de tutela *a posteriori*, sino, en extremo opuesto, la inclusión de mecanismos empresariales de tutela *a priori*. Algo que se podría residenciar en las posibilidades que permite la nueva realidad jurídica, en fase de expansión, de la Responsabilidad Social de la Empresas, integrada en el concepto, novedoso también de la *Gobernanza* social<sup>101</sup>.

146. La filosofía de la Responsabilidad social empresarial (RSE) es imprescindible como herramienta estratégica para desarrollar la competitividad futura en organizaciones y empresas. En algunos documentos de organismos internacionales y asociaciones empresariales sobre RSE, en concreto en el Libro Verde de la Comisión Europea para fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas<sup>102</sup> aparece citada la seguridad y salud en el trabajo como uno de los campos en los que la empresa manifiesta su conducta socialmente responsable<sup>103</sup>.

147. El principal problema de esta vía, por el momento es la voluntariedad, porque no hay norma que obligue explícitamente al desarrollo de actividades preventivas complementarias. Y a este respecto conviene llamar la atención sobre el otro gran límite de esta vía: aunque se postula aquí como una vía de tutela, en realidad debería presentarse también como una vía de tutela mejorada. En la medida en que se considere que la RSE no equivale solo al cumplimiento riguroso de las normas legales, reglamentarias y convencionales, sino también al establecimiento de medios complementarios de tutela, más allá de las exigencias preventivas.<sup>104</sup>

---

sanciona a partir de las actividades probatorias de la infracción realizadas por las autoridades de otro Estado miembro, y que aquel asume como propias.

<sup>101</sup> A. OLIET PALÁ, «El intervencionismo protector en el contexto de la mundialización.» En, MTAS, *I Centenario de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*. Madrid: MTAS, 2005, p. 402.

<sup>102</sup> COM (2001) 366, no publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

<sup>103</sup> En España, tras la publicación del Libro Verde de la Comisión, el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo publicó dos notas Técnicas de Prevención en las que se definen conceptos generales y se clasifican los tipos de actuación. (M.P. LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, «Responsabilidad social y prevención de riesgos laborales.» *Gestión práctica de riesgos laborales: Integración y desarrollo de la gestión de la prevención*, 2010, n° 72, p. 40-46.)

No obstante, esta vertiente preventiva se ha diluido parcialmente en la vertiente comunitaria, que se ha dirigido a propugnar la garantía de las condiciones laborales mínimas por las empresas europeas, en su actividad hacia el exterior, esencialmente. (*Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: hacer de Europa polo de excelencia de la Responsabilidad Social de las Empresas*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo (COM (2006)136 final, de 22 de marzo). Sin que la Estrategia Comunitaria de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) (COM (2007) 62 final) haya especificado tampoco proyecciones en este sentido.

<sup>104</sup> M.A. PURCALLA BONILLA, «Responsabilidad social de las empresas. Del mito (o la moda) a las primeras realidades normativas». *RGDTSS*, 2011, n° 24, p. ([www.iustel.es](http://www.iustel.es)).

148. A este respecto, son relevantes los contenidos preventivos<sup>105</sup> que se puedan incorporar en los códigos de conducta, que se apoyan en la denominada así- ética de los negocios o conciencia ética de las empresas.<sup>106</sup> Tanto más en el caso de los grupos de empresa, como en el caso de empresas multinacionales en las que sea habitual el desplazamiento temporal de trabajadores<sup>107</sup>. Y en sendos casos, se plantearía, bien es cierto las vicisitudes ligadas a la exigibilidad jurídica/jurisdiccional de los contenidos de los códigos de conducta, y que, en suma, plantea necesidades de positivización; que se podrían cubrir mediante el desarrollo de una actividad negocial-convencional en el ámbito de la empresa («el desembarco de la responsabilidad social en la negociación colectiva»<sup>108</sup>) o del grupo de empresa; de suerte que la protección transnacional de los trabajadores desplazados se solventara dentro de la empresa multinacional, o del grupo de empresas. Sin perjuicio de que idéntica solución sería predicable del resto de empresas implicadas en desplazamientos.

### 3. En síntesis: los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados y los límites del Derecho Social

149. En síntesis, a través del análisis de la (in)eficacia de los derechos de seguridad y salud de los trabajadores desplazados en el marco de una PST se ha puesto de manifiesto que, aparentemente, hay una crisis de las Instituciones comunitarias y del propio Derecho Social comunitario que impide que, al margen de las iniciativas en curso parciales y trémulas, se pueda decir que, desde la Directiva 96/71, ha habido muchos avances en materia de desplazamientos transnacionales. Pareciera que son incapaces de articular, tanto nuevos espacios de homogeneización de legislaciones, cuanto nuevos instrumentos de actividad supranacional; relativa a un *ius puniendi* comunitario incluso relativa a instrumentos de reconocimiento mutuo de la actividad punitiva nacional de los distintos Estados.

150. Quizás vaya a resultar que la libertad de prestación de servicios del empresario se ha reputado más potente que la protección de los derechos de los trabajadores desplazados en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, y que las previsiones protectoras, en este caso de la seguridad y salud de los trabajadores, devienen costes sociales *amplo sensu*, que no pueden frenar la actividad económica...

---

<sup>105</sup> En la actualidad aún escasos, por cuanto los compromisos empresariales ligados a la ética empresarial se circunscriben aún a derechos fundamentales clásicos, ligados a la igualdad y no discriminación o al respecto de la dignidad e intimidad de los trabajadores (J. CALVO GALLEGO, *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a las empresas españolas*. Albacete, 2008, pp. 33 y ss.). Algo que resulta paradójico, en la medida en que la base de todos los derechos fundamentales-obligaciones empresariales debiera ser la propia vida e integridad/ salud del trabajador.

<sup>106</sup> J. CALVO GALLEGO, *Códigos éticos y derechos de los trabajadores. Una aproximación a las empresas españolas*. Albacete, 2008, p. 8.

<sup>107</sup> En algunos sectores, como el textil, el químico, el comercio o el transporte, no es inhabitual encontrar como materia preferente de los códigos de conducta la seguridad y salud (R. SASTRE IBARRECHE, «Empresas transnacionales y regulación atípica de condiciones de trabajo». *RGDTSS, Iustel*, 2003, nº 3, p. 13 ([www.iustel.es](http://www.iustel.es))).

<sup>108</sup> Especialmente mediante la transcripción total o parcial de códigos de conducta en un convenio colectivo (L.E. DE LA VILLA GIL, «Acerca de la responsabilidad social corporativa. Algunas consideraciones críticas desde la perspectiva de las relaciones laborales». *RGDTSS, Iustel*, 2008, nº 16, p.8 ([www.iustel.es](http://www.iustel.es))).

# THE RELEVANCE OF DOUBLE NATIONALITY TO CONFLICT-OF-LAWS ISSUES RELATING TO DIVORCE AND LEGAL SEPARATION IN EUROPE

SARA DE VIDO

*Research Fellow in International Law  
Ca' Foscari University, Venice*

Recibido: 26.01.2012 / Aceptado: 03.02.2012

**Abstract:** The number of transnational couples, in which spouses have different nationalities or double nationality, or reside in different States, has been increasing in the last years. The aim of this article is to analyse the issue of double nationality in European family law, limiting the scope of research on matrimonial matters. It will be first argued that double nationality is not a new topic in the European Court of Justice (ECJ) case law, starting from the well-known *Micheletti* judgment. The principle outlined twenty years ago has been recently confirmed in the *Hadadi* case, regarding the determination of the competent court in divorce proceedings, thus in the field of private international law. It will then be analysed whether situations of double nationality are also likely to occur in conflict-of-laws issues. Reference must be made today to EU Regulation no. 1259/2010 on implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation. Since situations of double nationality are probable, three solutions will be envisaged, among which a possible «renewal» of the «effective nationality» principle in EU law. This article will finally argue that nationality, a traditional connecting factor well rooted in civil law countries, still resists and may have an important role in the choice of the applicable law by the parties to a dispute regarding divorce or legal separation.

**Key words:** nationality, divorce and legal separation, applicable law, connecting factors, European Court of Justice.

**Abstract:** Negli ultimi anni, il numero di coppie «transnazionali», ovvero di coppie all'interno delle quali gli sposi hanno diverse nazionalità o doppia nazionalità, o risiedono in Stati differenti, è sensibilmente aumentato. Lo scopo di questo articolo è di analizzare la questione della doppia nazionalità nel diritto dell'Unione europea in materia di famiglia, limitando l'ambito della ricerca ai profili inerenti il divorzio e la separazione personale. La Corte di giustizia ha affrontato negli anni vari casi nei quali veniva sollevato il problema della doppia nazionalità, a partire dalla ben nota sentenza *Micheletti*. Il ragionamento seguito vent'anni fa è stato recentemente confermato nella sentenza del caso *Hadadi*, relativa all'individuazione del giudice competente in un procedimento di divorzio, dunque nel campo proprio del diritto internazionale privato. Nell'articolazione del lavoro, ci si chiederà se situazioni di doppia nazionalità possano emergere anche per profili inerenti la determinazione della legge applicabile ad un caso di divorzio. Il riferimento va fatto oggi al recente regolamento n. 1259/2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Tre soluzioni saranno prospettate, tra cui il possibile riemergere del principio della «nazionalità effettiva» nel diritto UE. L'articolo si conclude argomentando che la cittadinanza, tradizionale criterio di collegamento negli ordinamenti di civil law, nonostante sembri superato dalla nozione di residenza abituale, può al contrario avere ancora un ruolo importante per quanto riguarda la scelta da parte dei

coniugi della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Key words: international sale of goods, principles, interpretation, integration.

**Parole chiave:** cittadinanza, divorzio e separazione personale, legge applicabile, criteri di collegamento, Corte di giustizia.

**Contents:** I. Introduction. II. Double nationality viewed from the standpoint of the European Court of Justice: the lesson of Micheletti. III. ... and Hadadi. IV. The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation. V. Is a renewal of the «effective nationality» principle possible under EU law? VI. A critical look at the recent proposals concerning matrimonial property regimes. VII. Concluding remarks on the role of nationality as a connecting factor.

## I. Introduction

1. In Europe, the number of transnational couples, in which spouses have different nationalities or double nationality, or reside in different States, has been increasing in the last few years due to several factors, among which the free movement of persons and the enlargement of the European Union (EU)<sup>1</sup>. This state of affairs requires a response capable of superseding, or limiting the adverse effects of, the differences existing in legislations of Member States as far as family law is concerned.

The European Union is not vested with a specific competence in family substantive law<sup>2</sup>. Article 81 TFEU provides a legal basis for the development of «judicial cooperation in civil matters having cross-border implications, based on the principle of mutual recognition of judgments», which may include the adoption of measures aimed at ensuring «the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction». Judicial cooperation in civil matters is the object of a concurrent competence. Since family law is a sensitive matter for Member States, para. 3 of article 81 provides that «measures concerning family law with cross-border implications shall be established by the Council, acting in accordance with a special legislative procedure. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> European Commission, *Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters*, COM(2005) 82 final, 14 March 2005, para. 1. Recently, European Commission, *Clearer rules for international couples*, press release, MEMO/10/100, 24 March 2010: «There are around 122 million marriages in the EU, of which around 16 million (13 %) are considered «international» (couples of different nationalities, couples living apart in different countries or living together in a country other than their home country). There were more than 1 million divorces in the 27 EU Member States in 2007, of which 140 000 (13 %) had an «international» element». C. MARGIOTTA/O. VONK, «Doppia cittadinanza e cittadinanza duale: normative degli Stati membri e cittadinanza europea», *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 2010, pp. 13-34, at 15. See also D. KOCHENOV, «Double Nationality in the EU: An Argument for Tolerance», *European Law Journal*, 2011, pp. 323-343, at 327, describing the factors which lead to the multiplication of people with multiple nationality, among which the rise of international migration, international marriages, the grounds on which States attribute nationality to individuals. A deep analysis on the notion of nationality in EU Member States in L. PILGRAM, *International Law and European Nationality Laws*, EUDO Citizenship Observatory, 2011, available at <http://eudo-citizenship.eu/docs/Pilgram.pdf>.

<sup>2</sup> S. M. CARBONE/I. QUEIROLO, «Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva «invasione» degli spazi riservati alla sovranità statale», in S. M. CARBONE/I. QUEIROLO (eds), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 1-27, at 6.

<sup>3</sup> Unanimity was also required before the entry into force of Lisbon Treaty. However, another provision was added by Lisbon Treaty, allowing national Parliaments to block the «family law passerelle»: «The Council, on a proposal from the Commission, may adopt a decision determining those aspects of family law with cross-border implications which may be the subject of acts adopted by the ordinary legislative procedure. The Council shall act unanimously after consulting the European Parliament. The proposal referred to in the second subparagraph shall be notified to the national Parliaments. If a national Parliament makes known its opposition within six months of the date of such notification, the decision shall not be adopted. In the absence of opposition, the Council may adopt the decision» (article 81, para. 3).

Notwithstanding these limits imposed by the Treaty, the European Union law is exercising a growing influence on family law<sup>4</sup>. In matrimonial matters, the European Union has clearly defined its position in view of facilitating the dissolution of marriage (*favor divortii*)<sup>5</sup>.

This paper will explore the relevance of double nationality to the functioning of EU provisions governing conflict-of-laws issues in the field of legal separation and divorce.

## II. Double nationality viewed from the standpoint of the European Court of Justice: the lesson of *Micheletti*

2. The European Court of Justice (ECJ) has often dealt with cases concerning double nationality, starting from the well-known *Micheletti* judgment in 1992. In *Micheletti*<sup>6</sup>, a person with double Argentinean and Italian nationality asked for a permanent residence card in Spain as a Community national. Spanish authorities refused according to Spanish law which, in cases of double nationality, gives priority to the nationality of the last residence, in that case the Argentinean one. The *Tribunal Superior de Justicia of Cantabria* referred a question to the ECJ for a preliminary ruling on the interpretation of some provisions of the then EEC Treaty and of relevant secondary EU legislation<sup>7</sup>. The ECJ held that even though «[u]nder international law, it is for each Member State, having due regard to Community law, to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality», the legislation of a Member State cannot «restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty»<sup>8</sup>.

The ECJ developed an «autonomous» standard which departed from the international notion of «effective nationality» developed by the International Court of Justice in its *Nottebohm judgment*<sup>9</sup>. It is worth pointing out, though, that under international law «effective nationality» comes into play for the purpose of identifying the State entitled to exercise diplomatic protection<sup>10</sup>. On the contrary, in *Micheletti*, what was at

<sup>4</sup> R. LAMONT, «Habitual Residence and Brussels II-bis: Developing Concepts for EU Private International Family Law», *Journal of Private International Law*, 2007, pp. 261-281, at 261. The author underlines the «increasing willingness by the EU to intervene in family law as an aspect of its expanding competence under Title IV of Part III of EC Treaty».

<sup>5</sup> «European integration and the principle of free movement of persons has extensively undermined the principle of the stability of the marriage»: see S. M. CARBONE/I. QUEIROLO, «Unione europea e diritto di famiglia: la progressiva «invasione» degli spazi riservati alla sovranità statale», in S. M. CARBONE/I. QUEIROLO (eds), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 1-27, at 19-20. See also R. BARATTA, «Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia», *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2005, pp. 573-606, at 586. The *favor divortii* is clearly inferable from the ample selection of criteria to establish jurisdiction in the regulation (EC) no. 2201/2003. Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, in O.J. L 338, 23 December 2003, p. 1. See, F. SALERNO, «I criteri di giurisdizione in materia matrimoniale», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84.

<sup>6</sup> Court of Justice, judgment of 7 July 1992, *Mario Vicente Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*, C-369/90, *EC Reports*, 2009, 1992, p. 4239 *et seq.*

<sup>7</sup> Reference was made in particular to articles 3(c), 7, 52, 53 and 56 of the EEC Treaty, and to the Council Directive no. 73/148 of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services (O.J. L 172, 28 June 1973, p. 14).

<sup>8</sup> Court of Justice, *Micheletti*, para. 10. See H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA, «Case C-369/90, M.V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria, Judgment of 7<sup>th</sup> July 1992», *Common Market Law Review*, 1993, pp. 623-637; D. RUZIÉ, «Nationalité, effectivité et droit communautaire», *Revue générale de droit international public*, 1993, pp. 107-120.

<sup>9</sup> International Court of Justice, judgment of 6 April 1995, *Nottebohm, Lichtenstein v. Guatemala*, p. 22: «International arbitrators have decided in the same way numerous cases of dual nationality, where the question arose with regard to the exercise of protection. They have given their preference to the real and effective nationality, that which accorded with the facts, that based on stronger factual ties between the person concerned and one of the States whose nationality is involved. Different factors are taken into consideration, and their importance will vary from one case to the next: the habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, attachment shown by him for a given country and inculcated in his children, etc.» See S. FORLATI, «La cittadinanza nel diritto internazionale», in L. ZAGATO (ed.), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, third edition, Venezia, Cafoscarina, 2011, pp. 65-82. See also, for an analysis of the evolution of the concept of «genuine link», R.D. SLOANE, «Breaking the Genuine Link: The Contemporary International Legal Regulation of Nationality», *Harvard International Law Journal*, 2009, pp. 1-60.

<sup>10</sup> I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Seventh Edition, Oxford, Oxford University Press, 2008, at 407-418.

stake was the exercise of one of the four liberties enshrined in the Treaty of the European Community. The ECJ has consistently supported this view in its following case law<sup>11</sup>. Only recently has double nationality arisen in a decision concerning private international law matters.

### III. ... and *Hadadi*

3. In the *Hadadi* case<sup>12</sup>, decided in 2009, the ECJ had been asked to interpret article 3.1 (b) of Regulation no. 2201/2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility (*Brussels II bis*). According to this provision, nationality of both spouses is one of the grounds of jurisdiction<sup>13</sup>. The case concerned divorce proceedings pending in France between Mr Hadadi and Mrs Mesko in Hadadi. Both spouses had double French and Hungarian nationality and spent all their marital life in France where they emigrated soon after their marriage. In 2002, Mr Hadadi quickly obtained a divorce judgment in Hungary, while Mrs Mesko tried to continue the proceedings started in France. After the Paris Court of Appeal held that the divorce granted by the judgment of Pest Court could not be recognized in France, thus confirming the admissibility of the proceedings started by the wife, Mr Hadadi appealed against the decision before the *Cour de Cassation*.

The French *Cour de Cassation* asked the ECJ whether article 3.1, (b) is «to be interpreted as meaning that, in a situation where the spouses hold both the nationality of the State of the court seized and the nationality of another Member State of the European Union, the nationality of the State of the court seized must prevail». The ECJ held that «the court seized cannot overlook the fact that the

<sup>11</sup> Court of Justice, judgment 2 October 1997, *Saldanha and MTS v. Hiross Holding AG*, C-122/96, *EC Reports*, 1997, p. 5325 *et seq.*, par. 15. See also Court of Justice, judgment 2 October 2003, *Carlos Garcia Avello v. Belgian State*, C-148/02, *EC Reports*, 2003, p. 11613 *et seq.*, par. 28: «That conclusion [the fact that a person, having the nationality of a Member State, although resident in another one, have a link with the Community law, par. 27] cannot be invalidated by the fact that the children involved in the main proceedings also have the nationality of the Member State in which they have been resident since their birth and which, according to the authorities of that State, is by virtue of that fact the only nationality recognised by the latter. It is not permissible for a Member State to restrict the effects of the grant of the nationality of another Member State by imposing an additional condition for recognition of that nationality with a view to the exercise of the fundamental freedoms provided for in the Treaty». On this case, see, among others, C. FIORAVANTI, «Attribuzione del cognome e cittadinanza «comunitaria»: gli effetti, per l'ordinamento italiano, della sentenza Garcia Avello», *Studium Iuris*, 2004, pp. 1180-1185; P. LAGARDE, «Note to Garcia Avello», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2004, pp. 184-202; A. LANG, «Cittadinanza dell'Unione, non discriminazione in base alla nazionalità e scelta del nome», *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, pp. 247-249; G. R. DE GROOT, *Towards European Conflict Rules in Matters of Personal Status*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2004, pp. 115-119; B. CORTESE, «Il rilievo della cittadinanza nel sistema dell'Unione europea: l'interazione tra cittadinanze nazionali e cittadinanza dell'Unione», in L. ZAGATO (ed.), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, third edition, Venezia, Cafoscarina, 2011, pp. 125-144. Recently, the Court confirmed its position in the case *Rottman* (Court of Justice, judgment of 2 March 2010, *Janko Rottman v. Freistaat Bayern*, C-135/08, *EC Reports*, 2010, p. I-1449 *et seq.*), repeating that Member States «have the power to lay down the conditions for the acquisition and loss of nationality» (at par. 39), but they must «have due regard to European Union law» (at par. 45). For the first time, the Court explains what the latter affirmation means: «in respect of citizens of the Union, the exercise of that power, in so far as it affects the rights conferred and protected by the legal order of the Union, as is in particular the case of a decision withdrawing naturalisation such as that at issue in the main proceedings, is amenable to judicial review carried out in the light of European Union law» (para. 48. See, in this sense, M.E. BARTOLONI, «Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso *Rottman*», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, pp. 423-429, at 424, and J. HAYMANN, «De la citoyenneté de l'Union comme révélateur de la nature de l'Union européenne (à propos de l'arrêt Rottman)», *Europe*, 2010, pp. 5-8).

<sup>12</sup> Court of Justice, judgment 16 July 2009, *Laszlo Hadadi (Hadady) v. Csilla Marta Mesko, épouse Hadadi (Hadady)*, C-168/08, *EC Reports*, 2009, p. 6871 *et seq.* See L. TOMASI, «Doppia cittadinanza e giurisdizione in materia matrimoniale nel Reg. n. 2201/2003 (Bruxelles II bis)», *Int. 'l Lis*, 2008, pp. 134-141; V. EGGA, «Compétence européenne: divorce d'époux ayant une double nationalité», *Recueil Dalloz*, 2009, pp. 2106-2107.

<sup>13</sup> Article 3.1 reads as follows: «In matters relating to divorce, legal separation or marriage annulment, jurisdiction shall lie with the courts of the Member State: (a) in whose territory: - the spouses are habitually resident, or - the spouses were last habitually resident, in so far as one of them still resides there, or - the respondent is habitually resident, or - in the event of a joint application, either of the spouses is habitually resident, or - the applicant is habitually resident if he or she resided there for at least a year immediately before the application was made, or - the applicant is habitually resident if he or she resided there for at least six months immediately before the application was made and is either a national of the Member State in question or, in the case of the United Kingdom and Ireland, has his or her «domicile» there; (b) of the nationality of both spouses or, in the case of the United Kingdom and Ireland, of the «domicile» of both spouses».

individuals concerned hold the nationality of another Member State», as the spouses would otherwise be precluded «from relying on Article 3.1 (b) of that regulation before a court of the Member State addressed in order to establish the jurisdiction of the courts of another Member State, even though those persons hold the nationality of the latter State»<sup>14</sup>. In other words, the two common nationalities of the spouses are equivalent for the purpose of jurisdiction. The ECJ further clarified in this connection that «there is nothing in the wording of Article 3.1 (b) to suggest that only the ‘effective’ nationality can be taken into account in applying that provision»<sup>15</sup>.

In the Court’s view, this situation may favour «forum shopping», inducing the spouses to «rush to the Court» in order to have the most convenient law applied<sup>16</sup>. This is one of the reasons which supports the necessity of a regulation dealing with conflict-of-laws issues. The *Hadadi* judgment, though limited to adjudicatory jurisdiction, may be considered a confirmation of the reasoning followed by the ECJ in previous judgments. The European Union cannot affect the grounds on which Member States attribute nationality to an individual. Once the nationality of a Member State is acquired, however, a person benefits from the rights and guarantees derived from European Union law. Moreover, in the case of nationality of both a Member State and a non Member State, it seems that citizenship of the Union exerts a sort of «force of attraction»: the acquisition of the nationality of a Member State is sufficient to include a person among the European Union citizens, even though he/she maintains significant relations with a non-European State<sup>17</sup>.

A question naturally arises following the reasoning of the ECJ in *Hadadi*. Should the principle of «equality» of the Member States’ nationalities, as developed for jurisdictional purposes, equally apply to *conflict-of-laws issues* regarding matrimonial matters? In fact, while rules on jurisdiction may well designate the courts of different States as possessing «concurrent» jurisdiction, the «cumulative» designation of two or more national laws for the purpose of substantively regulating one and the same situation – although it is not unknown – may lead to practical problems and ultimately result in unpredictable outcomes<sup>18</sup>.

#### IV. The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation

4. In order to answer this question, the first step is to understand whether the problem of double nationality may also arise for the purpose of applicable law.

Reference must be made today to the Regulation no. 1259/2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation<sup>19</sup>. As it is well known, this regu-

<sup>14</sup> Court of Justice, *Hadadi*, par. 41.

<sup>15</sup> Court of Justice, *Hadadi*, par. 51. The reasoning of the Court was in line with the Opinion of Advocate General Kokott, delivered on 12 March 2009. Even though the Advocate General recognized «the principle of the priority of the more effective nationality», which «has long been recognised in international law, where it affects the right of States to afford diplomatic protection» (par. 52 of the Opinion), he affirmed that «if, in the case of persons of dual nationality, account were taken only of the more effective nationality in the context of Article 3(1)(b), this would lead to a restriction of choice. As habitual residence would be of fundamental importance in determining the more effective nationality, the forum of jurisdiction under Article 3(1) (a) and (b) would often be the same. In the case of persons of dual nationality, this would lead in practice to an order of precedence of the grounds of jurisdiction in subparagraphs (a) and (b), which is precisely what is not wanted. Conversely, a couple with only one common nationality could still seise the courts in their home State even if they had long ceased to be habitually resident there and now had only limited real contact with that State» (par. 59).

<sup>16</sup> J. MEEUSEN, «Concorrenza tra sistemi in materia familiare», in S. BARIATTI/C. RICCI (eds), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III*, Padova, Cedam, 2007, pp. 115-164, at 151.

<sup>17</sup> In this sense, B. NASCIBENE, *Nationality Laws in the European Union*, Milano, Giuffrè, 1996, at 4. «The mere holding of the nationality of Member States is, after all, sufficient to exclude any relevance of the nationality of a third State, without any distinction between present nationality held, and with no further conditions being imposed to this effect, such as the usual residence of the subject». Cf. J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union européenne», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010, pp. 427-456 at 442; S. CORNELOUP, «Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité», *Journal de droit international*, 2011, pp. 492-516, at 499: according to the author, the European Court of Justice has adopted a functional approach as far as the conflict of nationalities is concerned, which means that it gives priority to the nationality which allows a person to benefit from the fundamental freedoms granted by the Treaties.

<sup>18</sup> See P. FRANZINA, «The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 85-129, at 116.

<sup>19</sup> Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, in O.J. L 343, 29 December 2010, p. 10.

lation is the outcome of the problematic negotiating process started from the Commission proposal of 2006<sup>20</sup>. The regulation has been adopted following the procedure provided for «enhanced cooperation»<sup>21</sup>. Fourteen States have joined it so far<sup>22</sup>. Open to all Member States, this legal instrument has in its objective the creation of a «clear, comprehensive legal framework in the area of the law applicable to divorce and legal separation in the participating Member States, provide citizens with appropriate outcomes in terms of legal certainty, predictability and flexibility, and prevent a situation from arising where one of the spouses applies for divorce before the other one does in order to ensure that the proceeding is governed by a given law which he or she considers more favourable to his or her own interests»<sup>23</sup>. The regulation will be applicable to legal proceedings related to divorce or legal separation instituted as of 21 June 2012<sup>24</sup>. The regulation employs habitual residence as its main connecting factor. However, nationality still plays an important role. Under article 5, the spouses are allowed to choose<sup>25</sup>, *inter alia*, the law of the State of either of the spouses at the time the agreement is made<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> Proposal for a Council regulation amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters, COM(2006) 399 final, 17 July 2006. A comment in B. NASCIMBENE, «Revisione del regolamento Bruxelles II (n. 2201/2003) e libera circolazione delle persone», *Int. 'l Lis*, 2008, pp. 57-61; ID, «Competenza giurisdizionale e legge applicabile in materia matrimoniale: verso un regolamento Roma III?», *Famiglia e Diritto*, 2009, pp. 529-535; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, pp. 36-71. To prevent «rush to court», the Commission recognized a significant autonomy to the parties of the dispute, who may choose – although into a limited range of connecting factors – the applicable law to their divorce or legal separation. In the absence of choice, the Commission introduced a «cascade» of four connecting factors, in order to identify the law which is more linked to the couple (article 20b of the proposal): the common habitual residence of the spouses; the last common habitual residence insofar one of the spouses still resides there; common nationality or domicile (in the case of United Kingdom and Ireland); *lex fori*.

Two years after the proposal, the Justice and Home Affairs Council noted that there were difficulties in reaching unanimity and that the objectives of Rome III «could not be attained within a reasonable period by Common law applying the relevant provisions of the Treaties» (JHA Council Meeting 2873, 6-6 June 2008, C/08/146). Common law countries were especially reluctant to adhere. On the negative impact of European family law policy in English and Irish Law, very critical on the EU proposal, see for example M. NÍ SHÚILLEABHÁIN, «Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections From a Common Law Perspective», *ICLQ*, 2010, pp. 1021-1053.

<sup>21</sup> Council Decision no. 2010/405, 12 July 2010, authorizing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, in O.J. L 189, 22 July 2010, p. 12. See A. FIORINI, «Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation – Enhanced Cooperation as the Way Forward?», *ICLQ*, 2010, pp. 1143- 1158; O. LOPES PEGNA, «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profile problematici», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 126-139; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, at 441 et seq. It is the first example of enhanced cooperation in the European Union. See F. POCAR, «Brevi note sulle cooperazioni rafforzate e il diritto internazionale privato europeo», *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 2011, pp. 297-306, and I. OTTAVIANO, «La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali», *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, pp. 113-144.

<sup>22</sup> Belgium, Bulgaria, Germany, Greece, Spain, France, Italy, Latvia, Luxembourg, Hungary, Malta, Austria, Portugal, Romania and Slovenia. Greece then withdrew its request. Thirteen Member States did not enter the enhanced cooperation, although in the future they may decide to opt in. The reasons why they did not participate in the enhanced cooperation are different: some States have a historic application of the *lex fori* (UK, Ireland, Cyprus, The Netherlands), others consider the right to divorce as a fundamental right (Sweden, Finland), others for political decisions (Czech Republic, Estonia, Lithuania, Poland, Slovakia). See K. BOELE-WOELKI, «FOR BETTER FOR WORSE: THE EUROPEANIZATION OF INTERNATIONAL DIVORCE LAW», *YEARBOOK OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW*, 2010, pp. 1-26, at 11.

<sup>23</sup> Preamble of Regulation no. 1259/2010, recital 6.

<sup>24</sup> Article 18 of the Regulation no. 1259/2010.

<sup>25</sup> On the choice of law in family matters, see M. PERTEGÁS, «Beyond Nationality and Habitual Residence: Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters», in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, F. SWENNEN (eds), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, pp. 321-340, at 331 et seq.; F. POCAR, «Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», in S. BARIATTI (ed.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007, 267-278, at 275; P. FRANZINA, «L'autonomia della volontà delle parti nel regolamento sui conflitti di legge in materia di separazione e di divorzio», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, pp. 488-496, at 489; T.M. YETANO, «The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law», *Journal of Private International Law*, 2010, pp. 155-193; I. VIARENGO, «Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2011, pp. 601-624, at 610. Party autonomy has developed in contract law. See, among others, G. CARELLA, *Autonomia della volontà e scelta di legge nel diritto internazionale privato*, Bari, Cacucci, 1999; F. MARRELLA, «Funzione ed oggetto dell'autonomia della volontà nell'era della globalizzazione del contratto», in N. BOSCHIERO (ed.) *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 15-66.

<sup>26</sup> See article 5 of Regulation no. 1259/2010: «1. The spouses may agree to designate the law applicable to divorce and

In the absence of choice, article 8 lays down a «cascade» of four objective connecting factors: habitual residence of the spouses at the time the court is seized, or, failing that, last habitual residence (provided that the period of residence did not end more than one year before the court was seized) insofar one of the spouses still resides in that State, or, failing that, nationality of both spouses, or, failing that, *lex fori*<sup>27</sup>.

Common double nationality may cause some problems when the first two connecting factors fail<sup>28</sup>. At first sight, common habitual residence and the last common habitual residence seem to be the connecting factors applicable in the majority of cases. Nevertheless, an hypothetical situation may be envisaged: it may be that two spouses have a common residence in an EU Member State, where they moved from their Member State of origin soon after the marriage. Let us imagine that they hold the nationality of the State where they were born and that they also have the nationality of the State of residence. Let us further imagine that, after some years, one of the spouses moves abroad, leaving the marital house, whereas the other one returns to his/her State of origin. Subsequently, the spouses agree to start divorce proceedings before the Court of the State (bound by the *Rome III* regulation) where one of them is habitually resident. The seized court must determine the applicable law in accordance with Regulation no. 1259/2010. The first two connecting factors cannot be resorted to. The third connecting factor operates, but the common nationality is double. Considered the evolution of European society and the fact that people move frequently from one State to the other, this situation does not seem so uncommon. Which law will the judge apply, since nationalities are considered equivalent as said by the ECJ for the grounds of jurisdiction?

## V. Is a renewal of the «effective nationality» principle possible under EU law?

### 5. Three solutions might be envisaged.

- a) First of all, the preamble of Regulation no. 1259/2010, although not mentioning «dual common nationality», specifies that «where this Regulation refers to nationality as connecting factor for the application of the law of a State, the question of how to deal with cases of multiple nationality should be left to national law, in full observance of the general principles of the European Union»<sup>29</sup>. For example, in Italy, article 31 of the 1995 Italian law of private international law provides that divorce is regulated by the common national law of the spouses at the moment of the divorce and, failing that, by the law of the State where the «familiar life» is «predominantly localized»<sup>30</sup>. The latter connecting factor may be also used, although

---

legal separation provided that it is one of the following laws: (a) the law of the State where the spouses are habitually resident at the time the agreement is concluded; or (b) the law of the State where the spouses were last habitually resident, in so far as one of them still resides there at the time the agreement is concluded; or (c) the law of the State of nationality of either spouse at the time the agreement is concluded; or (d) the law of the forum. 2. Without prejudice to paragraph 3, an agreement designating the applicable law may be concluded and modified at any time, but at the latest at the time the court is seized. 3. If the law of the forum so provides, the spouses may also designate the law applicable before the court during the course of the proceeding. In that event, such designation shall be recorded in court in accordance with the law of the forum». A comment on article 5 in G. BIAGIONI, «Art. 5», in P. FRANZINA (ed.), «Commentario al Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, pp. 1470-1484.

<sup>27</sup> A comment on article 8 in Z. CRESPI REGHIZZI, «Art. 8» in P. FRANZINA (ed.), «Commentario al Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, pp. 1491-1501.

<sup>28</sup> If only one of the spouses have double nationality, the common nationality prevails in order to identify the applicable law.

<sup>29</sup> Preamble of regulation no. 1259/2010, recital 22.

<sup>30</sup> Article 31 of the Italian Law on Private International Law (law no. 218/1995): «1. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio; in mancanza si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata. 2. La separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana». The first connecting factor is the common nationality of the spouses, failing that, the law of the State where the marital life has been predominantly localized. Insofar legal separation and divorce are not provided for by the foreign law, they will be regulated by the Italian law.

the law is silent on this point, when the spouses have more than one common nationality<sup>31</sup>. If one of the common nationalities is Italian, this one prevails according to the position of some authors interpreting the law no. 218/1995<sup>32</sup>. Article 19, par. 2, of the same law, provides that, if a person has more than one nationality, the applicable law is the law of the State to which the person is most closely connected; however, the Italian nationality prevails if it is among such nationalities<sup>33</sup>. This approach is not acceptable whenever the nationalities at stake are those of two or more EU Member States<sup>34</sup>. The case law of the ECJ, as it has been described above, seems clear in this respect: nationalities of two different Member States must be placed on an equal footing and one Member State cannot give preference to one nationality instead of the other, e.g. on the ground that it is the nationality of the forum State<sup>35</sup>. The case is different when the two common nationalities in question are those of a non EU Member State: in this case, the rules of the forum giving preference to one nationality are applicable<sup>36</sup>.

- b) Secondly, failing the first two connecting factors of article 8, it may be easily concluded that the court should apply his/her own law, considered that the successive connecting factor is *lex fori*<sup>37</sup>. This solution appears to be the easiest and the most practical one. However, while it is true that spouses often seize the court of a given State on the ground of convenience (including economic convenience)<sup>38</sup>, this does not mean that the parties want the *lex fori* to apply<sup>39</sup>.
- c) Thirdly, it is argued that there is a possibility for a renewal of the «effective nationality» principle, as known in public international law. Thus, in order to determine the applicable law in case of double nationality, the court might scrutinise which nationality is «more effective»<sup>40</sup>.

<sup>31</sup> In this sense, R. CLERICI, «Articolo 31», in A. ZACCARIA (ed.), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2011, pp. 2892-2898, at 2893.

<sup>32</sup> R. CLERICI, «Articolo 31, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale private, legge 31 maggio 1995 no. 218», *Rivista di diritto internazionale privato processuale*, 1995, pp. 1071-1078, at 1075, according to which «non dovrebbero sussistere dubbi, riguardo all'articolo 31, comma 1, circa la prevalenza della cittadinanza italiana sulle altre concorrenti alla stregua di quanto dispone l'articolo 19 comma 2». See also B. NASCIBENE, «Divorzio e diritto internazionale privato», in R. BARATTA (ed.), *Dizionari del Diritto Privato – Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 156-169, at 160.

<sup>33</sup> Article 19.2 of the Italian law is applicable, however, insofar the conflict of law rule designate the national law of a single person and not the common national law of two spouses. See in this sense, R. CLERICI, «Articolo 19», in A. ZACCARIA (ed.), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2011, pp. 2870-2873, at 2873.

<sup>34</sup> In this sense, I. VIARENGO, «Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 2011, pp. 601-624, p. 620, and R. CLERICI, «Articolo 19», in A. ZACCARIA (ed.), *Commentario breve al diritto di famiglia*, Padova, Cedam, 2011, pp. 2870-2873, at 2872.

<sup>35</sup> D. MARTINY, «Objectives and Value of Private International Law in Family Law», in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, F. SWENNEN (eds), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, pp. 69-99, at 87: «A simple preferential treatment of the nationality of the *lex fori* would be discriminatory». See also F. MOSCONI/C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, V ed., Milano, Utet, 2010, at 205.

<sup>36</sup> J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010, pp. 427-456, at 454.

<sup>37</sup> The *lex fori* doctrine is traditionally followed, *inter alia*, in Common law countries.

<sup>38</sup> K. BOELE-WOELKI, «For Better for Worse: the Europeanization of International Divorce Law», *Yearbook of Private International Law*, 2010, pp. 1-26, at 14.

<sup>39</sup> See A. BUCHER, «La famille en droit international privé», *RCADI*, 2000, pp. 9-186, at 35: «la priorité donnée à la nationalité de l'Etat du for introduit un élément de souveraineté au détriment de l'intérêt personnel à un rattachement traduisant l'appartenance effective à l'un de ses Etats nationaux». On the pros and cons of the *lex fori* approach, see P. FRANZINA, «The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 85-129, at 93-96. According to J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010, pp. 427-456, at 454, «la nette prépondérance de la loi du for qui s'exprime dans les dispositions du droit international privé des Etats membres réglant les conflits de lois constitue une discrimination sans équivoque exercée en raison de la nationalité».

<sup>40</sup> See S. CORNELOUP, «Réflexion sur l'émergence d'un droit de l'Union européenne en matière de nationalité», *Journal de droit international*, 2011, pp. 492-516, at 512: «l'attachement à la nationalité effective nous semble *a priori* constituer la meilleure solution»; and Z. CRESPI REGHIZZI, «Art. 8» in P. FRANZINA (ed.), «Commentario al Regolamento UE n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale», *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, pp. 1491-1501, at 1501: «Ne discende che, laddove i soggetti possiedono più cittadinanze comuni, si dovrà ricercare, alla luce degli elementi concreti di ogni singolo caso,

Truly enough, nationality is still a prerogative of Member States and the ECJ, as demonstrated in *Hadadi*, seems to be extremely cautious in this respect<sup>41</sup>. At the same time, it is far from being certain that the «*Hadadi* principle», concerning matters of jurisdiction, is transferrable *sic et simpliciter* to the designation of the applicable law. *Hadadi* concerned jurisdiction: the powers of Member States were at stake. An useful clarification might hopefully come from the ECJ, stating whether, and subject to which accommodations, conflict-of-laws issues in the field of matrimonial matters should be decided in accordance with the «*Hadadi* principle» or whether the notion of «effective nationality» may have a role to play<sup>42</sup>.

## VI. A critical look at the recent proposals concerning matrimonial property regimes

6. All the three possible scenarios just envisaged seem however weak and do not provide for predictable solutions. The future evolution of EU private international law in family matters may give a clearer answer to the issue of double nationality, meanwhile confirming the aversion to the effective nationality principle. In the proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes<sup>43</sup> (COM (126) 2011), party autonomy in the choice of law is assured, confirming an explicit trend in the evolution of European private international law<sup>44</sup>. In the absence of choice of law, the Commission lists three successive connecting factors: «(a) the law of the State of the spouses' first common habitual residence after their marriage or, failing that, (b) the law of the State of the spouses' common nationality at the time of their marriage or, failing that, (c) the law of the State with which the spouses jointly have the closest links, taking into account all the circumstances, in particular the place where the marriage was celebrated» (article 17). It has then to be observed that the successive paragraph of the article specifies that «Paragraph 1(b) shall not apply if the spouses have more than one common nationality».

First of all, when more than one common nationality exists, the Commission proposal is clearly not in favour of a renewal of the «effective nationality» principle, in line with the ECJ jurisprudence. It does not thus surprise the formulation of article 17. What is more interesting, however, is that the Commission decided in the proposal to change the last connecting factor, which was the *lex fori*, introducing the «closest link», a notion which was particularly used in the field of contractual obligations. The closest link has to be found by the judge «taking into account all the circumstances», in particular the place where the marriage was celebrated. This connecting factor may – or most often may not – find the applicable law in the law of the State of common nationality. Even though the proposal refers to matrimonial property regimes, it seems that European institutions are trying to find a common approach

---

quella con cui i coniugi risultino maggiormente collegati».

<sup>41</sup> Against the effective nationality approach, see P. FRANZINA, «The Law Applicable to Divorce and Legal Separation Under Regulation (EU) no. 1259/2010 of 20 December 2010», in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 85-129, at 117. In favour, see P. HAMME, «Le nouveau règlement (UE) n. 1259/2010 du 20 Décembre 2010, mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338, at 328.

<sup>42</sup> Referring to the *Rome III* proposal, see J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/F. SEATZU, «La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di Regolamento Roma III», *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 49-77, at 69. According to the authors, in case of double or multiple nationality, it could be opportune to apply the national law which is the most strictly connected to the case.

<sup>43</sup> Proposal for a Council regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM (2011) 126 final, 16 March 2011. On the fact that EU legislation separates three different aspects of divorce, i.e. decree, maintenance and matrimonial property and, as a consequence, ignores the ties between these three events, see M. HARDING, «The Harmonisation of Private International Law in Europe: Taking the Character Out of Family Law?», *Journal of Private International Law*, 2011, pp. 203-229.

<sup>44</sup> Article 16 of the proposal reads: «The spouses or future spouses may choose the law applicable to their matrimonial property regime, as long as it is one of the following laws: (a) the law of the State of the habitual common residence of the spouses or future spouses, or (b) the law of the State of habitual residence of one of the spouses at the time this choice is made, or (c) the law of the State of which one of the spouses or future spouses is a national at the time this choice is made».

for the purpose of dealing with family law matters. This is the reason why the evolution reflected in the aforementioned proposal is of extreme interest.

The solution suggested by the Commission in the recent proposal allows to overcome the limits inherent to the choice of *lex fori* as applicable law and the affirmation contained in the preamble of regulation no. 1259/2010 that gives priority to what national laws provide as far as double nationality is concerned.

It will be interesting to analyse the concrete application of regulation no. 1259/2010 and the possible clarification coming from the ECJ in future judgments, answering a question for a preliminary ruling referred to it by a national court. In case of double nationality, will the Court return the case to the national judge for a solution in accordance with the national law, provided the respect of EU law? Or will it be rather in favour of the application of the *lex fori*, considering that the effective nationality principle does not seem in line with ECJ case law<sup>45</sup>?

A final question still remains: what is the future of the nationality as a connecting factor (and thus of the Mancinian theory of nationality)<sup>46</sup>?

## VII. Concluding remarks on the role of nationality as a connecting factor

7. Even in a matter so sensitive as family law, nationality has acquired a subordinated position compared to «habitual residence»<sup>47</sup>. This is a different approach compared to the one followed by most Member States, e.g. Italy.

Considering the evolution of European Union law, a new solution might be envisaged in the forthcoming private international law instruments: reference to nationality should be confined to situations where the parties may choose the law governing their relationship, and be one of the options granted to the parties. The *objective determination of the applicable law would therefore be left to factors other than common nationality, such as habitual residence, or the place where the marriage is celebrated*<sup>48</sup>. By the way, some of these «codified» connecting factors may well correspond to the standards according to which the «effective» or «more significant» nationality would normally be identified: this would possibly overcome the difficulties inherent to situations where the spouses have more than one common nationality, without the possible ambiguities of the largely discretionary notion of «effective» nationality.

In the end, the unification of private international law in family matters in Europe remains a difficult task, due to the marked differences between the substantive and conflict-of-laws legislations (and traditions) of Member States. Enhanced cooperation, as the Rome III regulation shows, may be a

<sup>45</sup> «To be realistic, a more constructive alternative, the only conflicts rule that meets all the conditions, is the one referring to forum law»: in T.M. DE BOER, «The Second Revision of the Brussels II Regulation: Jurisdiction and Applicable Law», in K. BOELE-WOELKI/T. SVERDRUP (eds), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp, Intersentia, 2008, pp. 321-341, at 339-340.

<sup>46</sup> E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», in *RCADI*, 1995, pp. 9-267; E. JAYME (ed.), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti, Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, Giappichelli, 2000; F. MOSCONI, «Sul criterio della cittadinanza: da Mancini ai giorni nostri», *Rivista Diritto Internazionale Privato Processuale*, 2011, pp. 634-641. On the role of nationality in Italian Private International Law and its evolution, see A. PIETROBON, «Cittadinanza e legge applicabile: crisi di una tradizione?», in L. ZAGATO (ed.), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, third edition, Venezia, Cafoscarina, 2011, pp. 85-110, at 87-90.

<sup>47</sup> The habitual residence is considered by EU a «more flexible» connecting factor, «an appropriate response to the needs of a mobile Europe». See V. GAERTNER, «European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): an Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters Against the Background of Private International Law Developments», *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 99-136, at 128. The author also analyses pros and cons of the two traditional approaches existing in EU Member States: the *lex fori* doctrine (in Common law countries) and the nationality principle (in Civil law countries). See also M. NI SHÚILLEABHÁIN, «Ten Years of European Family Law: Retrospective Reflections from a Common Law Perspective», *ICLQ*, 2010, pp. 1021-1053, at 1037, arguing that EU family law measures are negative for English and Irish law in this field. Indeed, concerning applicable law in divorce proceedings, «when English Courts have themselves assumed jurisdiction, they have never applied any other divorce law than that of England»: L. COLLINS (ed.), *The Conflict of Laws*, London, Sweet & Maxwell, 2006, at 877. See also, A. PIETROBON, «Cittadinanza e legge applicabile: crisi di una tradizione?», in L. ZAGATO (ed.), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, third edition, Venezia, Cafoscarina, 2011, pp. 85-110, at 101-102.

<sup>48</sup> Although the place where the marriage is celebrated may have no connections with the spouses.

practically useful response to this situation<sup>49</sup>, even though the *lex fori still plays a role as a last connecting factor (and not, as it could have been, as a residual connecting factor)*<sup>50</sup>.

This does not mean, however, that nationality has completely lost its role in private international law<sup>51</sup>: properly employed it may still contribute meeting the new challenges posed by a diversified and growingly complex European society.

---

<sup>49</sup> This is also the view of A. FIORINI, «Harmonizing the Law Applicable to Divorce and Legal Separation – Enhanced Cooperation as the Way Forward?», *ICLQ*, 2010, pp. 1143- 1158, at 1157.

<sup>50</sup> In this sense, M. PERTEGÁS, «Beyond Nationality and Habitual Residence: Other Connecting Factors in European Private International Law in Family Matters», in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, F. SWENNEN (eds), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, pp. 321-340, at 325. See also F. POCAR, « Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», in S. BARIATTI (ed.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Giuffrè, 2007, 267-278», at 274. The author points out that an approach in favour of the *lex fori* implies that the norms providing for different grounds of jurisdiction still have a predominant role.

<sup>51</sup> A. PIETROBON, «Cittadinanza e legge applicabile: crisi di una tradizione?», in L. ZAGATO (ed.), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, third edition, Venezia, Cafoscarina, 2011, pp. 85-110? », at 107: according to the author, the Mancinian tradition is not lost, because the «sense of belonging», fundamental element of the Mancinian idea of nationality, is still relevant, although referred to the residence. See also J. BASEDOW, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010, pp. 427-456, at 448. According to the author, «le recours à la nationalité ne peut pas être complètement supprimé», thus this connecting factor could be an «élément important du lien de proximité».

VARIA

# LOS BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE PARTICIPACIÓN TRAS EL FALLECIMIENTO DEL AUTOR (STJUE de 15 abril 2010, caso *Fundación Gala-Salvador Dalí*)\*

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

*Profesora titular interina de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 14.01.2012 / Aceptado: 23.01.2012

**Resumen:** El artículo 6 de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, establece que el derecho de participación se deberá al autor de la obra y, en caso de fallecimiento de éste, a sus derechohabientes. Este trabajo examina la Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de abril de 2010, en la que el Tribunal señala que el art. 6 de la Directiva no impide que el Derecho de un Estado miembro admita como beneficiarios del mencionado derecho únicamente a los herederos forzosos.

**Palabras clave:** Directiva 2001/84/CE, derecho de participación, autor, obra de arte original, heredero.

**Abstract:** Article 6 of Directive 2001/84/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the resale right for the benefit of the author of an original work of art, provides that the royalty shall be payable to the author of the work and after his death to those entitled under him or her. This study analyses the Judgment of the Court (Third Chamber) of 15 April 2010, where the Court states that Article 6 must be interpreted as not precluding a provision of national law which reserves the benefit of the resale right to the artist's heirs at law alone.

**Key words:** Directive 2001/84/EC, resale right, author, original work of art, heir.

**Sumario:** I. Hechos. II. Nociones previas. 1. El derecho de participación. 2. Beneficiarios del derecho de participación. III. Las cuestiones prejudiciales. 1. El concepto de beneficiario en el Derecho de los Estados miembros. A) La Ley aplicable al concepto de beneficiario. B) El concepto de beneficiario del derecho de participación tras el fallecimiento del autor en los Derechos internos 2. Las disposiciones transitorias de los arts. 8.2 y 8.3 de la Directiva.

## I. Hechos

1. El caso objeto de nuestro estudio se suscita con motivo de la determinación de los sujetos que tienen la condición de beneficiarios del derecho de participación percibido por la reventa de las obras del pintor SALVADOR DALÍ<sup>1</sup>.

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación DER2010-18064, titulado «El nuevo orden de la cooperación internacional para la preservación de la diversidad cultural a la luz del Convenio de la Unesco de 2005. Referencia particular a España». Este estudio fue realizado por la autora durante una estancia de investigación en la *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, bajo la dirección del Prof. Dr. DÁRIO MOURA VICENTE, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a quien la autora desea transmitir su agradecimiento por su ayuda y hospitalidad. Dicha estancia fue financiada gracias a las «Becas Iberoamérica Jóvenes Profesores Investigadores 2011, Santander Universidades».

La autora desea también dar las gracias al Prof. Dr. JOSE DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Professor Jubilado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; al Prof. Dr. LUIS MENEZES LEITÃO, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; al Prof. Dr. JOSE ALBERTO VIEIRA, Prof. Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; y, en general, a la *Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*.

<sup>1</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p.

2. Habiendo fallecido el pintor en 1989, resulta necesario describir, en primer lugar, los aspectos fundamentales de la sucesión de aquél.

Cuando el pintor fallece, se dice que existen cinco herederos forzosos –que son parientes colaterales de aquél– y un testamento otorgado en 1982, en el que el autor hace constar que se designa al Estado español «heredero universal e incondicional de todos sus bienes, derechos y creaciones artísticas, rogándole encarecidamente que conservara, difundiera y protegiera sus obras de arte»<sup>2</sup>. Habiendo sido designado el Estado español como heredero universal, éste aceptó la herencia, encomendando la administración y explotación de los derechos al Ministerio de Cultura español<sup>3</sup>. El Ministerio de Cultura, a su vez, delegó la administración y explotación en una fundación española que fue constituida en el año 1983 –la Fundación Gala-Salvador Dalí–<sup>4</sup>.

A continuación, en 1997, la citada Fundación designó como mandatario para la gestión colectiva y ejercicio de los derechos de autor –con carácter exclusivo y a nivel mundial– a la sociedad española Visual Entidad Gestión de Artistas Plásticos (en adelante, VEGAP)<sup>5</sup>. Esta sociedad suscribió un contrato de representación recíproca con una sociedad francesa –Société des auteurs dans les arts graphiques et plastiques, en adelante, ADAGP–, en virtud del cual ésta última se encargaba de gestionar los derechos de autor en territorio francés desde el 17 de octubre de 1997<sup>6</sup>.

3. Por lo tanto, resultan relevantes en el caso que nos ocupa los siguientes sujetos:

- a) El Estado español, como heredero universal de todos los bienes, derechos y creaciones artísticas del causante.
- b) La Fundación Gala-Salvador Dalí, como administradora de los derechos del autor.
- c) VEGAP, como ente al que la Fundación Gala-Salvador Dalí encomendó la gestión de los derechos del autor.
- d) ADAGP, como gestora –en virtud del contrato suscrito con VEGAP– de los derechos del autor en territorio francés.
- e) Los cinco herederos forzosos.

4. El procedimiento seguido en la gestión de los derechos del autor era el siguiente: ADAGP recaudaba los derechos de explotación, procediéndose al abono de los mismos a la Fundación Gala-Salvador Dalí a través de VEGAP.

Entre los mencionados derechos abonados a la Fundación Gala-Salvador Dalí no se encontraba incluido el denominado *derecho de participación*. La justificación de esta exclusión residía en que ADAGP se encargaba de abonar las cantidades correspondientes al derecho de participación directamente a los herederos forzosos. Así, ADAGP estaba aplicando el Derecho interno francés, en virtud del cual el derecho de participación corresponde a los mencionados herederos.

I-03091. Sobre esta Sentencia, vid. los comentarios realizados por V. BELLANI, «Diritto de autore su vendita successiva di opera d'arte. Vendita in paese diverso da quello dell'autore. Diritti degli eredi o dei legatari. Corte di Giustizia delle Comunità Europee. II Sezione. 15 aprile 2010. Fundación Gala S. Dalí e Vegap c. Adagp», *Il diritto di autore. Rivista trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori*, año LXXXI, núm. 3, julio-septiembre 2010, pp. 314-321; A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, pp. 263-269; P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, pp. 123-132.

<sup>2</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091. Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 123.

<sup>3</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 24.

<sup>4</sup> *Ibidem*, apartado 24.

<sup>5</sup> *Ibidem*, apartado 25.

<sup>6</sup> *Ibidem*, apartado 25. Con respecto a la legitimación para reclamar el derecho de participación, vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 131).

5. El litigio se suscita cuando la Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP acuden a los tribunales franceses para reclamar a ADAGP el pago de las cantidades correspondientes al derecho de participación. Así, como demandantes intervienen la Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP; y, como demandada, ADAGP, que instó la intervención en el litigio de los herederos forzosos del artista.

## II. Nociones previas

### 1. El derecho de participación

6. En el ámbito comunitario, el derecho de participación se encuentra regulado por la *Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original* (en adelante, Directiva 2001/84)<sup>7</sup>.

7. El derecho de participación es un derecho inalienable e irrenunciable, en virtud del cual, el autor de una obra de arte original tiene derecho a percibir un porcentaje del precio de la obra en cualquier reventa de la misma –excluyendo por lo tanto la primera cesión realizada por el autor–, en la que participen profesionales del mercado del arte como vendedores, compradores o intermediarios (art. 1.1 y 2 Directiva 2011/84)<sup>8</sup>. Nos encontramos así ante una figura que, en la línea del art. 6 de la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecha en París el 20 de octubre de 2005*, protege y promueve la diversidad de las expresiones culturales mediante el respaldo y apoyo a los artistas<sup>9</sup>.

### 2. Beneficiarios del derecho de participación

8. El beneficiario del derecho de participación es el autor de la obra y, en caso de fallecimiento del mismo, los derechohabientes del autor (art. 6.1 Directiva 2011/84).

9. Existe una disposición de Derecho transitorio en el art. 8 de la Directiva 2011/84, por la que los derechohabientes pueden verse afectados. Así, para los Estados miembros que en la fecha de entrada en vigor de la Directiva –la cual tuvo lugar el día de su publicación en el *DOCE*– no aplicaran el derecho de participación, se contempla en su art. 8.2 que no estarán obligados, hasta el 1 de enero de 2010, a reconocer tal derecho a los derechohabientes del artista tras su fallecimiento. Además, se contempla para tales Estados miembros, en su art. 8.3, un plazo adicional de una duración máxima de dos años, antes de que sea obligatorio aplicar el derecho de participación a los derechohabientes, para permitir una adaptación gradual a la regulación de este derecho en la Unión Europea.

## III. Las cuestiones prejudiciales

### 1. El concepto de beneficiario en el Derecho de los Estados miembros

10. Como hemos expuesto con anterioridad, ADAGP estuvo abonando las cantidades correspondientes al derecho de participación directamente a los herederos forzosos del pintor, con base en el Derecho

<sup>7</sup> *DOCE* núm. L 272, de 13 octubre 2001, pp. 32 y ss.

<sup>8</sup> Para la determinación de las cantidades a percibir en concepto de derecho de participación, vid. art. 4 Directiva 2011/84.

<sup>9</sup> Instrumento de ratificación de la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales*, hecha en París el 20 de octubre de 2005, *BOE* núm. 37, de 12 febrero 2007, p. 6069. Vid. el análisis de la Convención realizado por B. BARREIRO CARRIL, *La diversidad cultural en el Derecho internacional: la Convención de la UNESCO*, Iustel, 2011, 365 p.

interno francés<sup>10</sup>. Por ello, se plantea ante el Tribunal de Justicia si es compatible el Derecho interno francés con el art. 6.1 de la Directiva 2011/84 que, como hemos señalado, es el precepto que, como beneficiarios del derecho de participación, contempla al autor y, en caso de fallecimiento, a los derechohabientes.

**11.** La postura de la Fundación Gala-Salvador Dalí y de VEGAP se basaba en que, en virtud del Derecho Internacional Privado francés y español, resultaba aplicable a la sucesión de Dalí la Ley española<sup>11</sup>. Con base en este argumento, exigían que ADAGP pagara a la Fundación Gala-Salvador Dalí –a través de VEGAP– las cantidades correspondientes al Derecho de participación desde el 17 de octubre de 1997<sup>12</sup>.

**12.** Por su parte, ADAGP basaba su solicitud de que intervinieran en el procedimiento los herederos del pintor en que, si bien ella se comprometía a pagar las cantidades del derecho de participación –las que aún no había repartido– a quien indicara el tribunal en su Sentencia, no podía hacer lo mismo con las cantidades que en su momento había entregado a los herederos del pintor<sup>13</sup>.

**13.** Dado que el inicio de la gestión de ADAGP para recaudar los derechos de participación tuvo lugar en 1997, la Abogado General hace una distinción de los siguientes períodos<sup>14</sup>:

- a) Desde el 1 de enero de 2006 en adelante, período en que señala que la interpretación de la Directiva resulta relevante<sup>15</sup>.
- b) Con anterioridad al 1 de enero de 2006 (incluyendo el período anterior al 13 de octubre de 2001 –fecha de entrada en vigor de la Directiva– y el transcurrido entre la fecha de entrada en vigor y la finalización del plazo de transposición).

**14.** Lo cierto es que en el caso objeto de nuestro estudio, resultan de interés dos cuestiones fundamentales, si bien trataremos con mayor profundidad la segunda: a) en primer lugar, qué Ley rige la determinación de los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor; b) en segundo lugar, qué ocurre con las diferencias que en los Derechos internos de los Estados miembros se observan a la hora de definir el mencionado concepto de beneficiario.

### A) La Ley aplicable al concepto de beneficiario

**15.** El Tribunal de Justicia centra su pronunciamiento en la cuestión de determinar si el Derecho interno francés es incompatible con la Directiva 2001/84 que, como hemos señalado, es la cuestión a la que nos referiremos en segundo lugar. Antes de entrar a examinar si el Derecho interno francés es compatible o no con la Directiva 2001/84, podemos cuestionarnos si el Derecho interno francés es aplicable al fondo del asunto.

**16.** Con respecto a la Ley aplicable al concepto de beneficiario, precisa simplemente el Tribunal de Justicia que la Directiva no excluye la aplicación de las normas que rigen la coordinación entre los diferentes Estados miembros en materia sucesoria, y se refiere, en particular, a las normas destinadas a resolver un conflicto de leyes como el del caso que nos ocupa<sup>16</sup>. El Tribunal de Justicia considera enton-

<sup>10</sup> Art. L.123-7 *Code de la propriété intellectuelle*.

<sup>11</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 27.

<sup>12</sup> *Ibidem*, apartado 27.

<sup>13</sup> *Ibidem*, apartado 28.

<sup>14</sup> *Ibidem*, apartados 42 y 43.

<sup>15</sup> Con respecto a las disposiciones de Derecho transitorio, vid. § 34 y 35.

<sup>16</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 34. Al respecto, la Profa. A. BORRÁS apunta que «Obviamente, el Tribunal no podía entrar en el tema de las sucesiones» (vid. A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 266).

ces que corresponde al tribunal competente tener en cuenta las normas de Derecho Internacional Privado en materia de atribución sucesoria del derecho de participación<sup>17</sup>. En concreto, el Tribunal de Justicia señala que el tribunal competente sobre el fondo del asunto ha de «...tener debidamente en cuenta todas las reglas pertinentes dirigidas a resolver los conflictos de leyes en materia de atribución sucesoria del derecho de participación»<sup>18</sup>. Por ello, la doctrina señala que la previsión del art. 6 determina «un claro posicionamiento, frente a reiterados intentos de fijar expresamente en la norma quiénes podían ostentar la condición de causahabientes, a favor de la ausencia total de intervencionismo en los derechos sucesorios de los Estados miembros...»<sup>19</sup>.

17. Por su parte, la Abogado General considera que, si bien la Directiva no contempla una definición de derechohabiente, cabe acudir al Considerando vigésimo séptimo del Preámbulo, del cual se desprende una remisión al Derecho de sucesiones de los Estados miembros<sup>20</sup>. En este sentido, recuerda la Abogado General que, aunque el Parlamento presentó enmiendas al Proyecto de la Directiva, éstas no afectaban a que la determinación de los beneficiarios del derecho de participación tras la muerte del autor correspondía al Derecho interno de los Estados miembros<sup>21</sup>. Al respecto, llama la atención la Abogado General sobre la circunstancia de que un hipotético objetivo de armonizar el Derecho Internacional Privado de los Estados miembros en materia sucesoria habría exigido una elaboración de la Directiva en el marco del actual art. 67 TFUE<sup>22</sup>.

Entiende así la Abogado General que, al no encontrarse regulado en la Directiva el concepto de derechohabiente, debe acudir al Derecho de los Estados miembros<sup>23</sup>. Por lo tanto, será el Derecho de los Estados miembros quien determine la condición de derechohabiente. Ahora bien, según matiza la Abogado General, como la Directiva no remite en concreto al Derecho que designen aplicable a la sucesión las normas de conflicto de los Estados miembros, considera que, para la determinación de la condición de derechohabiente habrá que acudir: 1º) a las normas del Derecho de los Estados miembros específicas de carácter sustantivo que desplazan, total o parcialmente, a las normas de conflicto; 2º) en defecto de las anteriores, al Derecho designado por las normas de conflicto en materia sucesoria<sup>24</sup>.

Es decir, en opinión de la Abogado General, cabría entender que, al no encontrarse regulada la cuestión que nos ocupa por la Directiva, hay que remitirse al Derecho de los Estados miembros. Y tales Estados miembros podrían contar con normas específicas en la materia –que desplacen a las normas de conflicto en materia sucesoria– o, en ausencia de aquéllas, a las normas de conflicto en materia sucesoria, que indicarán la Ley aplicable a la sucesión, siendo tal Ley la que determinará quién ostenta la condición de derechohabiente<sup>25</sup>.

La Abogado General considera, con base en el *Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas* que, cuando el art. 14 ter dispone que «En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor -o después de

<sup>17</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartados 35 y 36.

<sup>18</sup> *Ibidem*, apartado 36.

<sup>19</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 124.

<sup>20</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 50. Considerando vigésimo séptimo Directiva 2001/84: «Es conveniente determinar los beneficiarios del derecho de participación respetando al mismo tiempo el principio de subsidiariedad; por consiguiente, no resulta oportuno intervenir por medio de la presente Directiva en el Derecho de sucesiones de los Estados miembros; no obstante, los derechohabientes deben poder disfrutar plenamente del derecho de participación a la muerte del autor, cuando menos una vez transcurrido el período transitorio mencionado».

<sup>21</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 50).

<sup>22</sup> *Ibidem*, apartado 50.

<sup>23</sup> *Ibidem*, apartado 51.

<sup>24</sup> *Ibidem*, apartado 52.

<sup>25</sup> *Ibidem*, apartado 52: «...a mi juicio, que la Directiva no impide la adopción por un Estado miembro de una disposición más específica de carácter sustantivo que desplace, total o parcialmente, las normas de conflicto de leyes que, en otro caso, designaría el Derecho aplicable».

su muerte las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos- gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor»; el inciso «... a la que la legislación nacional confiera derechos» no se limita a una remisión al Derecho de sucesiones de forma exclusiva<sup>26</sup>.

**18.** Por su parte, VEGAP y el Gobierno español plantearon que, al emplear la Directiva el término derechohabiente, debía incluir a todos los sujetos a los que el Derecho de sucesiones que resulte aplicable confiera derechos<sup>27</sup>. Sin embargo, la Abogado General apunta que, en caso de que exista una primacía de la norma controvertida sobre las normas de conflicto aplicables a la sucesión, aquella norma puede excluir como beneficiarios del derecho de participación a los sujetos que sí tienen derechos conforme a la Ley aplicable a la sucesión<sup>28</sup>. Extiende además esta idea a los casos en que la norma controvertida es una norma sustantiva del Derecho de sucesiones<sup>29</sup>.

**19.** Pero volvamos a la decisión del Tribunal de Justicia, ya que lo cierto es que en la misma se compara la Directiva 2001/84 y la norma del Derecho interno francés, pero no se pronuncia sobre el paso previo de determinar si el Derecho interno francés es aplicable al caso<sup>30</sup>. Por ello, la doctrina apunta que, el hecho de que el TJUE puntualice que no se pronuncia sobre la correcta o incorrecta aplicación del Derecho interno francés «... de alguna manera advierte sobre la posible incorrección de aplicar el Derecho francés al litigio de fondo»<sup>31</sup>.

**20.** Para hacer una valoración sobre la correcta o incorrecta aplicación del Derecho interno francés al fondo del asunto, debemos determinar qué Ley es aplicable para determinar la condición de beneficiario del derecho de participación tras el fallecimiento del autor.

En su articulado, la Directiva 2001/84 hace alusión a los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor en los arts. 6, 7 y 9. Como ya sabemos, el art. 6.1 señala que «El derecho contemplado en el artículo 1 se deberá al autor de la obra y, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8, a los derechohabientes del autor tras su muerte». El art. 7 se refiere a los autores nacionales de terceros países y a sus beneficiarios; y el art. 9 contempla el derecho de los beneficiarios a recabar toda la información necesaria para obtener la liquidación de los importes debidos en virtud del derecho de participación.

**21.** Por lo que se refiere a la cuestión objeto de nuestro estudio, del articulado de la Directiva se desprende que, tras el fallecimiento del autor, el derecho de participación corresponde a los derechohabientes –de tal manera que no cabe que la legislación de un Estado miembro limite la percepción del derecho de participación al autor durante la vida el mismo–. Así, señala la doctrina que sería apreciable incompatibilidad entre los Derechos de los Estados miembros y la Directiva, en caso de que aquéllos variasen aspectos como la duración del derecho de participación, la inalienabilidad y la posibilidad de transmisión *mortis causa*<sup>32</sup>.

**22.** Pero no contempla la Directiva en su articulado qué debe ser entendido como derechohabiente a los efectos de la misma, ni indica si debemos remitirnos a la Ley de un determinado Estado.

<sup>26</sup> *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas*, de 9 septiembre 1886, ratificado por Instrumento de 2 de julio 1973, BOE núm. 260, de 30 octubre 1974, p. 22115. Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartados 54 y 58.

<sup>27</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 61.

<sup>28</sup> *Ibidem*, apartado 62.

<sup>29</sup> *Ibidem*, apartado 63.

<sup>30</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 126.

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 126.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 124.

Si atendemos a los Considerandos de la misma, nos encontramos con el Considerando noveno, en el que al respecto se pone simplemente de manifiesto que existen diferencias en las legislaciones de los Estados miembros con respecto a los beneficiarios de tal derecho<sup>33</sup>. Procede por ello centrarse en el ya mencionado Considerando vigésimo séptimo, en el que dispone que «Es conveniente determinar los beneficiarios del derecho de participación respetando al mismo tiempo el principio de subsidiariedad; por consiguiente, no resulta oportuno intervenir por medio de la presente Directiva en el Derecho de sucesiones de los Estados miembros; no obstante, los derechohabientes deben poder disfrutar plenamente del derecho de participación a la muerte del autor, cuando menos una vez transcurrido el período transitorio mencionado»<sup>34</sup>.

Por lo tanto, como la Directiva no regula esta concreta cuestión, la condición de beneficiario se regirá así por el Derecho de sucesiones de los Estados miembros. Ahora bien, como nos encontramos ante una sucesión con elemento extranjero, habría que determinar la Ley aplicable a la sucesión en virtud del Derecho Internacional Privado y, para el Derecho Internacional Privado francés –que es el del tribunal competente para conocer del fondo del asunto–, sería la Ley del último domicilio del causante –al encontrarnos ante un bien mueble-<sup>35</sup>.

Como el último domicilio del causante se encontraba en territorio español, la determinación de los beneficiarios del derecho de participación tras su fallecimiento correspondería a la Ley española<sup>36</sup>. A continuación habría que acudir a la norma del Derecho interno español para determinar quiénes son los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor. De nuevo, habría que plantearse en primer lugar si existe una disposición que específicamente regule la cuestión.

En España, la norma de transposición de la Directiva 2001/84, que es la *Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original* se limita a señalar en su art. 2.1 que «El derecho de participación se reconoce al autor de la obra y a sus derechohabientes tras la muerte o declaración de fallecimiento», por lo que no contempla regulación alguna sobre los beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor<sup>37</sup>. Al no existir en Derecho español una regulación específica de la sucesión del derecho de participación, deberíamos acudir entonces a la regulación española que, con carácter general, existe en materia sucesoria<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Vid. nota a pie núm. 50.

<sup>34</sup> La Prof.ª A. BORRÁS señala que «la Directiva fue deliberadamente vaga al hablar simplemente de «derechohabientes» (vid. A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 267).

<sup>35</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, pp. 126-127; A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 269. Sobre la diversidad de modelos de Derecho Internacional Privado, vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001, pp. 48-58.

<sup>36</sup> Vid. A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 269; P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 126.

<sup>37</sup> BOE núm. 310, de 25 diciembre 2008, p. 51995. Vid. A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 267; P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 126. En España, el antiguo art. 24 LPI, disponía en su apartado 3 que el derecho de participación se transmitía únicamente por sucesión «mortis causa» (vid. *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobada por Ley 22/1987, de 11 noviembre, que regulariza, aclara y armoniza las disposiciones legales vigentes sobre la materia*, BOE núm. 97, de 22 abril 1996, p. 14369). En el ámbito del mismo, la doctrina planteaba que, como la Ley no hacía distinciones en cuanto a quiénes podían resultar beneficiarios tras el fallecimiento del autor, éste podía designarlos en su testamento y, en defecto del mismo, cabía acudir a la regulación de la sucesión intestada. Al respecto, E. VICENTE DOMINGO señala que el legislador no optó, en el ámbito del art. 24 LPI, por concretar quiénes eran los sujetos beneficiarios (E. VICENTE DOMINGO, *El Droit de Suite de los artistas plásticos*, Madrid, Ed. Reus, 2007, p. 101). Señala la doctrina que, en el caso del Derecho interno español, la transmisión mortis causa del derecho de participación se hará en virtud de la regulación de la sucesión testada o intestada, según corresponda en el caso concreto (vid. R. CASAS VALLÉS, «La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos (Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original)», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo XXII, 2001, p. 235).

<sup>38</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, pp. 126-127.

23. Otra opción que se ha barajado para aplicar igualmente el Derecho español a la determinación de los beneficiarios del derecho de participación tras la muerte del autor, consistiría en entender que se trata de un derecho al que debe aplicarse la Ley que rige la sucesión del autor, la cual, cuando falleció el pintor, se determinó que era la Ley española, como Ley nacional del causante, en virtud del art. 9.8 C.C.<sup>39</sup>.

## B) El concepto de beneficiario del derecho de participación tras el fallecimiento del autor en los Derechos internos

24. Podemos plantearnos a continuación la cuestión en la que se centra nuestro estudio, es decir, si resulta admisible que en los Derechos internos de los Estados miembros se mantengan diferentes conceptos de beneficiario del derecho de participación tras el fallecimiento del autor.

25. En cuanto al concepto de beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor, apunta la doctrina que cabe distinguir las siguientes soluciones en el Derecho comparado<sup>40</sup>:

- a) Ordenamientos que no contemplan reglas específicas para la determinación de los beneficiarios del derecho de participación en caso de fallecimiento del autor. Estos Ordenamientos resuelven la cuestión mediante la aplicación de sus normas generales en materia sucesoria<sup>41</sup>.
- b) Ordenamientos que contemplan reglas específicas para la determinación de los beneficiarios del derecho de participación en caso de fallecimiento del autor. Las reglas específicas más comunes suelen referirse a los aspectos siguientes<sup>42</sup>:
  - inadmisibilidad de la transmisión mediante disposiciones testamentarias.
  - admisibilidad de la transmisión mediante disposiciones testamentarias pero con limitaciones en cuanto a los sujetos a favor de los cuales cabe otorgar testamento.
  - no admisibilidad de la sucesión del Estado a falta de sujetos con derecho a heredar –caso en que resultan beneficiarias del derecho de participación las entidades que protegen los derechos del sector–.

Como mencionamos al principio del análisis de la Sentencia, la norma de Derecho interno francés considera que, en caso de fallecimiento del autor, sólo ostentan la condición de beneficiarios del derecho de participación los herederos forzosos<sup>43</sup>.

26. Como hemos comentado, sí se obtiene una respuesta a tal cuestión en el pronunciamiento del Tribunal de Justicia. Ante la inexistencia de una definición de derechohabiente en la Directiva, el Tribunal de Justicia señala que deben ser examinados los objetivos a los que responde aquélla<sup>44</sup>. Se considera que nos encontramos ante un doble objetivo: a) garantizar a los autores una participación económica en el éxito de sus obras; y b) terminar con las distorsiones de la competencia en el mercado

<sup>39</sup> Vid. A. BORRÁS, que recuerda la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 11 enero 1989 (A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, p. 269); y vid. [http://www.salvador-dali.org/es\\_noticias.html?ID=193](http://www.salvador-dali.org/es_noticias.html?ID=193).

<sup>40</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 125.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 125.

<sup>43</sup> Con respecto al concepto de heredero, vid. A. BORRÁS, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2011, pp. 264-265. Además del caso que nos ocupa, relativo al Derecho francés, cabe citar el del Derecho portugués, dado que el art. 54.10 del *Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos* se refiere a los *herdeiros* como beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor (vid. L. M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito de autor*, Almedina, 2011, p. 143).

<sup>44</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 26.

del arte, a las que puede llevar el hecho de que el derecho de participación exista sólo en parte de los Estados miembros<sup>45</sup>.

Con respecto a éste último objetivo, el Tribunal de Justicia considera que la inexistencia del derecho de participación en algunos Estados miembros puede atraer hacia ellos las compraventas de obras de arte, al evitar así los sujetos implicados en las mismas el pago del mencionado derecho.

**27.** El Tribunal de Justicia entiende que la exclusión de determinados sujetos del concepto de derechohabientes a los efectos del derecho de participación, no afecta al primero de los objetivos que hemos mencionado<sup>46</sup>. Así, siendo tal objetivo garantizar a los autores una participación económica en el éxito de sus obras, considera el Tribunal que el autor no se ve afectado por quién vaya a percibir el derecho de participación una vez que él ha fallecido<sup>47</sup>. En este sentido, apunta el Tribunal de Justicia que la atribución del derecho de participación a unos derechohabientes «...tiene carácter accesorio en relación con ese objetivo»<sup>48</sup>.

**28.** Con respecto al segundo objetivo, debemos referirnos, en primer lugar, al Preámbulo de la Directiva. En su Considerando noveno se explican las circunstancias que hicieron preciso fijar el segundo objetivo que hemos mencionado<sup>49</sup>. Ello debemos relacionarlo con el art. 1.4 de la Directiva. En el mencionado precepto se dispone que el pago del derecho de participación corresponde al vendedor de la obra<sup>50</sup>. Como, con anterioridad a la aprobación de la Directiva, el derecho de participación no se contemplaba en el Derecho de todos los Estados miembros –aunque eran la mayor parte– y, entre los que lo contemplaban se daban importantes diferencias, en el Considerando noveno de la Directiva se puso de manifiesto que, como los vendedores tienen en cuenta la ausencia y existencia –y en qué medida– de la obligación de pagar el derecho de participación, la diversidad de regulación influía en el desplazamiento de las operaciones y contribuía a falsear la competencia<sup>51</sup>. Así, los vendedores se inclinaban por acudir a los profesionales del mercado del arte establecidos en Estados miembros en los que no existía obligación de pagar el derecho de participación o en Estados miembros en los que, existiendo la obligación, era menos gravosa que en otros Estados miembros<sup>52</sup>. De hecho, como señala el Tribunal de Justicia, la Directiva 2001/84 fue adoptada en el ámbito del que era el art. 95 del Tratado, es decir, para aproximar la normativa de los Estados miembros que más directamente influye en el funcionamiento del mercado interior<sup>53</sup>.

Tal como señala la doctrina, se consideró necesario establecer un «estándar común de protección», de tal manera que el derecho de participación se reconociera en todos los Estados miembros,

<sup>45</sup> *Ibidem*, apartado 27. En el primero de los objetivos mencionados cabe observar, como hemos señalado, el apoyo y respaldo a los artistas al que alude el art. 6 de la *Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales, hecha en París el 20 de octubre de 2005*.

<sup>46</sup> *Ibidem*, apartado 29.

<sup>47</sup> *Ibidem*, apartado 29.

<sup>48</sup> *Ibidem*, apartado 29.

<sup>49</sup> Considerando noveno Directiva 2001/84: «El derecho de participación está actualmente reconocido en las legislaciones nacionales de la mayoría de los Estados miembros; dichas legislaciones, cuando existen, presentan diferencias, especialmente por lo que se refiere a las obras contempladas, a los beneficiarios del derecho, al porcentaje aplicado, a las operaciones sujetas al pago de ese derecho y a su base de cálculo; la aplicación o inaplicación de tal derecho repercute considerablemente en las condiciones de competencia en el mercado interior, puesto que la existencia o ausencia de una obligación económica derivada del derecho de participación es un elemento que tiene en cuenta cualquier persona que desee vender una obra de arte; este derecho es pues uno de los factores que contribuyen a falsear la competencia así como a desplazar las operaciones de venta dentro de la Comunidad».

<sup>50</sup> Al respecto, debe tenerse presente la exclusión del art. 1.3 Directiva 2001/84.

<sup>51</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 30.

<sup>52</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 30.

<sup>53</sup> *Ibidem*, apartado 31. En esta línea, en el Considerando décimo de la Directiva se señala que «Estas disparidades en cuanto a la existencia del derecho de participación y a su aplicación por los Estados miembros producen efectos negativos directos en el correcto funcionamiento del mercado interior de obras artísticas, tal y como está contemplado en el artículo 14 del Tratado. En tales circunstancias, el artículo 95 del Tratado constituye la base jurídica apropiada».

además con notas comunes de contenido, objeto, duración y caracteres esenciales<sup>54</sup>. Con base en este objetivo de la Directiva, se consideró relevante establecer en la misma que nos encontramos ante un derecho transmisible *mortis causa*, de tal manera que, tras el fallecimiento del autor, resultan beneficiarios del mismo los derechohabientes<sup>55</sup>. Ello se debe a que tal cuestión se encuentra vinculada con la duración del derecho de participación<sup>56</sup>.

**29.** Entiende el Tribunal de Justicia que, como la mencionada aproximación de la legislación de los Estados miembros se ha llevado a cabo únicamente en los aspectos que más directamente influyen en el funcionamiento del mercado interior, no afecta tal aproximación a la concreción de los sujetos que reúnen la condición de derechohabientes del autor<sup>57</sup>. Por lo tanto, si bien en virtud de la Directiva los derechohabientes del autor resultan beneficiarios del derecho de participación de aquél en caso de fallecimiento, los Estados miembros mantienen la facultad de determinar en su Ordenamiento qué personas ostentan la condición de beneficiarios<sup>58</sup>. En conclusión, indica el Tribunal de Justicia que «...los Estados miembros disponen de libertad de elección legislativa para determinar las categorías de personas que pueden disfrutar del derecho de participación tras el fallecimiento del autor de una obra de arte»<sup>59</sup>. Por ello, sostiene que la norma de Derecho interno francés no es incompatible con la Directiva 2001/84<sup>60</sup>.

**30.** Por su parte, la Abogado General considera que son admisibles las diferencias existentes entre los Derechos de los Estados miembros si no perjudican el funcionamiento del mercado interior, así que permite a los Estados miembros cualquier definición de derechohabiente<sup>61</sup>. La Abogado General entiende que la identidad de los sujetos que ostentan la condición de derechohabientes probablemente no influirá a la hora de que el vendedor de una obra sujeta al derecho de participación elija el Estado miembro para realizar la venta<sup>62</sup>. Al respecto, niega el argumento de que las ventas podrían desplazarse a los Estados en los que no existen derechohabientes, entendiéndolo que, aun cuando no haya regulado tal Estado miembro la cuestión, siempre podrá heredar el Estado en última instancia<sup>63</sup>.

**31.** También descarta la Abogado General un posible argumento en contra de la admisión de las diferencias en el concepto de derechohabiente como es la cooperación leal o cortesía entre Estados miembros, negando que los Estados miembros tengan la obligación de respetar las normas de Derecho sucesorio de los otros Estados miembros a la hora de concretar un concepto de derechohabiente, por entender que ello excede del alcance de la Directiva, ya que puede traducirse en una «armonización encubierta» de las normas del Derecho de sucesiones<sup>64</sup>. Considera digna de aplauso la idea de que un Estado miembro que recaude el derecho de participación reconozca el concepto de derechohabiente de la Ley aplicable a la sucesión del artista, pero afirma que tal idea excede del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>65</sup>.

**32.** En conclusión, según considera el Tribunal de Justicia, los Estados miembros pueden decidir así qué sujetos resultan beneficiarios del derecho de participación tras el fallecimiento del autor<sup>66</sup>. Por lo

<sup>54</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 320, septiembre 2011, p. 124.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>57</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartados 31 y 32.

<sup>58</sup> *Ibidem*, apartado 32.

<sup>59</sup> *Ibidem*, apartado 33.

<sup>60</sup> *Ibidem*, apartados 35 y 36.

<sup>61</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartado 58.

<sup>62</sup> *Ibidem*, apartado 60.

<sup>63</sup> *Ibidem*, apartado 60.

<sup>64</sup> *Ibidem*, apartado 64.

<sup>65</sup> *Ibidem*, apartado 65.

<sup>66</sup> V. BELLANI, «Diritto de autore su vendita successiva di opera d'arte. Vendita in paese diverso da quello dell'autore.

tanto, siendo aplicable al fondo de un asunto el Derecho de un Estado miembro, tal Derecho concretará quién resulta beneficiario tras el fallecimiento, pudiendo mantenerse conceptos de beneficiario diferentes en cada Estado miembro.

33. Apunta la doctrina que la solución que acoge la Directiva de dejar la cuestión de la determinación de los beneficiarios al Derecho sucesorio de los Estados miembros puede provocar que el derecho de participación quede alejado del entorno familiar y personal del artista, llegando incluso a poder resultar beneficiario el Estado<sup>67</sup>. No obstante, apunta el mencionado sector doctrinal que se ha acogido la solución más razonable<sup>68</sup>.

## 2. Las disposiciones transitorias de los arts. 8.2 y 8.3 de la Directiva

34. Para el caso de una hipotética incompatibilidad entre la norma del Derecho interno francés y la Directiva 2001/84, se había planteado una segunda cuestión al TJUE. Esta segunda cuestión planteaba si la incompatibilidad que, en su caso, pudiera producirse, podría verse amparada transitoriamente por la previsión de los arts. 8, apartados 2 y 3 de la Directiva 2001/84.

Al no haber sido apreciada la mencionada incompatibilidad entre el Derecho interno francés y la Directiva, entendió el TJUE que no era necesario pronunciarse sobre la segunda cuestión<sup>69</sup>.

35. Con respecto al régimen de Derecho transitorio de los arts. 8, apartados 2 y 3 de la Directiva, cabe precisar no obstante, en opinión de la Abogado General, que Francia no podría beneficiarse de tal previsión si lo necesitara –lo cual no ocurre en el caso en cuestión–, dado que, en la fecha de entrada en vigor de la Directiva, tal Estado aplicaba el derecho de participación<sup>70</sup>. Tal como dispone el art. 8.2 de la Directiva, «No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, los Estados miembros que en (la fecha de entrada en vigor mencionada en el artículo 13) no apliquen el derecho de participación no estarán obligados, durante un período que concluirá a más tardar el 1 de enero de 2010, a reconocer ese derecho a los derechohabientes del artista tras su muerte».

Además, apunta la Abogado General que la previsión del art. 8, apartados 2 y 3, de la Directiva serviría para no aplicar el derecho de participación a los derechohabientes, si bien no para aplicación a un grupo más o menos amplio de beneficiarios<sup>71</sup>.

---

Diritti degli eredi o dei legatari. Corte di Giustizia delle Comunità Europee. II Sezione. 15 aprile 2010. Fundación Gala S. Dalí e Vegap c. Adagp», *Il diritto di autore. Rivista trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori*, año LXXXI, núm. 3, julio-septiembre 2010, p. 319.

<sup>67</sup> R. CASAS VALLÉS, «La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos (Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original)», *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, tomo XXII, 2001, p. 235.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>69</sup> STJUE 15 abril 2010, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartados 37 y 38.

<sup>70</sup> Conclusiones de la Abogado General SHARPSTON de 17 diciembre 2009, asunto C-518/08, *Fundación Gala-Salvador Dalí y VEGAP c. ADAGP y otros*, Rec. 2010, p. I-03091, apartados 68 y 69.

<sup>71</sup> *Ibidem*, apartado 70.

# EL TJUE DE NUEVO CON EL FORO DE LA PLURALIDAD DE DEMANDADOS. NOTA A LA SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 2011 EN EL ASUNTO PAINER

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 19.01.2012 / Aceptado: 24.01.2012

**Resumen:** Esta nota se refiere al art. 6.1 relativo al foro de la pluralidad de demandados: cómo estaba regulado en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y actualmente en el Reglamento 44/2001; y a la evolución que ha experimentado la jurisprudencia del TJUE en su interpretación. El Caso Painer se analiza en el marco de esta jurisprudencia.

**Palabras clave:** pluralidad de demandados, evolución jurisprudencia TJUE, caso Painer.

**Abstract:** This note refers to Art. 6.1, ground of jurisdiction in case of multiple defendants: how it was drafted in the Brussels Convention of 27 September 1968 and nowadays in Regulation 44/2001; and to the evolution that can be observed regarding its interpretation in the ECJ Case Law. The Case Painer is analysed in the frame of this case law.

**Key words:** multiple defendants; ECJ Case Law; case Painer.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Los hechos. 2. Cuestión prejudicial referida al Reglamento 44/2001. II. El foro de la pluralidad de demandados. 1. La ubicación del art. 6.1 en la estructura de foros del Reglamento 44/2001. 2. Requisitos para la aplicación del art. 6.1. A) Antecedentes de la actual formulación del art. 6.1. B) La evolución de la jurisprudencia del TJUE. C) La Sentencia Painer.

## I. Introducción

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, Asunto C-145/10, viene a responder a una cuestión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien, mediante Resolución de 8 de marzo de 2010, sobre la interpretación del Art. 6.1 del 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; así como del Art. 5, apdos. 3º, letras d) y e), y 5º de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

La petición se plantea en el marco de un litigio entre la Sra. Eva-Maria Painer, fotógrafa autónoma, contra cinco editoras de prensa: Standard Verlags GmbH, Axel Springer AG, Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG y Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG.

## 1. Los hechos

2. La Sra. Painer, que actúa como demandante en el procedimiento principal, trabaja desde hace años como fotógrafa autónoma, realizando, entre otras cosas, fotografías de niños en jardines de infancia y guarderías. En el marco de su actividad profesional realizó, en 1998, una serie de retratos a la nacional austriaca Natascha K., para los cuales diseñó el fondo, decidió la postura y expresión del rostro, y tomó y reveló las fotografías. La Sra. Painer acostumbra a identificar las fotos que realiza con su propio nombre y con el nombre de su establecimiento, mediante adhesivos o con impresiones en álbumes o portarretratos.

En relación con las fotos de Natascha K., la Sra. Painer vendió las fotos realizadas sin conceder derechos a terceros, ni autorizar su publicación. Cuando Natascha K. fue secuestrada en ese mismo año 1998, en que tenía 10 años de edad, las autoridades de seguridad competentes dictaron una orden de búsqueda en la que se utilizaron las fotografías.

3. Las demandadas en el procedimiento principal son editoras de prensa. Se trata concretamente de Standard Verlags GmbH, que tiene su domicilio social en Austria, donde publica el diario *Der Standard*, que se distribuye en este país, y de otras cuatro editoriales que tienen su domicilio en Alemania. Éstas son Süddeutsche Zeitung GmbH, que publica el diario *Süddeutsche Zeitung*, que se distribuye en Austria y Alemania; Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, que publica en Alemania el semanario *Der Spiegel*, que también se difunde en Austria; Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG, que edita el diario *Express*, que se publica únicamente en Alemania; y Axel Springer AG, que publica el diario *Bild*, que en su edición nacional no se distribuye en Austria aunque sí en la edición de Múnich, y que también publica el diario *Die Welt*, que se distribuye en Austria, y gestiona diversas páginas de información a través de Internet.

4. En el año 2006, Natascha K. logró escapar de su secuestrador. El procedimiento principal se refiere a la cobertura que dieron las demandadas a la noticia desde este momento hasta la primera entrevista pública que se hizo en televisión a Natascha K. En dicho período de tiempo no se disponía de fotos actuales, por lo que las demandadas publicaron las fotografías realizadas por la Sra. Painer en los mencionados diarios, semanarios y páginas de Internet, sin identificar a la autora o con una identificación errónea. La cobertura de la noticia realizada se diferenciaba en la selección de las imágenes y en el texto que las acompañaba. Además, algunos de estos medios publicaron un retrato-robot, elaborado mediante un procedimiento informático a partir de una de las fotografías controvertidas, con el cual, dado que no existía fotografía reciente de Natascha K. hasta su primera aparición pública, se representaba el rostro que supuestamente tendría.

Frente a ello, la Sra. Painer presentó una demanda ante el Handelsgericht Wien el 10 de abril de 2007, solicitando que se declarase que las demandadas en el procedimiento principal debían dejar inmediatamente de reproducir o distribuir sin su consentimiento y sin indicar su nombre como autora las fotografías y el retrato robot. La Sra. Painer solicitó además que se condenara a las demandadas en el procedimiento principal a rendir cuentas, a pagar una retribución adecuada y a indemnizar el perjuicio sufrido.

5. Simultáneamente, la Sra. Painer instó también un procedimiento sobre medidas provisionales, que fue resuelto en última instancia mediante Sentencia de 26 de agosto de 2009 del Oberster Gerichtshof. En este procedimiento, el Oberster Gerichtshof consideró que, conforme a las disposiciones nacionales aplicables, las demandadas en el procedimiento principal no precisaban de autorización de la Sra. Painer para publicar el retrato robot. En opinión del tribunal, la fotografía utilizada como modelo para el controvertido retrato era ciertamente una obra fotográfica protegida por los derechos de autor, pero sin que la elaboración y publicación del retrato robot constituyera una adaptación, que habría requerido la autorización de la Sra. Painer como autora de la obra fotográfica, sino una libre utilización, posible sin su consentimiento.

El Oberster Gerichtshof señaló, en apoyo de su decisión, que la calificación de adaptación o libre utilización depende de la actividad creadora del modelo inicial. Cuanto mayor sea la actividad creadora del modelo, menos podrá considerarse que se trata de libre utilización. En los retratos fotográficos,

como el fotógrafo dispone de escasas posibilidades de creación artística original, la protección que a dicha fotografía confieren los derechos de autor es reducida. Señaló además, este tribunal, que el retrato robot elaborado a partir de una de las fotografías controvertidas constituía una obra nueva, independiente y protegida ella misma por los derechos de autor.

## 2. Cuestión prejudicial referida al Reglamento 44/2001

6. En las circunstancias anteriormente señaladas, el Handelsgericht Wien decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE varias cuestiones prejudiciales, referidas al Reglamento 44/2001 y a la Directiva 2001/29/CE.

En relación con el Reglamento 44/2001, que será lo que constituya el objeto de este comentario, se planteó la siguiente cuestión: «¿Debe interpretarse el artículo 6, número 1, del Reglamento nº 44/2001 en el sentido de que no impide su aplicación, ni por tanto la tramitación simultánea, el hecho de que las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes pero esencialmente idénticas en cuanto al contenido (como sucede en todos los países europeos con la acción de cesación sin culpa y con el derecho a una retribución adecuada por violaciones de derechos de propiedad intelectual y el derecho a indemnización que se deriva de la utilización ilegal)?»

## II. El foro de la pluralidad de demandados

### 1. La ubicación del art. 6.1 en la estructura de foros del Reglamento 44/2001

7. El art. 6 recoge una serie de foros basados en una razón de conexidad. En Bruselas I no se ha establecido un foro general de conexidad, sino una lista de supuestos concretos en los que cabe considerar que se da esta circunstancia, quedando justificada la atribución de competencia<sup>1</sup>. El art. 6 se refiere en su aptdo. 1º al supuesto de la pluralidad de demandados, para permitir que la demanda se presente ante el domicilio de cualquiera de ellos con las condiciones que posteriormente veremos; el aptdo. 2º alude a demandas sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros en el proceso, para determinar la competencia del tribunal que estuviere conociendo de la demanda principal, salvo en el caso de que ésta se hubiere formulado con el único objeto de provocar la intervención de un tribunal distinto del correspondiente al demandado; el aptdo. 3º se refiere a la reconvenición derivada del contrato o hecho en que se fundamentare la demanda inicial, para determinar la competencia del tribunal que estuviere conociendo de ésta última; y en el aptdo. 4º se menciona por último la materia contractual, para señalar que si la acción pudiera acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios será competente el tribunal del Estado miembro en el que estuviera sito el inmueble. Se trata de un precepto relacionado con el art 28, que establece unos mecanismos para evitar resoluciones inconciliables en el caso de que se estuvieran desarrollando en diferentes Estados miembros procedimientos referidos a materias conexas, pero que no fija, a diferencia del art. 6, una base autónoma de competencia judicial internacional<sup>2</sup>.

8. El art. 6, que se ubica junto con el art. 5 en la Sección 2ª del Capítulo II dedicada a las competencias especiales, comparte en cuanto a su aplicación las mismas características que este precepto:

- Se aplica únicamente frente a demandados domiciliados en Estados miembros, quedando para el derecho autónomo los supuestos referidos a demandados domiciliados en terceros países (*Considerando 9*).

<sup>1</sup> Al respecto vid. I. HEREDIA CERVANTES, que se refiere a los foros de conexidad incluidos en el Reglamento Bruselas I, mencionando el art. 6 y otras disposiciones referidas a materias específicas, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, Comares, Granada, 2002, p. 82.

<sup>2</sup> Sobre este precepto vid. H. AGUILAR GRIEDER, *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 127 ss.

- Se somete a la jerarquía de foros prevista en el Reglamento 44/2001, de modo que priman frente a este precepto los foros exclusivos y basados en la autonomía de la voluntad<sup>3</sup>. El art. 6 se sitúa al mismo nivel que el art. 5, constituyendo una posible alternativa al foro del domicilio del demandado. Se trata no obstante de una alternativa que debe aplicarse con cierta cautela, ya que como se señala en el propio Reglamento, las reglas de competencia judicial internacional deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia se basa generalmente en el domicilio del demandado y que esta competencia debe regir siempre, excepto en algunos casos muy concretos en los que la materia en litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de vinculación (*Considerando 11*).

Este carácter de cierta excepcionalidad frente al domicilio del demandado no es baladí, pues aparece con frecuencia en la jurisprudencia del TJUE para justificar interpretaciones restrictivas de estos preceptos. La *Sentencia de 13 de julio de 2006, Asunto C-103/05, Reisch Montage AG. c. Kiesel Baumaschinen Handels GmbH* parece apartarse no obstante de esta línea interpretativa, al señalar en un supuesto relativo a una pluralidad de demandados, donde se acudió ante los tribunales del domicilio del demandado contra el que la acción resultaba inadmisibile en virtud del derecho nacional por encontrarse en quiebra, que ello no impedía que pudiera invocarse el art. 6.1<sup>4</sup>.

- Se excluye su aplicación en relación con los foros de protección incluidos en las Secciones 3<sup>a</sup> «Competencia en materia de seguros», 4<sup>a</sup> «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores» y 5<sup>a</sup> «Competencia en materia de contratos individuales de trabajo», que funcionan con autonomía en el marco del Reglamento, con las excepciones que en las mismas se establezcan. El TJUE tuvo oportunidad de recordar esta limitación en su *Sentencia de 22 de mayo de 2008, Asunto C-462/06, Glaxosmithkline, Laboratoires Glaxosmithkline c. Jean-Pierre Rouard*, referida a un litigio derivado de un contrato de trabajo en el que se planteó la posibilidad de aplicar el art. 6.1 relativo a la pluralidad de demandados<sup>5</sup>.

9. En el caso que analizamos se cumplían los límites en el marco de los cuales es posible invocar el art. 6.1. En primer lugar, se trataba de varias editoras de prensa demandadas, de las cuales una tenía su domicilio social en Austria (*Standard Verlags GmbH*) y las restantes en Alemania (*Süddeutsche Zeitung GmbH, Spiegel-Verlag Rudolf Augstein GmbH & Co KG, Verlag M. DuMont Schauberg Expedition der Kölnischen Zeitung GmbH & Co KG y Axel Springer AG*). La materia objeto del litigio se refería a la posible vulneración de los derechos de autor de la Sra. Painer, fotógrafa de profesión, supuesto ajeno a los foros exclusivos y de protección.

<sup>3</sup> Al respecto vid. I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, op. cit., pp. 199 ss.

<sup>4</sup> *Rec.* 2006, I-6827. Esta decisión parece responder al objetivo de que la aplicación de las disposiciones del Reglamento no dependa del derecho procesal de los Estados miembros. Al respecto vid. C. ALTHAMMER, «Die Anforderungen an die Ankerklage am forum connexitatis (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO)», *IPrax*, 2006, pp. 558 ss.; E. PATAUT, *Revue critique de droit international privé*, 2007, pp. 181 ss.

<sup>5</sup> En este caso se daba la circunstancia de que era el trabajador quien pretendía basarse en el foro del art. 6.1 para presentar una demanda conjunta contra quienes consideraba sus coempleadores, señalando el TJUE que no podía hacerlo aún cuando ello afectara al objetivo declarado en el propio Reglamento 44/2001 de proteger a la parte más débil (par. 34), *Rec.* 2008, I-3965. Para una valoración crítica de esta Sentencia, vid. P. FRANZINA, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, N° 9, 2008, pp. 1094 y ss.; F. JAULT-SESEKE, *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 853 ss.; S. KREBBER, «Einheitlicher Gerichtsstand für die Klage eines Arbeitnehmers gegen mehrere Arbeitgeber bei Beschäftigung in einem grenzüberschreitenden Konzern», *IPrax*, 2009, pp. 409 ss. En una Sentencia posterior del TJUE sí se admitió sin embargo que se aplicara el foro de la sumisión tácita en un supuesto referido a un contrato de seguro, a pesar de que esta posibilidad no se contemple en las Secciones 3<sup>a</sup> a 5<sup>a</sup> (Vid. S. MARINO, «La proroga tacita di giurisdizione nei contratti conclusi dalle parti deboli: la Sentenza Bilas», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, págs. 915 ss.).

En la propuesta de reforma del Reglamento Bruselas I se ha dado respuesta a las críticas que generó la Sentencia Glaxosmithkline, pues se incorpora la posibilidad de invocar el art. 6.1 en relación con los contratos de trabajo, Art. 18 *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Bruselas COM (2010) 748.

Se daba por otra parte la circunstancia de que el art. 6.1 de Bruselas I era el único foro que permitía concentrar el litigio en un solo país, coincidiendo además, según parece desprenderse de los hechos, con el lugar de domicilio de la actora, Austria. El foro general del art. 2 relativo al domicilio del demandado conducía, como se ha visto, a una fragmentación del pleito. Igual resultado se habría producido aplicando el foro especial por razón de la materia del art. 5.3, al haberse realizado la difusión de los distintos periódicos y revistas mencionados entre Austria y Alemania.

## 2. Requisitos para la aplicación del art. 6.1

### A) Antecedentes de la actual formulación del art. 6.1

10. El art. 6 del Reglamento 44/2001 dispone, en su aptdo.1º, que si hubiere varios demandados podrá presentarse la demanda ante el tribunal del domicilio de cualquiera de ellos, siempre que las demandas estuvieran vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente.

11. En la versión originaria del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que se mantuvo inalterada en los sucesivos convenios de adhesión que se fueron suscribiendo con los nuevos Estados miembros, se hacía referencia únicamente para la aplicación de este foro a la existencia de una pluralidad de demandados<sup>6</sup>. Ciertamente es que en el Informe de P. JENARD que acompañaba al mencionado Convenio se hablaba de la necesidad de una cierta conexión entre las demandas, a fin de que el art. 6.1 no pudiera ser utilizado para privar al demandado de litigar ante los tribunales de su domicilio<sup>7</sup>. Pero ello no impidió que se considerase necesario plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para que clarificase los requisitos que habían de cumplirse para su aplicación.

En la *Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Asunto C-189/87, Athanasios Kalfelis c. Banco Schröder, Münchmeyer, Hengst & Co. y otros*<sup>8</sup>, el TJUE tuvo oportunidad de confirmar que efectivamente se requería un cierto vínculo entre las demandas para la aplicación del art. 6.1, a fin de que este precepto no supusiera un menoscabo al principio general de que la competencia corresponde a los órganos jurisdiccionales del Estado del domicilio del demandado (p. 8). En cuanto a la naturaleza del vínculo requerido, el TJUE se decantó por una interpretación autónoma (p. 10), con la que se evitara el tener que depender de las peculiaridades de los derechos nacionales en la materia<sup>9</sup>, que se inspiraría en el art. 22, actualmente art. 28 en el Reglamento 44/2001 (par. 11-12): *entre las distintas demandas formuladas por un mismo demandante contra distintos demandados debe existir un punto de conexión, de tal naturaleza, que exista un interés en que sean resueltas conjuntamente con el fin de evitar soluciones que pudieran ser contradictorias si los litigios se juzgaran por separado.*

<sup>6</sup> Para un análisis del art. 6.1 en el marco del Convenio de Bruselas, vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, Eurolex, Madrid, 1996; F. GARAU SOBRINO, «Artículo 6», *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, A.L. Calvo Caravaca (ed.), Universidad Carlos III de Madrid, BOE, Madrid, 1995, pp. 166 ss.

<sup>7</sup> P. JENARD, *Report on the Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters*, OJEC C 59, 5 de marzo 1979.

<sup>8</sup> *Rec.* 1988, 5565. Para un análisis de esta Sentencia, vid. H. GAUDEMET-TALLON, *Revue critique de droit international privé*, 1989, pp. 117 ss.; R. GEIMER, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1988, pp. 3089 ss.; I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de partes*, op. cit., pp. 130 ss.; A. HUET, *Journal du droit international*, 1989, pp. 457 ss.; F.J. JIMÉNEZ FORTEA, *Revista General de Derecho*, 1989, pp. 3039 ss.; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, op. cit., pp. 56 ss.

<sup>9</sup> Como señala A. QUIÑONES ESCÁMEZ, el TJUE evitó recurrir a la tipología gestada por la doctrina y jurisprudencia de los Estados miembros (litisconsorcio necesario, facultativo, conexidad reforzada o simple, pluralidad necesaria o facultativa), dado que ello generaría múltiples problemas interpretativos, *El foro de la pluralidad de demandados en los litigios internacionales*, op. cit., pp. 60.

12. Esta decisión se incorporaría posteriormente en el Reglamento 44/2001, cuyo art. 6.1, como hemos tenido oportunidad de señalar al comenzar este epígrafe, se refiere al foro de la pluralidad de demandados estableciendo estos requisitos adicionales<sup>10</sup>.

## B) La evolución de la jurisprudencia del TJUE

13. Una vez establecidos en la Sentencia Kalfelis los requisitos necesarios para la aplicación del art. 6.1 del Convenio de Bruselas, que pasarían posteriormente al art. 6.1 del Reglamento 44/2001, los problemas interpretativos se desplazaron a la determinación de las circunstancias en las que cabía apreciar que se daban tales requisitos. En este punto se observan vaivenes en la jurisprudencia del TJUE, en los que la Sentencia de 1 de diciembre de 2011 en el asunto Painer constituye el más reciente ejemplo. Vamos a referirnos a sus antecedentes.

14. En la *Sentencia del TJUE de 27 de octubre de 1998, Asunto C-51/97, Réunion européenne SA y otros c. Spliethoff's Bevrachtungskantoor BV, Capitaine commandant le navire «Alblasgracht V002»*<sup>11</sup>, se señaló, en primer término, que para la aplicación del art. 6.1 la acción debía entablarse ante los tribunales del domicilio de uno de los demandados, lo cual no se cumplía en este caso (p. 44-45). Pero después prosiguió el Tribunal recordando una serie de consideraciones realizadas en la Sentencia Kalfelis a propósito de los requisitos necesarios para la aplicación del art. 6.1 y del foro especial del art. 5.3 en materia delictual o cuasidelictual (p. 47-49), para concluir afirmando que no podía considerarse que tuvieran un punto de conexión dos demandas de una misma acción de reparación, dirigidas contra distintos demandados y basadas, una de ellas, en la responsabilidad contractual y, la otra, en la responsabilidad delictual (p. 50). Esta Sentencia, que coincidimos con quienes señalan que parecía mezclar consideraciones que en la Sentencia Kalfelis se realizaban separadamente a propósito de los art. 6.1 y 5.3<sup>12</sup>, se vería posteriormente corregida por la *Sentencia de 11 de octubre de 2007, Asunto C-98/06, Freepport plc c. Olle Arnoldsson*.

15. Un hito importante en la interpretación del art. 6.1 lo marcó la *Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006, Asunto C-539/03, Roche Nederland BV y otros c. Frederick Primus y Milton Goldenberg*<sup>13</sup>, por afectar a la práctica hasta entonces existente en un sector económico tan importante como es el de las patentes y las acciones en caso de su violación<sup>14</sup>. El supuesto se enmarcaba en la interpretación

<sup>10</sup> El Reglamento 44/2001 mantuvo la fórmula proporcionada por el TJUE en el asunto Kalfelis, a pesar de que existían propuestas en un sentido más restrictivo, vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «La revisión del Art. 6, apartado primero, del Convenio de Bruselas: pluralidad de demandados», *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Seminario celebrado en Tarragona, 30-31 de mayo de 1997, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 342 y ss.

<sup>11</sup> *Rec.* 1998, I-6511. Sobre esta sentencia, vid. M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2000, pp. 810 ss.; A. FONT SEGURA, «La responsabilidad del porteador efectivo en el Convenio de Bruselas de 1968», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1999, nº 5, pp. 187 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Revue critique de droit international privé*, 1999, pp. 333 y ss.; H. KOCH, «Europäische Vertrags- und Deliktsgerichtsstände für Seetransportschäden («Weiche Birnen»)», *IPRax*, 2000, pp. 186 y ss.; F. LECLERC, *Journal du droit international*, 1999, pp. 625 ss.; M. LÓPEZ DE GONZALO, *Diritto del commercio internazionale*, 1999, pp. 516 ss.

<sup>12</sup> R. ARENAS GARCÍA, «El foro de la pluralidad de demandados ante el TJCE: comentario a la STJCE (Sala Tercera) de 11 de octubre de 2007», *Anuario español del Derecho internacional privado*, t. VII, 2007, p. 634.

<sup>13</sup> *Rec.* 2006, I-6535.

<sup>14</sup> Se da la circunstancia de que el mismo día se dictó otra Sentencia que afectaría también decisivamente a la interpretación del foro exclusivo en materia de patentes, art. 16.4 del Convenio de Bruselas y 22.4 en el Reglamento 44/2001: Sentencia de 13 de julio de 2006, Asunto C-4/03, GAT c. LuK, *Rec.* 2006, I-6509. La mayoría de comentarios se refieren de modo conjunto a ambas Sentencias, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y M. REQUEJO ISIDRO, «Litigación internacional sobre patentes en Europa. El sistema de competencia judicial internacional interpretado por el TJCE», *Actas de derecho industrial y derechos de autor*, Tomo XXVII, 2006, pp. 661 ss.; E. BODSON, «Le brevet européen est-il différent? L'arrêt Roche Nederland de la Cour de Justice: vers une révision du règlement de Bruxelles en ce qui concerne la concentration de litiges transfrontaliers en matière de contrefaçon de brevets européens?», *Revue de droit international et de droit comparé*, 2007, pp. 447 ss.; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *Revista española de Derecho internacional*, 2006, Nº 2, pp. 947 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Nulidad e infracción de patentes en Europa

liberal que hacían los tribunales holandeses del art. 6.1, que fue evolucionando hacia un criterio algo más restrictivo a partir de la Sentencia de la *Corte de Apelación de La Haya de 23 de abril de 1998, Expandable Grafts Partnership c. Boston Scientific*, donde se sentó la teoría conocida como *spider in the web*: una pluralidad de empresas podían ser demandadas en Holanda si formaban una red entre ellas y el centro de dirección principal del grupo se encontraba en este país<sup>15</sup>. El caso Roche se refería a la supuesta vulneración de los derechos que ostentaban sobre una patente europea los Sres Primus y Goldenberg por parte de Roche Nederland BV y otras ocho sociedades del grupo Roche domiciliadas, algunas de ellas, en otros Estados miembros, y en el mismo se cuestionó al TJUE si existía el vínculo necesario para aplicar el art. 6.1, así como la pertinencia a efectos de valorar dicho vínculo de una serie de circunstancias que se enumeran en la cuestión prejudicial (el hecho de que las demandadas formen parte del mismo grupo de empresas; el hecho de que las demandadas hayan obrado en común, basándose en un plan de acción conjunta, y de ser así, el lugar en el que se originó dicho plan; el hecho de que los actos de violación imputados a las distintas demandadas sean idénticos o casi idénticos)<sup>16</sup>.

En este punto la Sentencia se refirió a que la naturaleza del vínculo requerido debía estar orientada por la necesidad de evitar resoluciones inconciliables, marcando la diferencia que existe a la hora de interpretar este concepto entre los arts. 22 y 27 del Convenio, arts. 28 y 34 en el Reglamento 44/2001, que también emplean el término «inconciliables». El TJUE se refirió a su *Sentencia de 6 de diciembre de 1994, Asunto C-406/92, The owners of the cargo lately laden on board the ship Tatry c. The owners of the ship Maciej Rataj*<sup>17</sup>, donde se ha establecido que a efectos de aplicar el art. 22 debe hacerse una interpretación más amplia de la conexidad, que cubra todos los supuestos en los que exista un riesgo de resoluciones contradictorias, aun cuando las resoluciones puedan ejecutarse separadamente y sus consecuencias jurídicas no sean mutuamente excluyentes. Se trata de un concepto más amplio que el previsto en el art. 27.3, donde es necesario para su aplicación que las resoluciones inconciliables impliquen consecuencias jurídicas que se excluyan recíprocamente (p. 23).

Pero ante la discusión que surgió entre las partes y gobiernos representados en el caso sobre si al art. 6.1 podía extenderse sin más la interpretación amplia del art. 22, o si atendiendo a la diferente finalidad y posición de las disposiciones en cuestión debía realizarse una interpretación algo más restrictiva (p. 24), el TJUE concluyó que no resultaba necesario pronunciarse al respecto en el presente asunto dado que no existía riesgo de resoluciones contradictorias (p. 25). Según el tribunal, la contrariedad de resoluciones debía inscribirse en el marco de una misma situación de hecho y de derecho (p. 26), lo cual no se daba en este supuesto.

En primer lugar señaló que no cabía apreciar que estuviéramos ante una misma situación de hecho cuando se trata de diferentes demandados, a los que se les imputa actos de violación de patente europea cometidos en diferentes Estados miembros y que no son los mismos (p. 27). Aunque posteriormente matizaría esta consideración a la luz de las circunstancias formuladas en la segunda cuestión prejudicial, pues señaló que sí cabría apreciar que estamos ante una misma situación de hecho en el supuesto de sociedades demandantes pertenecientes a un mismo grupo, que hubieran actuado de una manera idéntica o similar con arreglo a un plan de acción conjunta elaborada por una sola de ellas (p. 34). En cualquier caso, esta segunda consideración no modificó el sentido de la decisión, pues el TJUE señaló que tampoco estábamos ante una misma situación de derecho en el caso que nos ocupa, teniendo en cuenta que aunque el Convenio de Múnich prevé normas comunes para la concesión de la patente

---

después de GAT y Roche», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2006, pp. 269 ss.; A. PALMIERI, *Il foro italiano*, 2006, pp. 493-494; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Revista española de Derecho internacional*, 2006, Nº 2, pp. 951 y ss.; P. SCHLOSSER, *Juristenzeitung*, 2007, pp. 305 ss.; M. WILDERSPIN, «La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle. Les arrêts de la Cour de Justice dans les affaires C-4/03, GAT c. LuK, et C-539/03 Roche Nederland c. Primus et Goldberg», *Revue critique de droit international privé*, 2006, pp. 777 ss.

<sup>15</sup> Al respecto vid. A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Dykinson, 2008, pp. 126 y ss.

<sup>16</sup> Como señala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, el tribunal holandés solicitaba con esta cuestión prejudicial un juicio del TJUE acerca de la compatibilidad de su jurisprudencia *Boston Scientific* con el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, ahora Reglamento 44/2001, «Nulidad e infracción de patentes en Europa después de GAT y Roche», op. cit., p. 278.

<sup>17</sup> *Rec. 1994, I-5439*.

europea, ésta sigue rigiéndose por la normativa nacional de cada uno de los Estados contratantes para los que se concede (p. 29).

En definitiva, la Sentencia del TJUE de 13 de julio de 2006 en el asunto Roche consideró que no estaba justificado invocar el art. 6.1 en un supuesto de violación de una patente europea en diferentes Estados miembros por sociedades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, generando numerosas críticas y reacciones entre los especialistas de este sector. Se ha señalado que esta Sentencia obligaría a los titulares de una patente europea a litigar de modo paralelo en varios países, y que ante la complejidad y los gastos de procedimiento que ello generaría quizás se vieran obligados a hacerlo únicamente en los países que considerasen más estratégicos; que esta Sentencia se vincula a la tradicional protección territorial de los derechos de propiedad intelectual e industrial, lo cual puede afectar a una buena administración de la justicia; que con este resultado habría que considerar quizás la creación de una jurisdicción especializada a nivel internacional; que existe ya un grado sustancial de armonización jurídica en la regulación de estos derechos, que no fue debidamente tenido en cuenta por el tribunal, y que con diferentes procedimientos paralelos puede peligrar su interpretación uniforme...<sup>18</sup>

Junto a esas reacciones críticas, se añade que estas decisiones del TJUE en materia de patentes coincidieron en el tiempo con otras iniciativas promovidas desde diversos foros internacionales, que acogían posturas más liberales para mejorar la litigación internacional en este sector<sup>19</sup>. Conviene destacar, por la incidencia que como se verá después ha tenido en la decisión objeto de comentario, que el *European Max-Planck Group for the Conflict of Laws in Intellectual Property* ha planteado posibles reformas del Reglamento Bruselas I, proponiendo en relación con el art. 6.1 que se le añada un nuevo párrafo donde se especifique que existe riesgo de inconciliabilidad de resoluciones cuando las disputas se refieran esencialmente a las mismas cuestiones fácticas y jurídicas. En relación con este último aspecto se precisa que no se excluiría la existencia de una misma situación de derecho aún en el caso de que se aplicaran diferentes derechos nacionales, siempre que los preceptos aplicables estén sustancialmente armonizados como consecuencia de la legislación europea o de un convenio internacional aplicable al caso<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Para una referencia a las distintas críticas realizadas, vid. E. BODSON, «Le brevet européen est-il différent? L'arrêt Roche Nederland de la Cour de Justice: vers une révision du Règlement de Bruxelles en ce qui concerne la concentration de litiges transfrontaliers en matière de contrefaçon de brevets européens?», op. cit., pp. 477 ss.

<sup>19</sup> E. BODSON, «Le brevet européen est-il différent? L'arrêt Roche Nederland de la Cour de Justice: vers une révision du Règlement de Bruxelles en ce qui concerne la concentration de litiges transfrontaliers en matière de contrefaçon de brevets européens?», op. cit., pp. 481 ss.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, «Nulidad e infracción de patentes en Europa después de GAT y Roche», op. cit., pp. 281 y ss.

<sup>20</sup> El *European Max-Planck Group for the Conflict of Laws in Intellectual Property* se creó en 2004, disponiendo de una página web donde aparecen todos los trabajos y actividades realizados hasta la fecha ([http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/mikroseiten/cl\\_ip\\_eu/en/pub/home.cfm](http://www.ip.mpg.de/ww/de/pub/mikroseiten/cl_ip_eu/en/pub/home.cfm)). Este grupo ha venido elaborando los *Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP Principles)*, que se refieren a la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales. En la versión definitiva de los principios, que acaba de concluirse en diciembre de 2011, se contempla para el supuesto de la pluralidad de demandados la siguiente solución: «**Article 2:206: Multiple defendants:** (1) *A person who is one of a number of defendants may also be sued in the courts of the State where any of the defendants is habitually resident, provided the claims are so closely connected that it is appropriate to hear and determine them together to avoid the risk of incompatible judgments resulting from separate proceedings.* (2) *For the purposes of paragraph 1, a risk of incompatible judgments requires a risk of divergence in the outcome of the actions against the different defendants which arises in the context of essentially the same situation of law and fact. In particular in infringement disputes and subject to the individual circumstances of the case: (a) disputes involve essentially the same factual situation if the defendants have, even if in different States, acted in an identical or similar manner in accordance with a common policy; (b) disputes may involve essentially the same legal situation even if different national laws are applicable to the claims against the different defendants, provided that the relevant national laws are harmonised to a significant degree by rules of a Regional Economic Integration Organisation or by international conventions which are applicable to the disputes in question.* (3) *If it is manifest from the facts that one defendant has coordinated the relevant activities or is otherwise most closely connected with the dispute in its entirety, jurisdiction according to paragraph 1 is only conferred on the courts in the State where that defendant is habitually resident. In other cases, jurisdiction is conferred on the courts in the State or States of habitual residence of any of the defendants, unless a) the contribution of the defendant who is habitually resident in the State where the court is located is insubstantial in relation to the dispute in its entirety or b) the claim against the resident defendant is manifestly inadmissible*». Este grupo ya realizó una propuesta en este sentido para que se incluyera en la reforma actualmente en curso del Reglamento 44/2001 (*Exclusive jurisdic-*

16. En la evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre el art. 6.1 relativo al foro de la pluralidad de demandados debemos referirnos a continuación a la *Sentencia de 11 de octubre de 2007, Asunto C-98/06, Freeport plc c. Olle Arnoldsson*<sup>21</sup>. En este caso el Tribunal tuvo ocasión de volver a referirse a la posibilidad de aplicar el art. 6.1 en relación a dos demandados, en base respectivamente a una acción de fundamento contractual y a otra acción cuyo carácter contractual suscitaba dudas, señalando que este precepto tiene como objetivo evitar que se produzcan resoluciones contradictorias y que no requiere para su aplicación que las acciones ejercitadas contra distintos demandados tengan fundamentos jurídicos idénticos (p. 38-39). Las dudas suscitadas por la Sentencia Reunion européenne quedaban de esta forma despejadas, confirmando además el Tribunal que las consideraciones realizadas en esta Sentencia se referían a la posibilidad de aplicar el art. 5.3 para acumular las acciones en materia de responsabilidad contractual y delictual (p. 43-45). No obstante, quedaba la duda de cómo encajar estas consideraciones con la Sentencia Roche, a la que también se alude en esta Sentencia (p. 40), que requería para que pudiera darse una contrariedad de resoluciones que estuviéramos ante una misma situación de hecho y de derecho<sup>22</sup>.

17. Pues bien, la siguiente decisión en esta línea evolutiva de la jurisprudencia del TJUE es la Sentencia de 1 de diciembre de 2011, en el asunto Painer, a la que nos vamos a referir en el siguiente epígrafe.

### C) La Sentencia Painer

18. Como hemos tenido oportunidad de señalar anteriormente, en la Sentencia del TJUE de 1 de diciembre de 2011, Asunto C-145/10, Eva Maria Painer c. cinco editoras de prensa, se planteaba si podía aplicarse el art. 6.1 del Reglamento 44/2001 en relación con una pluralidad de demandados, que supuestamente habían cometido violaciones sustancialmente idénticas de unos derechos de autor, aún en el caso de que en relación con los distintos demandados hubiera que aplicar legislaciones nacionales diferentes pero esencialmente idénticas en cuanto a su contenido – según señala la Sentencia, como sucede en todos los países europeos con la acción de cesación sin culpa y con el derecho a una retribución adecuada por violaciones de derechos de propiedad intelectual y el derecho a indemnización que se deriva de la utilización ilegal-.

La pregunta tenía sentido en el marco de la jurisprudencia del TJUE a propósito del art. 6.1, pues, como cabe deducir del epígrafe anterior, la respuesta a esta cuestión no estaba clara. De hecho, la Sentencia Painer se refiere a una situación que presenta ciertas similitudes con la Sentencia Roche, y como veremos, acaba resolviéndose de una forma distinta. En los vaivenes jurisprudenciales a los que nos referíamos en el epígrafe anterior, da la impresión de que la Sentencia Freeport vino a corregir la interpretación que se hacía de la Sentencia Réunion européenne, en el sentido de flexibilizar los requisitos necesarios para la aplicación del art. 6.1, y de que ahora la Sentencia Painer viene a hacer lo mismo en relación con la Sentencia Roche.

19. En el caso Painer, el TJUE se refiere en primer término al tenor literal del art. 6.1, para señalar que no exige, entre los requisitos necesarios para su aplicación, que las acciones ejercitadas contra los distintos demandados tengan fundamentos jurídicos idénticos (p. 76). Y después prosigue refiriéndose a cómo

---

*tion and cross border IP (patent) infringement suggestions for amendment of the Brussels I Regulation*, 20.12.2006), pero que por el momento no ha prosperado.

<sup>21</sup> Rec. 2007, I-8319. Sobre esta Sentencia vid. C. ALTHAMMER, «Die Auslegung der Europäischen Streitgenossenzuständigkeit durch den EuGH – Quelle nationale Fehlinterpretation?», *IPrax*, 2008, pp. 228 ss.; R. ARENAS GARCÍA, «El foro de la pluralidad de demandados ante el TJCE: comentario a la STJCE (Sala Tercera) de 11 de octubre de 2007», op. cit., pp. 627 y ss.; M.A. MICHINEL ÁLVAREZ, *Revista española de Derecho internacional*, 2007, N° 2, pp. 754 y ss.; B. SUJECKI, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, pág. 3706.

<sup>22</sup> A las dudas generadas por esta Sentencia se refirió la abogada general V. TRSTENJAK en sus Conclusiones de 12 de abril de 2011 en el Asunto Painer, C-145/10. Igualmente, F. SALERNO «Coordinamento e primato tra giurisdizione civili nella prospettiva della revisione del Regolamento (CE) N. 44/2001», *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, N° 1, pp. 11-12.

en su jurisprudencia se ha venido requiriendo que este precepto se aplique con cierta cautela, para que no pueda convertirse en un medio con el que sustraer al demandado de su jurisdicción (Asunto Kalfelis) (p. 78).

En relación con ello, la Sentencia señala que la aplicación del art. 6.1 ha de estar orientada por su finalidad, que es evitar soluciones inconciliables en el sentido de este precepto (p. 79). Sobre el modo en que debe interpretarse este término de *inconciliables*, cabe destacar que se omite cualquier referencia a las diferencias que existen a este respecto en el marco de los actuales arts. 28 y 34 del Reglamento 44/2001, a pesar de que la Abogada General, Sra. V. TRSTENJAK, sí se detiene ampliamente en esta cuestión realizando alusiones al caso Roche (p. 57 a 71)<sup>23</sup>. Este silencio del Tribunal no impide deducir sin embargo que se decanta por la interpretación más flexible del art. 28 –se mencionan en sus considerandos las Sentencias Kalfelis y Freeport–, marcando ciertas diferencias entre este precepto y el art. 6.1, que ofrece un foro de competencia judicial internacional.

**20.** El TJUE recuerda que en su jurisprudencia anterior la inconciliabilidad de resoluciones se ha basado en una misma situación de derecho y de hecho. Aunque sobre estos requisitos realiza interesantes matizaciones:

En relación con una misma situación de derecho, esto es, que a las diferentes demandas se aplique un mismo derecho, resulta llamativo que se omita cualquier referencia a la Sentencia Roche, que, como tuvimos oportunidad de ver anteriormente, se aferró a una interpretación exigente de este requisito para concluir que no podía aplicarse el art. 6.1 En el caso Roche las demandas estaban sometidas a diferentes derechos nacionales, y el TJUE argumentó que en esta situación no podían darse soluciones inconciliables y no estaba justificado por tanto la aplicación del art. 6.1. Ahora la Sentencia objeto de comentario, siguiendo la estela de Sentencia Freeport, señala que la identidad de bases jurídicas no es un requisito indispensable, sino que constituye solamente un factor pertinente a considerar entre otros (p. 80). Esta afirmación se matiza no obstante con la consideración adicional de que en este caso, aún debiéndose aplicar diferentes derechos nacionales –austriaco y alemán–, se trata de normativas esencialmente idénticas (p. 82).

La verdad es que sorprende esta afirmación. En el caso Roche, que se refería a litigios relativos a una patente europea, también cabía hablar de una cierta aproximación o vinculación jurídica en virtud del Convenio de Múnich. La Sentencia de 1 de diciembre de 2011, sin siquiera mencionar el caso Roche, como si no hubiera existido, nos da una respuesta más flexible. Se echa en falta una justificación del TJUE del por qué de su cambio de postura, a pesar de que la Abogada General, Sra. V. TRSTENJAK, sí se esforzó en proporcionarle diversos argumentos a este respecto<sup>24</sup>. Con esta forma de proceder da la impresión de que el Tribunal reacciona frente a las críticas que producen sus decisiones, que fueron fuertes y numerosas en el caso Roche, lo cual puede generar poca confianza en su jurisprudencia. Conviene recordar que a raíz del caso Roche un grupo de expertos - *European Max-Planck Group for the Conflict of Laws in Intellectual Property*- propuso una pautas con las que modular los requisitos necesarios para la aplicación del art. 6.1, que ahora parecen inspirar a esta Sentencia<sup>25</sup>.

En cuanto a la misma situación de hecho, un matiz interesante en la Sentencia Painer es que se vincula fundamentalmente con la previsibilidad para los codemandados. Es decir, más que una referencia a que los demandados hayan realizado los mismos hechos, el acento se pone en que la posibilidad de ser demandado en otro país en base al foro de la pluralidad de demandados pueda resultarle previsible. Este era un aspecto a cuya importancia ya venía refiriéndose nuestra doctrina desde hacía tiempo<sup>26</sup>. En

<sup>23</sup> Nuestra doctrina ya se había referido a esta cuestión, poniendo de manifiesto las diferencias que derivan de decantarse por el 22 ó 27 del Convenio de Bruselas, 28 ó 34 en el Reglamento 44/2001. Se señala que pese a que en la redacción española del Convenio de Bruselas y del Reglamento 44/2001 se utiliza la misma expresión – *resoluciones inconciliables* –, en el resto de versiones, salvo la inglesa, se utiliza una terminología diferente en uno y otro, que evidencia la exigencia de un vínculo de menor intensidad en la excepción de conexidad (arts. 22/28), I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de las partes*, op. cit., p. 135; H. AGUILAR GRIEDER, *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, op. cit., pp. 135 ss.

<sup>24</sup> Conclusiones de 12 de abril de 2011 en el Asunto Painer, C- 145/10, p. 78-84.

<sup>25</sup> Vid. supra nota 20.

<sup>26</sup> I. HEREDIA CERVANTES, *Proceso internacional y pluralidad de las partes*, op. cit., p. 319; M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 146-147.

el caso Painer, aunque se deja al órgano jurisdiccional que valore las circunstancias del caso para tomar una decisión, sí se hace una alusión a la importancia de valorar a estos efectos si los demandados habían actuado de manera independiente, como parecía que de hecho había sucedido en este caso (p. 83).

**21.** En definitiva, en la evolución de la jurisprudencia del TJUE sobre el interpretación que debe darse al art. 6.1, la Sentencia Painer nos deja en la siguiente situación: la aplicación de este precepto debe estar orientada a evitar que se produzcan soluciones inconciliables en el marco de una misma situación de derecho y de hecho; para entender que estamos ante una misma situación de derecho no se requiere una identidad de bases jurídicas, siendo un importante factor a tener en cuenta que exista un grado sustancial de armonización; para entender que estamos ante una misma situación de hecho se precisa el factor de previsibilidad para los demandados, que podrá determinarse en función de si han actuado o no de forma independiente. En definitiva, factores que nos recuerdan al caso Roche, que ni siquiera se menciona, y que hubieran justificado quizás una solución diferente a la que se dio. La numerosa doctrina que reaccionó de manera crítica ante esta Sentencia, poniendo de manifiesto las numerosas dificultades que podía generar, entendemos que tiene motivos para estar satisfecha, además de sorprendida.

# EL CONTROVERTIDO ‘DERECHO’ DE RESIDENCIA DE LOS NACIONALES TURCOS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA STJUE DE 15 NOVIEMBRE 2011 (ASUNTO DERECI)

PILAR JUÁREZ PÉREZ

*Profesora titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 16.01.2012 / Aceptado: 23.01.2012

**Resumen:** El presente estudio aborda la situación jurídica de los nacionales turcos en la Unión Europea, a raíz de la STJUE de 15 de noviembre de 2011, asunto C-256/11, *M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres*. En esta decisión, el TJUE delimita con una mayor precisión el contenido y límites de las obligaciones que respecto a dichos nacionales impone a los Estados miembros la normativa derivada del Acuerdo de Asociación suscrito en 1963 entre la Comunidad Europea y Turquía. Centrando su análisis en este enfoque, el TJUE soslaya la cuestión -también planteada- de la posible extensión de los derechos de la ciudadanía europea a los familiares no comunitarios de los ciudadanos de la Unión.

**Palabras clave:** ciudadanía de la Unión, nacionales de terceros Estados, normativa estatal sobre derecho de entrada y residencia, cláusula *standstill*, Acuerdo de Asociación con Turquía.

**Abstract:** The present study addresses the status of Turkish nationals in the European Union, following the ruling of the ECJ, dated November 15, 2011, in Case C-256/11, *M. Dereci and others v. Bundesministerium für Inneres*. In this decision, the ECJ defines with greater precision the content and limits of the obligations imposed on such nationals to Member States regulations deriving from the Association Agreement signed in 1963 between the European Community and Turkey. Focusing its analysis on this approach, the ECJ also sidesteps the question posed-of-the possible extension of the rights of European citizenship to non-EU family members of citizens of the Union.

**Key words:** Union citizenship, third States nationals, details rules governing the exercise of the right of entry and of residence, standstill clause, EEC Turkey Association Agreement.

**Sumario:** I. El asunto «M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres». 1. Los hechos litigiosos. 2. Las cuestiones prejudiciales. II. Los fundamentos jurídicos no empleados ante el Tribunal de Justicia o no acogidos por él. 1. La Directiva 2004/38 y el artículo 8 CEDH. 2. El artículo 20 TFUE y la jurisprudencia Ruiz Zambrano. III. Los fundamentos jurídicos utilizados por el TJUE. 1. La normativa comunitaria respecto a Turquía. 2. La cláusula *standstill*. IV. Conclusiones.

## I. El asunto «M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres»

1. El presente estudio constituye una reflexión sobre el estatuto jurídico de los nacionales turcos en la Unión Europea, suscitada por la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) con fecha 15 de noviembre de 2011, en el asunto C-256/11, *M. Dereci y otros c. Bundesministerium für Inneres*. La sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada al TJUE por un tribunal austriaco que si bien giraba inicialmente sobre dos materias (ciudadanía de la Unión y régimen jurídico de los nacionales turcos en territorio Derecho comunitario) el TJUE deja reducida a una de una

forma escasamente argumentada. Con ello, lo que inicialmente parecía que podía constituir un peldaño más en la senda jurisprudencial marcada por el TJUE en el ámbito de la ciudadanía de la Unión<sup>1</sup>, constituye una interpretación judicial de la extensión y límites del derecho de residencia de los ciudadanos turcos en la Unión Europea.

2. Ello exige realizar el análisis de dicha decisión sobre la siguiente base: Turquía y la Unión Europea mantienen una particular relación desde que en 1963 la entonces denominada Comunidad Económica Europea -antecesora de la UE- firmara un Tratado de asociación con el Estado turco un Tratado de asociación con el estado turco, conocido como Acuerdo de Ankara<sup>2</sup>. Fue firmado en dicha ciudad el 12 de septiembre de 1963 y estableció una asociación con la República de Turquía, con vistas al ulterior ingreso de dicho Estado en la Comunidad Económica Europea. El acuerdo se completó con la firma, el 23 de noviembre de 1970, de un Protocolo Adicional que sentaba las bases para la creación de una unión aduanera<sup>3</sup>. A fin de hacer efectivo el contenido del acuerdo, éste creó un Consejo de Asociación, al que faculta la adopción de decisiones destinadas a controlar su desarrollo y efectuar su ejecución.

Tanto el acuerdo como su protocolo adicional y las decisiones del Consejo forman parte del ordenamiento comunitario, y su jurisprudencia ha declarado que dicho acervo normativo otorga derechos específicos a los nacionales turcos en materia de residencia y trabajo<sup>4</sup>, que además poseen un efecto directo que los hace directamente invocables ante los Estados miembros<sup>5</sup>. En él se incluye la Decisión nº 1/80, de 19 de septiembre de 1980, del Consejo de Asociación, objeto de una de las cuestiones prejudiciales planteadas en el presente asunto. En su sentencia, el TJUE analiza Acuerdo y la Decisión desde la perspectiva de los límites que su contenido fija a la actuación de los Estados miembros cuando dicha acción es susceptible de limitar los privilegios que esta normativa atribuye a los nacionales turcos en el territorio comunitario, con el objetivo de suprimir progresivamente las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

## 1. Los hechos litigiosos

3. La sentencia analiza el litigio planteado entre cinco nacionales extracomunitarios y el Estado austríaco, a raíz de la denegación por éste de sus respectivas solicitudes de residencia en dicho país. Varios son los elementos comunes a las cinco personas que integran la parte enfrentada al Ministerio del Interior austríaco (*Bundesministerium für Inneres*): todos ellos son nacionales de terceros países, familiares de ciudadanos austríacos (y por tanto, ciudadanos de la Unión Europea) que nunca han ejercitado su derecho a la libre circulación y que en ningún caso dependen económicamente de sus familiares extracomunitarios.

Junto a estas similitudes, los interesados presentaban también una diferencia sustancial respecto del Sr. Dereci: la nacionalidad turca de éste último. Como veremos, tal disparidad empieza por mediatizar el desarrollo del litigio (orientando el planteamiento de las cuestiones prejudiciales por el órgano judicial austríaco) y termina por inclinar la decisión final del TJUE. Asimismo, concurrían en sus respectivas circunstancias otras divergencias finalmente menos relevantes, como el carácter regular (asuntos Heiml y Kokollari) o irregular (asuntos Dereci y Maduiki) de la entrada en Austria, así como

<sup>1</sup> Sobre la orientación y alcance de esta jurisprudencia, sendos análisis exhaustivos y rigurosos pueden encontrarse en E. PATAUT, «Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique», *Revue trimestrielle de droit européen*, N. 3, jul.-sept. 2010, pp. 617-63; y D. SARMIENTO, «A vueltas con la ciudadanía europea y la jurisprudencia expansiva del Tribunal de Justicia», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 26, abril/junio 2000, pp. 211-227.

<sup>2</sup> Concluido en nombre de la Comunidad por la Decisión 64/732/CEE del Consejo, de 23 de diciembre de 1963, (*JO* 217, du 29 décembre 1964, p. 3685).

<sup>3</sup> *JO* L 293, du 29 décembre 1972 p. 4.

<sup>4</sup> *Vid.* entre otras, las SSTJCE 26 noviembre 1998, *Mehmet Birden y Stadtgemeinde Bremen*, 1/97, Rec. 1998, p. 774; y 24 enero 2008, *The Queen, Ezgi Payir, Burhan Akyuz, Birol Ozturk c. Secretary of State for the Home Department*, 294/06, *DOUE* C 64 de 8 marzo 2008, p. 10.

<sup>5</sup> STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros y Nadi Sahin c. Bundesanstalt für Arbeit*, 317/01 y 369/01, Rec. 2003, p. 12301, apartados 58 y 117.

de su residencia en dicho Estado (únicamente la Sra. Stevic poseía la preceptiva autorización). También variaba el vínculo familiar que unía a los reclamantes con ciudadanos de la Unión: cónyuge y padre de hijos de corta edad en el asunto Dereci, cónyuge en los asuntos Heiml y Maduik, e hijo mayor de edad en los asuntos Kokollari y Stevic). Pero la principal -por decisiva en la resolución del TJUE- diferencia entre los reclamantes radica en la nacionalidad turca de uno de ellos, el Sr. Dereci, ya que las restantes partes del procedimiento ostentaban nacionalidades extracomunitarias procedentes de otros países (Sri Lanka, Nigeria, Yugoslavia y Serbia).

4. Examinemos pues los elementos del asunto Dereci: se trata de un nacional turco que en noviembre de 2001 había entrado en Austria sin los permisos legales pertinentes. En julio de 2003 contrajo matrimonio con una nacional austríaca, con la que tuvo tres hijos que poseían la nacionalidad materna y que en la fecha del litigio eran menores de edad. En junio de 2004, el Sr. Dereci solicitó el permiso de residencia en Austria al amparo de la Ley federal sobre entrada y establecimiento de extranjeros de 1997<sup>6</sup>, que recogía su derecho al mismo por su condición de cónyuge de una nacional austríaca. Sin embargo, su petición fue rechazada en aplicación de una norma que derogaba la anterior, la Ley sobre establecimiento y residencia (en adelante, NAG), cuya entrada en vigor se había producido el 1 de enero de 2006<sup>7</sup>.

Conforme a esta normativa, los nacionales de terceros países que quieran obtener un permiso de residencia en Austria deben permanecer fuera de su territorio en tanto se resuelve su solicitud. Por este motivo, las autoridades austríacas consideraron que, mientras permanecía a la espera de la resolución de su solicitud, se encontraba en Austria de forma irregular desde el 1 de enero de 2006. En consecuencia, su petición fue denegada, dictándose contra él una orden de expulsión, que habiendo sido recurrida en apelación, se encontraba suspendida y pendiente de resolución. Es importante subrayar desde ahora que en esta decisión fue determinante la aplicación de la NAG de 2006, cuya entrada en vigor supuso la derogación de la normativa de 1997, que establecía un régimen mucho más favorable a la concesión del permiso de residencia a los familiares de ciudadanos austríacos, pese a que la solicitud había sido presentada bajo la vigencia de la normativa anterior.

Durante la tramitación de las solicitudes de residencia, el *Bundesministerium* rehusó la posibilidad de aplicar a los peticionarios el régimen establecido por la Directiva 2004/38 en materia de derecho de circulación y residencia de los familiares de ciudadanos de la Unión. El argumento para tal rechazo fue que los familiares comunitarios de los respectivos peticionarios no habían ejercitado su derecho a la libre circulación con anterioridad a sus solicitudes de residencia en Austria. Correlativamente, la autoridad austríaca también se negó a conceder los permisos de residencia solicitados sobre la base del artículo 8 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, que consagra el derecho al respeto de la vida privada y familiar<sup>8</sup>.

5. La decisión administrativa y su posterior confirmación fueron recurridas en apelación por los cinco interesados ante el tribunal administrativo austríaco (*Verwaltungsgerichtshof*). En su defensa, los recurrentes invocaron la aplicación de la Directiva 2004/38<sup>9</sup>, el citado derecho a la vida privada y familiar, y la jurisprudencia fijada por el TJUE unos meses atrás en el asunto *Ruiz Zambrano*<sup>10</sup>. En esencia, dicha doctrina legal constituye una interpretación extensiva de los derechos de los ciudadanos de la

<sup>6</sup> *Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden*, BGBl. I, 75/1997.

<sup>7</sup> *Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich*, BGBl. I, 100/2005.

<sup>8</sup> «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros».

<sup>9</sup> Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DOUE L 229 de 29 junio 2004).

<sup>10</sup> STJCE 8 marzo 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)*, 34/09, DOUE C 130 de 30 abril 2011, p. 2.

Unión, que amplía su disfrute a quienes, por su condición de nacionales de un tercer Estado, no ostentan su titularidad<sup>11</sup>. Con ello, la ciudadanía de la Unión se convierte en un título de extensión de derechos en beneficio de ciudadanos no comunitarios, que acceden a ellos como garantes del efectivo disfrute de tales derechos por sus titulares, los ciudadanos de la Unión.

En la sentencia invocada, el Tribunal de Justicia reconoció al Sr. Ruiz Zambrano, nacional colombiano, el derecho a residir y trabajar en Bélgica por su condición de padre de ciudadanos comunitarios -nacionales belgas- que se encontraban a su cargo. Para el TJUE, la permanencia de los hijos en Bélgica, y por tanto en territorio comunitario, dependía de forma directa de la presencia del interesado en dicho Estado, entendida como una residencia legal y económicamente productiva. Sólo su estancia en Bélgica en tales condiciones podía garantizar la de sus hijos, lo que a su vez constituía un requisito indispensable para el efectivo disfrute de sus derechos como ciudadanos de la Unión<sup>12</sup>.

La alegación de los recurrentes suscitó en el órgano judicial austríaco la duda sobre la aplicabilidad de dicha jurisprudencia al asunto Dereci, planteándose además la incidencia que la expulsión de los recurrentes del territorio comunitario podría tener sobre el efectivo disfrute por parte de sus familiares comunitarios de su derecho a la vida familiar. Por el contrario, la invocación de la Directiva 2004/38 no fue acogida por el *Verwaltungsgerichtshof*, considerando que faltaba el requisito del previo ejercicio de la libre circulación que para determinar su ámbito personal de aplicación consagra su artículo 3<sup>13</sup>. Sin perjuicio de lo cual, el tribunal se muestra mediatizado por la doctrina Ruiz Zambrano y parece temer posibles consecuencias negativas para los familiares comunitarios de la expulsión de Austria de los recurrentes no comunitarios. En consecuencia, se planteó la opción de tener en cuenta dicha Directiva en el presente asunto, de forma que su objetivo principal (el mantenimiento de la unidad familiar) permitiera entender que la imposibilidad de llevar una vida familiar en un Estado miembro podría tener el efecto de privar a los ciudadanos de la Unión de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto.

6. Asimismo, y ya exclusivamente en relación con el Sr. Dereci, el órgano jurisdiccional austríaco se cuestionó sobre la posible incidencia de su nacionalidad turca en la normativa aplicable a su solicitud de residencia en Austria. La base jurídica de dicho planteamiento es el ya mencionado Acuerdo de Ankara<sup>14</sup>, al considerar el tribunal austríaco que sus disposiciones podían verse vulneradas por la aplicación al Sr. Dereci de una normativa nacional más estricta que la anterior de cara a la obtención del permiso de residencia. Recordemos que dicha legislación, vigente desde el 1 de enero de 2006, fue la que llevó a las autoridades austríacas a rechazar la solicitud del Sr. Dereci, presentada en junio de 2004. Se trataba, en esencia, de dilucidar si el citado Acuerdo de Ankara establece un nivel tal de favorabilidad a la residencia de los nacionales turcos en territorio comunitario que ésta no pueda verse mermada por una legislación nacional restrictiva de un estatus anteriormente reconocido.

## 2. Las cuestiones prejudiciales

7. Por todo lo expuesto, el tribunal austríaco suspendió el procedimiento para plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

---

<sup>11</sup> Sobre este asunto, H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after *Ruiz Zambrano*», *European Law Review*, 36, october, 2011, pp. 704-72; P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión de la ciudadanía de la Unión: a propósito de la STJUE de 8 de marzo de 2011 (asunto Ruiz Zambrano)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2011, vol. 3, N. 2, pp. 249-266; nota de R. MORRIS en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, pp. 179-189.

<sup>12</sup> Apartados 42 y 45 sentencia *Ruiz Zambrano*.

<sup>13</sup> Beneficiarios. «1. La presente Directiva se aplicará a cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia (...) que le acompañen o se reúnan con él».

<sup>14</sup> Vid. nota 2.

- «1) a) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE<sup>15</sup> en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar al nacional de un país tercero cuyo cónyuge y cuyos hijos menores son ciudadanos de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia del cónyuge y de los hijos, cuya nacionalidad éstos poseen, aun cuando dichos ciudadanos de la Unión no dependen para su sustento del nacional del país tercero? (asunto Dereci)*
- b) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar al nacional de un país tercero cuyo cónyuge es ciudadano de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia del cónyuge, cuya nacionalidad éste posee, aun cuando dicho ciudadano de la Unión no depende para su sustento del nacional del país tercero? [asuntos Heiml y Maduik]*
- c) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar al nacional mayor de edad de un país tercero cuya madre es ciudadana de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia de la madre, cuya nacionalidad ésta posee, aun cuando, si bien la ciudadana de la Unión no depende para su sustento del nacional del país tercero, éste sí depende para su sustento de la ciudadana de la Unión? [asunto Kokollari]*
- d) *¿Debe interpretarse el artículo 20 TFUE en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros denegar a la nacional mayor de edad de un país tercero cuyo padre es ciudadano de la Unión la residencia en el Estado miembro de residencia del padre, cuya nacionalidad éste posee, aun cuando, si bien el ciudadano de la Unión no depende para su sustento de la nacional del país tercero, ésta recibe alimentos del ciudadano de la Unión?» [asunto Stevic].*

Tras esta batería de preguntas, el tribunal austríaco añadía otra, para el supuesto de que alguna de las respuestas a las cuatro anteriores fuera afirmativa: *«¿la obligación de los Estados miembros de permitir la residencia a los nacionales de un país tercero con arreglo al artículo 20 TFUE constituye un derecho de residencia derivado directamente del Derecho de la Unión, o basta con que el Estado miembro reconozca al nacional del país tercero el derecho de residencia con carácter constitutivo?»*

En tercer lugar, y en previsión de que la respuesta a esta segunda cuestión fuera la existencia de un derecho de residencia en virtud del Derecho de la Unión, el órgano estatal preguntaba: *«¿en qué condiciones no existe, de forma excepcional, el derecho de residencia derivado del Derecho de la Unión, o en qué condiciones puede retirarse al nacional de un país tercero el derecho de residencia?»*; y *«¿en qué condiciones puede denegarse al nacional del país tercero el derecho de residencia (pese a la obligación que en principio incumbe al Estado miembro de permitir la residencia)?»*

8. Finalmente, tras este grupo de cuestiones centradas de forma genérica en la situación de los cinco recurrentes, el juez austríaco se centra en el caso del Sr. Dereci, consciente del especial régimen jurídico que en el ámbito de la Unión Europea rige para los nacionales turcos en materia de entrada y residencia en el territorio comunitario. Así, plantea la hipótesis de que aun cuando el artículo 20 TFUE no sea contrario a la denegación de la residencia en un Estado miembro a un nacional extracomunitario, exista un obstáculo jurídico ulterior a dicha negativa, constituido por la Decisión nº 1/80 del Consejo

<sup>15</sup> Bajo la rúbrica «No discriminación y ciudadanía de la Unión», el artículo 20 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dispone: «1. Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla. 2. Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a. de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; b. de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c. de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; d. de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos».

de Asociación fundado por el Acuerdo de Ankara y su Protocolo Adicional, de 23 de noviembre de 1970. En concreto, plantea la siguiente cuestión prejudicial: ¿se oponen el artículo 13 de la Decisión o el artículo 41 del Protocolo Adicional a que, «en un caso como el del Sr. Dereci, se someta la primera entrada en el país de un nacional turco a una normativa nacional más estricta que la que se aplicaba previamente a los nacionales turcos en su primera entrada, aunque las disposiciones nacionales que facilitaban la primera entrada entraron en vigor después del momento en que las citadas disposiciones relativas a la Asociación con Turquía adquirieron eficacia respecto al Estado miembro?»

9. Dos son, por tanto, los ejes sobre los que giran las cuestiones planteadas al TJUE en el presente litigio: el primero, la posible extensión del derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios a sus familiares no comunitarios en virtud del que ya hemos denominado principio del efecto útil de la ciudadanía de la Unión<sup>16</sup>, que proscribía la adopción de cualquier acción estatal que restrinja o -lo que resulta más relevante- sea susceptible de restringir el efectivo disfrute de los derechos de los ciudadanos comunitarios<sup>17</sup>. El segundo, el eventual límite que el Acuerdo con Turquía y su legislación derivada pueden constituir de cara a la aplicación a los nacionales turcos de las modificaciones legislativas que en cada Estado miembro impongan un régimen sobre entrada y residencia más restrictivo que el anterior.

El primer bloque de cuestiones se refería, en esencia, a la interpretación del artículo 20 TFUE y al alcance de esta disposición tras las sentencias *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*<sup>18</sup>. Pero la respuesta del Tribunal defraudó las expectativas de que el asunto Dereci constituyera una oportunidad para definir su jurisprudencia anterior y delimitar de forma más precisa su ámbito de aplicación. Con una argumentación escuetamente fundamentada, el Tribunal rechazó de manera tajante la posible aplicación de dicha doctrina legal al presente supuesto, centrando su análisis en las consecuencias legales de la nacionalidad turca del Sr. Dereci para la obtención de su residencia en Austria, y excluyendo con ello a los restantes interesados del contenido de su decisión.

## II. Los fundamentos jurídicos no empleados ante el Tribunal de Justicia o no acogidos por él

10. Como ya se ha dicho, la respuesta del TJUE puede resultar decepcionante -o desconcertante, según otra valoración- desde el punto de vista de la ciudadanía de la Unión, al haber obviado el Tribunal las cuestiones que podían haberle dado pie a precisar los contornos de su jurisprudencia sobre el efecto expansivo de esta figura<sup>19</sup>. El órgano judicial austríaco planteó hasta cinco cuestiones prejudiciales sobre el alcance efectivo del artículo 20 TFUE, y correlativamente, una sobre las posibles consecuencias expansivas del estatuto del ciudadano de la Unión sobre sus familiares nacionales de terceros Estados. Todas ellas, cuestiones que la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia ha puesto en primer plano, tras emitir significativas decisiones que promueven una interpretación especialmente extensiva de los derechos reconocidos a los nacionales no comunitarios familiares -especialmente, cónyuges- de

<sup>16</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión...», cit., p. 265.

<sup>17</sup> La necesidad del efecto útil de la ciudadanía de la Unión ha sido expresa y detalladamente por la STJCE de 19 octubre 2004, *Zhu y Chen*, 200/02, Rec. p. I-9925.

<sup>18</sup> STJCE de 5 mayo 2011, *Shirley McCarthy y Secretary of State for the Home Department*, 434/09, el texto de la sentencia puede verse en [www.Curia.europa.eu](http://www.Curia.europa.eu), 5.5.2011. DOUE C 186 de 26 junio 2011. Una certera exposición sobre las diferencias existentes entre ambos pronunciamientos y el contenido en la STJCE 2 marzo 2010, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*, 135/08, (DOUE C 113 de 1 de mayo de 2010), puede verse en H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», cit., pp. 715-716; y E. PATAUT, «La citoyenneté et les frontières du droit de l'Union européenne», *Revue trimestrielle de droit européen*, N. 3, Juillet-Septembre, 2011, juill-sept. 2011, pp. 564-576.

<sup>19</sup> Así, antes de emitirse el pronunciamiento en el asunto Dereci, algunos autores confiaban en que, con ocasión del mismo, el TJUE despejara algunas dudas surgidas a raíz de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, como el alcance de la extensión de derechos concedida a los ciudadanos de la Unión (H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», cit., p. 713). El silencio del Tribunal sobre ése o cualquier otro aspecto de dicha doctrina legal, pese a las expectativas creadas, justifica el calificativo otorgado a su decisión.

ciudadanos de la Unión<sup>20</sup>. Sin embargo, el TJUE cerró todo posible juego del artículo 20 TFUE y su eventual aplicación a ciudadanos no comunitarios con el parco razonamiento de que ello no implicaba una privación del efectivo disfrute de los derechos aparejados a la ciudadanía de la Unión.

11. A este rechazo se añade otro previo del propio tribunal austríaco, que rehusó plantear tanto la posible aplicabilidad al litigio de la Directiva 2004/38 como la alegación de los recurrentes basada en el derecho a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 CEDH. En coherencia con lo cual, en sus cuestiones prejudiciales obvió toda referencia a este punto, dando por sentado esta posibilidad queda indubitadamente excluida, pese a tratarse de una cuestión discutible, como evidenció el propio Abogado General en sus conclusiones al presente asunto<sup>21</sup>.

## 1. La Directiva 2004/38 y el artículo 8 CEDH

12. Pese a tratarse de un asunto finalmente no recogido en las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Verwaltungsgerichtshof* austríaco, el presente análisis no quedaría completo si obviásemos toda referencia a la posible aplicación al litigio de la Directiva 2004/38. Y ello, porque se trata de un asunto en absoluto indiscutible, que suscitó entre los Gobiernos personados en el litigio opiniones encontradas, y respecto del que el TJUE, sin haber sido sometida a su consideración, emitió al respecto un pronunciamiento que no cabe soslayar aquí.

13. Desde el punto de vista jurídico, la discusión se centró en determinar si los interesados podían acogerse a las prerrogativas que la citada directiva otorga a los miembros no comunitarios de la familia de un ciudadano de la Unión. Por una parte, la mayor parte de los Gobiernos presentes<sup>22</sup> y la Comisión sostenían que la Directiva 2004/38 no resultaba aplicable al presente asunto, ya que los ciudadanos de la Unión afectados no habían ejercido su derecho a la libre circulación, lo que lo convertía en una cuestión puramente interna que no cabía someter al Derecho comunitario.

14. A esta interpretación se oponían tanto el Sr. Dereci como el Gobierno griego. El primero argumentaba que el carácter interno o no de la situación resultaba irrelevante, debiendo tenerse en cuenta únicamente la consecuencia que la negativa a concederle un permiso de residencia en Austria habría de tener para su familia, ya que al depender económicamente de él sus hijos menores, podían sufrir un notable perjuicio con su eventual expulsión del territorio austríaco. Como veremos, la decisión final del TJUE sobre este punto no significa que disienta del planteamiento, sino que se basa en la negativa de la premisa que lo sostiene: la condición de soporte económico de su familia alegada por el interesado.

Por su parte, el Gobierno griego planteaba una objeción no de corte fáctico, como la anterior, sino jurídica: que el respeto a la más reciente jurisprudencia comunitaria exigía realizar una interpretación del asunto conforme al sentido y espíritu del Derecho comunitario, y en particular de la Directiva 2004/38. En su opinión, dicha lectura obligaba a conceder el permiso de residencia a los interesados siempre que concurriesen ciertas condiciones: que los ciudadanos comunitarios y sus familiares no comunitarios cumplieren los restantes requisitos de la Directiva, que la acción estatal implicase un menoscabo sustancial del derecho a circular y residir libremente, y que la legislación nacional no otorgase una protección al menos equivalente a la ofrecida por la Directiva<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> M. BENLOLO CARABOT, «Vers une citoyenneté européenne de résidence?», *Revue des affaires européennes*, N. 1, 2011, pp. 7-28, esp. pp. 25-28.

<sup>21</sup> Que explica la postura del Tribunal de Justicia como un intento de que las competencias de la Unión y de sus instituciones invadan las del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el ámbito de la protección de los derechos fundamentales. Sentado lo cual, afirma que «no cabe excluir que, en los asuntos del litigio principal, la denegación de un permiso de residencia y/o las órdenes de expulsión dirigidas a algunos de los demandantes en el litigio principal, progenitor, hijo o cónyuge de un nacional de un Estado miembro, puedan constituir un menoscabo del respeto de la vida familiar garantizado por el artículo 8, apartado 1, del CEDH. Opinión del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi, presentada el 29 de septiembre de 2011, apartado 41.

<sup>22</sup> Concretamente, en esta postura se alineaban los Gobiernos austríaco, danés, alemán, irlandés, holandés, polaco y británico (apartado 38 de la sentencia *Dereci*).

<sup>23</sup> Apartado 43 de la sentencia *Dereci*.

15. En cuanto al invocado espíritu del Derecho comunitario, es importante recordar lo declarado por la Directiva 2004/38 en su sexto Considerando: «*Para mantener la unidad de la familia en un sentido amplio y sin perjuicio de la prohibición de discriminación por motivos de nacionalidad, los Estados miembros de acogida deben estudiar, basándose en su propia legislación nacional, la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva y que, por consiguiente, no disfrutan del derecho automático de entrada y residencia en el Estado miembro de acogida, con objeto de decidir si se les podría permitir la entrada y la residencia, teniendo en cuenta su relación con el ciudadano de la Unión o cualquier otra circunstancia, tales como la dependencia financiera o física del ciudadano de la Unión*»<sup>24</sup>.

16. Oponiéndose a esta argumentación, los citados Gobiernos y la Comisión argüían que dicha jurisprudencia -y en especial los principios acuñados en la sentencia *Ruiz Zambrano*- aborda «*situaciones muy excepcionales donde la aplicación de una medida nacional daría lugar a la privación del goce de la mayoría de los derechos que confiere la ciudadanía de la Unión*». Desde su punto de vista, dicha excepcionalidad no concurría en el presente asunto, pues la expulsión del Sr. Dereci del territorio comunitario no había de conllevar necesariamente para su familia la pérdida de la posibilidad de ejercitar sus derechos como ciudadanos comunitarios.

17. Al abordar esta cuestión, el TJUE admite inicialmente que la situación de un ciudadano comunitario que, como en el presente caso, no ha hecho uso de su derecho a la libre circulación no puede por este único motivo ser asimilada a una situación puramente interna<sup>25</sup>. Sin embargo, seguidamente recuerda que la normativa sobre libre circulación y las decisiones adoptadas para su ejecución no pueden aplicarse a situaciones que no tienen ningún vínculo de conexión con el Derecho comunitario, al localizarse todos sus elementos en el territorio de un solo Estado miembro<sup>26</sup>.

En consecuencia, el TJUE considera que no resulta aplicable la Directiva 2004/38 porque sobre ninguno de los cinco supuestos de hecho planteados en el asunto Dereci parece planear el riesgo de una privación efectiva de la esencia de los derechos vinculados a la ciudadanía de la Unión o de un obstáculo al ejercicio del derecho de libre circulación y residencia que también contiene dicho estatuto. En el caso del Sr. Dereci, porque -a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Ruiz Zambrano*- su cónyuge poseía la nacionalidad de un Estado miembro, gozando por tanto del estatuto de ciudadana de la Unión, y ni su sustento ni el de sus hijos menores, también ciudadanos comunitarios, dependía de la presencia del marido en Austria. Por tanto, su posible expulsión no implicaba inevitablemente el abandono del país para toda la familia.

A idéntica conclusión llega el TJUE respecto de los restantes interesados, declarando que los respectivos cónyuges de la Sra. Heiml y del Sr. Maduiké poseían sendos trabajos en Viena, por lo que no se veían en la necesidad de abandonar el país austríaco en caso de expulsión de los primeros, subrayando el Tribunal la similitud de estas situaciones con la resuelta por la sentencia *McCarthy*. Por último, respecto de los Sres. Kokollari y Stevic, hijos mayores de edad de ciudadanos de la Unión, sostiene igualmente que no estarían obligados a salir del territorio comunitario con sus hijos, al no depender económicamente de ellos.

18. De todo lo anterior cabe extraer varias conclusiones. En primer lugar, que el carácter puramente interno de una situación no implica de forma automática la inaplicabilidad del ordenamiento comunitario. En segundo lugar, que la posible entrada en juego de este ordenamiento tiene, en situaciones como la descrita, carácter excepcional. Que la excepcionalidad deriva de la concurrencia de un riesgo de que los ciudadanos comunitarios se vean privados del ejercicio efectivo de sus derechos como tales, u obstaculizados en el mismo. Y en tercer lugar, que dicha privación u obstáculo se produce indefectiblemente cuando el ciudadano de la Unión depende económicamente de su familiar no comunitario, porque

<sup>24</sup> Respecto a la *ratio legis* de la Directiva 2004/38, *vid.* M. BENLOLO CARABOT, «Vers une citoyenneté», pp. 19-20.

<sup>25</sup> Apartado 61 de la sentencia Dereci (*vid. infra* nota 68).

<sup>26</sup> Apartado 60 de la sentencia Dereci (*vid. infra* nota 67).

la expulsión del segundo del territorio comunitario conlleva de forma directa e inmediata que el primero se vea obligado a abandonar también dicho territorio.

Mucho se podría objetar a estas conclusiones: el propio concepto de «situación puramente interna»<sup>27</sup>, lo dogmático de la afirmación de que sólo la dependencia económica implica una potencial pérdida o lesión de derechos para los ciudadanos comunitarios, la posible vulneración del principio de no discriminación contenida en este planteamiento<sup>28</sup>, etc. En los siguientes epígrafes se desarrollan dichas objeciones, pues los argumentos utilizados por el TJUE en este punto son reiterados al resolver las cuestiones prejudiciales efectivamente sometidas a su consideración.

**19.** Pero antes, detengámonos en otro precepto jurídico no recogido en las cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE, pese a haber sido alegado ante éste y ante el órgano judicial austríaco, y cuya posible aplicación al caso resulta más que defendible: el artículo 8 CEDH. Ya hemos dicho que el tribunal austríaco se abstiene de plantear cualquier cuestión relativa a la eventual aplicabilidad al caso del artículo 8 CEDH, hurtando así al TJUE la posibilidad de pronunciarse al respecto; lo cual es de lamentar, dadas las dudas que dicho punto suscita. En efecto, resulta cuanto menos cuestionable la argumentación de la Administración austríaca para rechazar de plano la posible entrada en juego del derecho a la vida familiar consagrado por el artículo 8 CEDH: en su opinión, la incierta e irregular situación legal de los recurrentes desde el inicio de su estancia en Austria impedía que su vida privada y familiar fuese un factor a tomar en consideración.

**20.** Sin embargo, pese a no haber sido objeto de cuestión prejudicial alguna, el TJUE realiza una mención sobre la eventual aplicabilidad del artículo 8 CEDH, que pone de manifiesto cuál hubiera sido su respuesta en caso de haberse planteado dicha cuestión. Como punto de partida, el Tribunal recuerda que el derecho a la vida privada y familiar no sólo se encuentra consagrado por el artículo 8 CEDH, sino que el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>29</sup> (en adelante, la Carta) le otorga igualmente el carácter de fundamental con el mismo alcance que el precepto anterior. A continuación, declara que en virtud de su artículo 51 y conforme al principio de subsidiariedad, las disposiciones contenidas en la Carta resultan exigibles a los Estados miembros «únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión»<sup>30</sup>. Subraya también el TJUE que el mismo precepto reconoce que la Carta «no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión»<sup>31</sup>.

**21.** En consecuencia, la hipotética vulneración del derecho a la vida privada y familiar de los ciudadanos de la Unión afectados en el asunto Dereci únicamente podría ser sometida al enjuiciamiento del Tribunal de Justicia si estuviésemos ante un derecho protegido por el ordenamiento comunitario, esto es, ante el artículo 7 de la Carta. Por el contrario, si se considera -como estimó el tribunal austríaco- que se trata de una situación puramente interna, por no haber ejercitado dichos ciudadanos comunitarios su derecho a la libre circulación, la eventual vulneración del mismo derecho sólo podría ser juzgada -y en su caso, sancionada- a través de los mecanismos nacionales y convencionales de protección existentes para ello. En el presente caso, resulta evidente que ni el órgano judicial austríaco ni el TJUE consideraron que la situación litigiosa entraba dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario. La consecuencia es inmediata: el derecho a la vida privada y familiar de los familiares comunitarios de los recurrentes no podía verse amparado por el ordenamiento comunitario, ya fuera por la vía del estatuto del ciudadano de la Unión, ya fuera por la vía de la aplicación de la Carta.

<sup>27</sup> En este sentido, H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...» cit., p. 710, donde los autores cuestionan la propia noción de «situación interna».

<sup>28</sup> E importa reseñar que, como indican E. MUIR y A. PIETER VAN DER MEL, «la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se ha convertido en la columna vertebral de la ciudadanía de la Unión» («Editorial», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, p. 3).

<sup>29</sup> DOUE C 364 de 18 de diciembre de 2000.

<sup>30</sup> Sobre la interpretación del alcance de la Carta a la luz de este precepto, vid. E. MUIR, «Enhancing the protection of third-country nationals against discrimination: putting EU anti-discrimination law to the test», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, pp. 136-156, esp. pp. 153-154.

<sup>31</sup> Apartado 71 sentencia *Dereci*.

22. Bien es cierto según la jurisprudencia del TJUE, la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión no incluye el derecho al respeto de la vida familiar consagrado en el artículo 8.1 CEDH. Así, especialmente de la sentencia *McCarthy* se infiere que el derecho al respeto de la vida familiar resulta en sí mismo insuficiente para atraer hacia el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión la situación de un ciudadano de la Unión que no ha ejercido su derecho a la libre circulación y no ha sido privado del disfrute efectivo de uno de los derechos enumerados en el artículo 20 TFUE. Sin embargo, junto a lo discutible de esta diferente protección del derecho de un ciudadano de la Unión a su vida familiar en función de que previamente haya ejercido o no su libertad de libre circulación<sup>32</sup>, de lo que no cabe duda es de que tal derecho se ve amparado en todos los Estados miembros por la triple protección que le proporcionan los ordenamientos nacional, comunitario y convencional. En el caso de los ciudadanos de la Unión que hayan ejercido las libertades aparejadas a su estatuto, su derecho a la vida familiar queda amparado por la normativa comunitaria y convencional<sup>33</sup>. En caso contrario, la tutela del mismo debe quedar garantizada en los planos nacional y convencional.

Y es justamente en este punto donde la parca argumentación de las autoridades austríacas suscita serias dudas desde el punto de vista de la efectiva protección del derecho a la vida familiar de los ciudadanos comunitarios. Así lo declara el propio Abogado General, recordando que la normativa austríaca exige una valoración de la concurrencia de motivos de denegación de los motivos de denegación del permiso de residencia desde la óptica del necesario respeto a la vida privada y familiar consagrado por el artículo 8 CEDH. En el presente caso, el Abogado General cuestiona que dicha valoración se haya llevado a cabo efectivamente<sup>34</sup>, si bien no va más allá en su evaluación, toda vez que se trata de una materia no sometida a la consideración del TJUE y cuyo control ha de quedar, eventualmente, sujeto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

23. Queda, por tanto, simplemente apuntada aquí, reiterando lo discutible de la expeditiva y sucintamente argumentada exclusión de la aplicación del artículo 8 CEDH al presente asunto. Más aún, desde la perspectiva de la jurisprudencia Ruiz Zambrano, que ampliando el ámbito de aplicación del ordenamiento comunitario amplió también las facilidades de entrada en juego de las disposiciones de la Carta<sup>35</sup>. Pero la inaplicación, en los términos que veremos seguidamente, de esta jurisprudencia al asunto Dereci cerró la posibilidad de dar entrada al juego del artículo 8 CEDH.

## 2. El artículo 20 TFUE y la jurisprudencia Ruiz Zambrano

24. En la sentencia *Ruiz Zambrano*, el Tribunal de Justicia dictaminó que el artículo 20 TFUE se opone, por una parte, a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos menores ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales; y por otra, a que el Estado miembro deniegue a dicho nacional extracomunitario un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Reparo que evidencian a la perfección las siguientes palabras del Abogado General Mengozzi: «(...) no puedo pasar por alto el hecho de que las consecuencias de la aplicación pura y simple de la jurisprudencia Ruiz Zambrano y McCarthy en los asuntos del litigio principal suscitan ciertas situaciones de perplejidad que cabría considerar como escollos o, al menos, como paradojas. Una de ellas consiste en el hecho de que, para poder disfrutar efectivamente de una vida familiar en el territorio de la Unión, los ciudadanos de la Unión de que se trata se ven obligados a ejercer una de las libertades de circulación previstas por el TFUE» (Opinión del Abogado General, apartado 43). Sobre esta cuestión, *vid.* F. DE WITTE, «The End of EU Citizenship and the Means of Non-Discrimination», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, V. 18, 2011, N. 1-2, pp. 86-108.

<sup>33</sup> STJCE de 11 julio 2002, *Mary Carpenter y Secretary of State for the Home Department*, 60/00, *Rec.* 2000, p. 6279, apartado 41 y STJCE 25 julio 2008, *Metock y otros*, 127/08, *Rec.* 2008, p. 6241, apartado 56.

<sup>34</sup> «En el caso de la familia Dereci, tampoco está claro que las autoridades nacionales hayan comprobado que la denegación del permiso de residencia motivada, en parte, por el incumplimiento del baremo estricto, establecido por la normativa austríaca, relativo al nivel de ingresos exigido para esa familia, sea proporcionada en relación con la exigencia de la protección de la vida familiar» (Opinión del Abogado General, apartado 29).

<sup>35</sup> H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», *cit.*, p. 717.

<sup>36</sup> Apartado 46 sentencia *Ruiz Zambrano*.

25. En el asunto *Dereci*, el Tribunal de Justicia rechazó la posibilidad de aplicar los postulados de la sentencia *Ruiz Zambrano*, declarando que el Derecho comunitario y en particular las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión, no se oponen a que un Estado miembro deniegue el permiso de residencia a un nacional extracomunitario familiar de un ciudadano de la Unión nacional de dicho Estado miembro y cuyo territorio no ha abandonado jamás. El argumento principal del TJUE para descartar dicha aplicación es que tal denegación no supone para el ciudadano de la Unión una privación del efectivo disfrute de los derechos conferidos por el estatuto de la ciudadanía europea.

A juicio del TJUE, no cabía invocar aquí la doctrina *Ruiz Zambrano* por existir entre éste y el asunto *Dereci* una diferencia sustancial: la ausencia de riesgo de pérdida de sus medios de subsistencia para los familiares comunitarios del Sr. *Dereci*. Como vimos, el factor que inclinó definitivamente la decisión del Tribunal en el caso *Ruiz Zambrano* fue la constatación de que la no concesión del permiso de residencia al progenitor implicaría que sus hijos menores, ciudadanos de la Unión, deberían abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus padres. Igualmente, la no expedición correlativa de un permiso de trabajo crearía el riesgo de que la falta de medios de subsistencia en la Unión Europea obligase al Sr. *Ruiz Zambrano* a abandonar su territorio junto con sus hijos, con idéntica consecuencia: la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión.

De este modo, el TJUE realizó una interpretación amplia y de futuro: pese a no haberse vulnerado efectivamente ningún derecho de un ciudadano de la Unión -ni siquiera limitado su ejercicio- existía el riesgo de que los que integran su estatuto se vieran obstaculizados, de cumplirse las hipótesis del órgano judicial. Ante el peligro de que dicho riesgo se convirtiera en un daño real, el Tribunal adelantó la barrera protectora del Derecho comunitario y declaró no conforme al mismo la negativa de las autoridades belgas a conceder al Sr. *Ruiz Zambrano* (nacional colombiano) el permiso de residencia y trabajo, una decisión puramente estatal cuya adopción en principio tan solo competía al Estado belga<sup>37</sup>.

26. En el presente asunto, el TJUE acogió finalmente las alegaciones de la mayor parte de los Gobiernos personados en los autos, así como de la Comisión, susceptibles de ser resumidas en tres ejes principales. En primer lugar, subrayaban el carácter excepcional de la doctrina *Ruiz Zambrano*, en su opinión únicamente aplicable a los supuestos en que una decisión nacional -como la no concesión del permiso de residencia y/o trabajo- podía ocasionar la privación del goce efectivo de los derechos aparejados al estatuto de la Unión. En segundo lugar, aducían que en el caso *Dereci* no existía un verdadero riesgo de que su familia -todos ciudadanos de la Unión- se viera obligada a abandonar el territorio comunitario, pues la nacionalidad austríaca de la madre le garantizaba su derecho a permanecer en el Estado austríaco junto a sus hijos, también nacionales del mismo, y a disfrutar de los derechos contenidos en el artículo 20.2 TFUE. Finalmente, Gobiernos y Comisión afirmaban que al no depender ni la esposa ni los hijos económicamente del Sr. *Dereci*, en el caso de que éste fuera expulsado a Turquía, su familia no corría el riesgo de verse obligada a abandonar el territorio de la Unión, a diferencia de lo que ocurría en el asunto *Ruiz Zambrano*, donde ambos progenitores eran nacionales extracomunitarios y el sustento de sus hijos dependían de la actividad económica del padre. Como vimos, a los restantes reclamantes se aplicaron las mismas consideraciones fácticas y correlativamente, idéntica consecuencia jurídica.

27. Al acoger estos razonamientos, el factor de la dependencia económica se revela como el elemento clave de la decisión del Tribunal de Justicia. Sobre este argumento, el TJUE elabora un silogismo que puede explicarse como sigue: si los recursos económicos de un ciudadano de la Unión están supeditados a los ingresos de un nacional no comunitario, la expulsión de éste obligará a aquél a abandonar también el territorio comunitario, privándole de la posibilidad de ejercitar efectivamente sus derechos como ciudadano de la Unión. En consecuencia, la dependencia económica se revela como el factor decisivo que garantiza el verdadero disfrute de los derechos aparejados al estatuto del ciudadano de la Unión.

En su argumentación, el propio Tribunal de Justicia reconoce que, a falta de un derecho de residencia secundario del nacional extracomunitario -derivado de su condición de familiar de un ciudadano

<sup>37</sup> P. JUÁREZ PÉREZ, «La inevitable extensión...», cit., p. 255.

de la Unión-, cabe otorgarle tal derecho, aunque con carácter excepcional, en virtud de la necesidad de proteger el efecto útil de la ciudadanía europea. La tutela de este efecto útil ha llevado en otras ocasiones al TJUE a reconocer a nacionales extracomunitarios un derecho a residir en la Unión Europea, en su condición de garantes del sustento -y consiguiente permanencia en territorio comunitario- de ciudadanos de la Unión, cuyo derecho de residencia garantiza el artículo 21.2 TFUE<sup>38</sup>.

**28.** El efecto inmediato de esta jurisprudencia es reconocer a los nacionales de terceros Estados a cuyo cargo se encuentra un ciudadano comunitario de corta edad el derecho a residir con éste en el Estado miembro de acogida. De este modo, el TJUE admite la posibilidad de extender a un nacional de un tercer Estado del derecho de residencia que el artículo 21 TFUE TCE otorga a los ciudadanos de la Unión, aun cuando dicho nacional extracomunitario no pueda acogerse a los beneficios otorgados por la Directiva 2004/38/CE.

En el asunto Dereci, el TJUE consideró que no concurría el elemento decisivo para facultar dicha extensión, al declarar que los ciudadanos comunitarios familiares de los nacionales de terceros Estados «no corrían el riesgo de verse privados de sus medios de subsistencia». En consecuencia, no se daba el carácter excepcional que el Tribunal de Justicia ha querido dar a su jurisprudencia expansiva elaborada en el caso Ruiz Zambrano, que en última instancia viene a depender de la situación económica de los integrantes del núcleo familiar.

**29.** Dos objeciones cabe hacer a este pronunciamiento, una fáctica y otra jurídica. La primera se refiere a la concreta situación del Sr. Dereci, que plantea serias dudas respecto a la contundencia de lo afirmado por el Tribunal de Justicia. Así lo advierte el propio Abogado General en sus conclusiones, que recuerda que el reclamante alegó ante el TJUE que tenía una obligación de alimentos hacia sus hijos<sup>39</sup>. Asimismo, en el proceso judicial previo había indicado al *Verwaltungsgerichtshof* que en caso de concedérsele el permiso de residencia, tendría la posibilidad de ejercer una actividad asalariada, con la consiguiente contribución que ello supondría a la economía del núcleo familiar, integrado -no resulta ocioso recordarlo- por tres hijos de corta edad.

Pero ni el órgano judicial austríaco ni el TJUE acogen dichas alegaciones, considerando que el sustento económico de la familia quedaba suficientemente cubierto con los ingresos de la Sra. Dereci, y por tanto, asegurada su permanencia en el Estado austríaco; y por ende, en el territorio comunitario, con la subsiguiente garantía de su efectivo disfrute de los derechos que integran el estatuto del ciudadano de la Unión. Aquí radica la objeción fáctica anteriormente mencionada, pues del desarrollo de los procedimientos ante ambos tribunales y de sus respectivas apreciaciones sobre la situación económica de la familia Dereci, se desprenden dudas sobre la certeza de la afirmación final: que el sustento familiar quedaba garantizado por la Sra. Dereci. Dudas que no sólo se proyectan al futuro (¿qué ocurriría si la Sra. Dereci dejara de percibir ingresos o éstos resultaran insuficientes para mantener a sus hijos?), sino que se plantean también respecto de la situación económica que el núcleo familiar alega en el momento del litigio.

A esta cuestionable valoración fáctica se añade la segunda objeción al planteamiento del TJUE, esta vez de corte jurídico. Según el razonamiento empleado por el Tribunal, la aplicación de la jurisprudencia Ruiz Zambrano a situaciones similares a la planteada en dicho asunto queda al albur de las circunstancias económicas que puntualmente aleguen los interesados; o peor aún, de las que tengan la capacidad de acreditar y el Tribunal estime apreciables. En consecuencia, la aplicación de una doctrina legal queda supeditada a cuestiones fácticas e incluso probatorias, que acrediten respecto de los nacionales extracomunitarios su condición de garantes del efectivo derecho del estatuto de ciudadanos de la Unión de los miembros de su unidad familiar, avalando con su capacidad económica su permanencia en el territorio comunitario.

En palabras del Abogado General Mengozzi, «las diferentes situaciones específicas de las que habrá de conocer el Tribunal de Justicia con ocasión de las peticiones de decisión prejudicial serán las

<sup>38</sup> Sobre la incidencia del efecto útil de la ciudadanía europea sobre el derecho de residencia, *vid.* STJCE 19 octubre 2004, *Kunqian Catherine Zhu, Man Lavette Chen y Secretary of State for the Home Department*, 200/02, *Rec.* 2002, p. 9925.

<sup>39</sup> Opinión del Abogado General Mengozzi, nota 23.

que determinen el alcance exacto de la sentencia Ruiz Zambrano. Admito que esta situación es poco satisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica»<sup>40</sup>. Este carácter decisivo que se otorga a una circunstancia puntual, cambiante, e incluso susceptible de ser falsificada, suscita notables reparos, pues no sólo genera inseguridad jurídica, sino que puede dar lugar a actuaciones fraudulentas fácilmente imaginables<sup>41</sup>. Para combatir ambos riesgos, consideramos más apropiado basar la aplicación de la doctrina Ruiz Zambrano en circunstancias más objetivas y jurídicamente evaluables, como la relación familiar existente entre el nacional extracomunitario y los ciudadanos europeos y el derecho a la vida privada y familiar consagrado por la normativa comunitaria e internacional.

### III. Los fundamentos jurídicos utilizados por el TJUE

30. Como acabamos de ver, el TJUE descartó de plano la posible aplicabilidad al litigio del artículo 21 TFUE y la subsiguiente aplicación de la jurisprudencia Ruiz Zambrano. La consecuencia inmediata de esta decisión fue el no reconocimiento a cuatro de los cinco recurrentes del derecho a permanecer en el territorio austríaco por extensión del derecho de residencia cuya titularidad ostentaban sus familiares. En el estado actual del Derecho y la jurisprudencia comunitarias, dos son las «*rutas*» por las que los nacionales de terceros Estados pueden acceder a la residencia en territorio comunitario: la Directiva 2004/38 y la extensión del art. 21 TFUE<sup>42</sup>. Cerradas ambas para cuatro de los cinco recurrentes en el presente supuesto, al Sr. Dereci le quedaba otra posible vía de acceso, eventualmente contenida en la normativa comunitaria respecto de Turquía. Por tanto, el tribunal austríaco demandó del TJUE una respuesta sobre las implicaciones de tal normativa en este supuesto concreto, permitiéndole pronunciarse sobre el alcance de las prerrogativas que esta legislación otorga a los nacionales turcos en la Unión Europea, y las correlativas limitaciones que a la acción de los Estados miembros conlleva su tutela.

#### 1. La normativa comunitaria respecto a Turquía

31. Ante todo, hay que volver a reseñar un dato: la nacionalidad turca del Sr. Dereci; reseña que, lejos de resultar una obviedad o una redundancia innecesaria, resulta clave aquí para entender el planteamiento del litigio, las dudas iniciales del órgano judicial austríaco, sus consiguientes cuestiones prejudiciales y la resolución dada por el TJUE. Como vimos, el órgano remitente se pregunta, en relación con la nacionalidad del demandante en ese asunto del litigio principal, si el Acuerdo de Ankara de 12 de septiembre de 1963 constituye un obstáculo a la aplicación a los nacionales turcos de una normativa estatal más estricta que la anterior en materia de entrada y residencia en el territorio austríaco. Soslayada por el TJUE la opción de analizar el asunto desde la perspectiva de los derechos del ciudadano comunitario (en su condición de tal, y como titular de derechos fundamentales), éste acaba siendo el enfoque elegido, centrándose su pronunciamiento en establecer la extensión y límites del estatuto de los nacionales turcos en la Unión Europea.

32. En concreto, la cuestión prejudicial preguntaba si los artículos 13 de la Decisión nº 1/80 del Consejo de Asociación<sup>43</sup> ó 41.1 del Protocolo Adicional<sup>44</sup> impiden que se someta la primera entrada en el país de un nacional turco a una normativa nacional más estricta que la que se aplicaba previamente a los nacionales turcos en su primera entrada. Y ello, teniendo presente que la normativa nacional sobre

<sup>40</sup> Opinión del Abogado General Mengozzi, apartado 49.

<sup>41</sup> Sobre las objeciones que cabe realizar al «*test de circunstancias*» empleado por el TJUE en el asunto Ruiz Zambrano, vid. nota de R. MORRIS en *Maastricht Journal...*, cit., pp. 183-183.

<sup>42</sup> H. VAN EIJKEN y S.A. DE VRIES, «A New Route...», cit., pp. 720-721.

<sup>43</sup> Article 13. «*The Member States of the Community and Turkey may not introduce new restrictions on the conditions of access to employment applicable to workers and members of their families legally resident and employed in their respective territories*».

<sup>44</sup> Article 41.1. «*Les parties contractantes s'abstiennent d'introduire entre elles de nouvelles réstrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services*».

la primera entrada en territorio austríaco había entrado en vigor cuando las disposiciones relativas a la Asociación con Turquía ya habían adquirido eficacia respecto a dicho Estado miembro.

El TJUE inicia su respuesta puntualizando que se trata de preceptos que no cabe aplicar de forma conjunta<sup>45</sup>, pese a que ambas disposiciones poseen la misma naturaleza<sup>46</sup> y un objetivo idéntico: crear condiciones favorables para la aplicación progresiva, respectivamente, de la libre circulación de trabajadores (art. 13), del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios (art. 41.1) mediante la prohibición a las autoridades nacionales de introducir nuevos obstáculos al ejercicio de dichas libertades por los nacionales turcos<sup>47</sup>. En el asunto Dereci, el fundamento jurídico elegido por el TJUE para resolver la cuestión es el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, al tratarse de un litigio que afecta a su potencial libertad de residencia en el territorio comunitario.

**33.** La doctrina jurisprudencial en torno a este precepto parte de una premisa: la cláusula de *standstill* en él recogida no puede, por sí sola, generar a favor de un nacional turco un derecho de establecimiento ni un derecho de residencia derivados directamente de la normativa comunitaria<sup>48</sup>. Es jurisprudencia reiterada que las disposiciones relativas a la asociación con Turquía no invaden la competencia de los Estados miembros para regular tanto la entrada en su territorio de los nacionales turcos como las condiciones de su primera actividad profesional. Antes al contrario, esta normativa sólo regula la situación de los trabajadores turcos que ya están legalmente integrados en el Estado miembro de acogida<sup>49</sup>.

Y es que, en efecto, el Acuerdo con Turquía y su legislación derivada no eliminan la condición de nacionales de terceros Estados de los ciudadanos turcos, que por dicho motivo carecen del derecho a circular libremente dentro de la Unión Europea. La prerrogativa que les reconoce el ordenamiento comunitario es el disfrute de ciertos derechos en el Estado miembro de acogida en cuyo territorio han entrado legalmente y han ejercido un empleo legal durante un período determinado. En consecuencia, la primera admisión de un nacional turco en el territorio de un Estado miembro está inicialmente regulada en exclusiva su ordenamiento nacional y el interesado sólo puede invocar, con arreglo al Derecho comunitario, determinados derechos en materia de ejercicio de un empleo asalariado o de una actividad por cuenta propia y, por consiguiente, en materia de residencia, si se encuentra ya en situación legal en el Estado miembro de que se trate<sup>50</sup>.

**34.** Sin embargo, esta afirmación se ve considerablemente matizada por la cláusula *standstill* recogida en el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, que impide que un Estado miembro adopte cualquier medida nueva que tenga como finalidad o como consecuencia someter la residencia de un nacional turco en su territorio a requisitos más restrictivos que los que eran aplicables en el momento de la entrada en vigor de dicho Protocolo Adicional en el Estado miembro de que se trate. De esta forma, el artículo 41.1 constituye el «*corolario necesario de los artículos 13 y 14 del Acuerdo de Asociación, del que constituye el medio indispensable para llevar a cabo la eliminación progresiva de los obstáculos nacionales a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios*»<sup>51</sup>.

**35.** En el asunto enjuiciado, en el momento de la adhesión de Austria a la Comunidad Europea, 1 de enero de 1995 -y por ello el de entrada en vigor del Protocolo Adicional en dicho Estado- estaba vigente la normativa sobre entrada de extranjeros notablemente más benevolente que la aplicada al Sr.

<sup>45</sup> Apartado 81 de la sentencia.

<sup>46</sup> STJCE 11 mayo 2000, *The Queen contra Secretary of State for the Home Department, ex parte Abdulnasir Savas*, 37/98, Rec. 2000, p. 2927.

<sup>47</sup> STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301.

<sup>48</sup> SSTJCE 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartados 64 y 67; y 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301.

<sup>49</sup> SSTJCE 19 febrero 2009, *Mehmet Soysal y Ibrahim Savatli c. Bundesrepublik Deutschland*, 228/06, Rec. 2009, p. 1031; 10 febrero 2000, *Ömer Nazli, Caglar Nazli y Melike Nazli c. Stadt Nürnberg*, 340/97, Rec. 2000, p. 957.

<sup>50</sup> STJCE 21 julio 2011, *Tural Oguz c. Secretary of State for the Home Department*, 186/10, Rec. 2011; y 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartado 65.

<sup>51</sup> STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301.

Dereci para resolver su solicitud de permiso de residencia<sup>52</sup>. Proyectando su jurisprudencia anterior sobre el asunto Dereci, el TJUE declara una vez más que la interpretación conjunta de los artículos 13 de la Decisión nº 1/80 y 41.1 del Protocolo Adicional lleva a considerar que el alcance de la obligación de *standstill* en ellos contenida se extiende a cualquier nuevo obstáculo que los Estados pretendan interponer al ejercicio de la libertad de establecimiento, de la libre prestación de servicios o de la libre circulación de trabajadores<sup>53</sup>.

**36.** Por «nuevo obstáculo» entiende el Tribunal cualquier agravación de las condiciones existentes en el momento de la entrada en vigor de la Decisión nº 1/80 y el Protocolo Adicional en el Estado miembro de que se trate, impidiendo con ello que los Estados se alejen del objetivo perseguido por la cláusula *standstill* contenida en dicha normativa. De esta forma, la cláusula de mantenimiento del *statu quo* prohíbe a las autoridades nacionales agravar las condiciones de residencia de los nacionales turcos mediante la introducción de nuevas medidas que restrinjan el acceso a la misma. Aplicada a libertad de establecimiento, la obligación de *standstill* pretende lograr que las autoridades nacionales se abstengan de adoptar disposiciones que puedan comprometer la consecución de los objetivos del Protocolo Adicional.

En el asunto Dereci se puso de manifiesto que la entrada en vigor de la NAG, el 1 de enero de 2006, había supuesto un endurecimiento de las condiciones al ejercicio de la libertad de establecimiento de los nacionales turcos -y con carácter general, de todos los nacionales extracomunitarios-, al exigirles la permanencia fuera del territorio austríaco en tanto se resolvía su solicitud de residencia (art. 21 NAG). Por el contrario, bajo normativa anterior, contenida en la ley de 1997, los nacionales turcos que se encontrasen en una situación similar a la del Sr. Dereci podían disfrutar, en su calidad de familiares de nacionales austríacos, de la libertad de establecimiento y presentar su solicitud de residencia una vez que habían accedido a dicho Estado (art. 49).

Esta situación debía ser enjuiciada a la luz de los artículos 13 de la Decisión nº 1/80 y 41.1 del Protocolo Adicional, cuyo efecto directo faculta a los nacionales turcos a invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales para excluir la aplicación de disposiciones estatales contrarias a las cláusulas de *standstill* contenidas en dichos preceptos<sup>54</sup>. Se hacía preciso, por tanto, analizar el alcance de dicha cláusula, a fin de determinar si su protección alcanzaba al supuesto planteado por la situación del Sr. Dereci.

## 2. La cláusula *standstill* o de mantenimiento de *statu quo*

**37.** En su última cuestión prejudicial, el *Verwaltungsgerichtshof* demanda del Tribunal de Justicia una interpretación de las cláusulas *standstill* aplicables en el contexto del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Unión y la República de Turquía. Como vimos, dicha cláusula se recoge en el artículo 41.1 del Protocolo Adicional con el siguiente tenor: «*las Partes Contratantes se abstendrán de introducir entre sí nuevas restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios*».

**38.** En el asunto Dereci, la nacionalidad turca del interesado generó incertidumbre sobre la legitimidad de la aplicación respecto de su solicitud -no así respecto de la de los restantes recurrentes, nacionales de otros Estados- de la legislación austríaca de 2006, que endurecía los requisitos para la concesión del permiso de residencia en dicho Estado. Más aún, cuando el solicitante había presentado su petición en 2004, bajo la vigencia de una normativa menos estricta que databa de 1997, si bien ésta había sido resuelta una vez entrada en vigor la nueva regulación.

La cuestión debatida se centró pues en determinar si el sometimiento de la solicitud del Sr. Dereci a la nueva regulación sobre extranjería constituía por parte del Estado austríaco una «nueva restricción» a la libertad de establecimiento que el Protocolo Adicional reconocía a los nacionales turcos.

<sup>52</sup> En concreto, regían en dicho momento la ley sobre establecimiento 466/1992 (*Aufenthaltsgesetz*) y la ley de extranjería (*Fremdengesetz*) 838/1992, que serían posteriormente derogadas por la Ley de 75/1997, a su vez derogada el 1 de enero de 2006 por la entrada en vigor de la NAG.

<sup>53</sup> Apartado 94 sentencia *Dereci*.

<sup>54</sup> STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., apartados 58 y 117.

Como hemos visto, el TJUE dictaminó sobre este punto que el artículo 41.1 del Protocolo Adicional permitía calificar de «nueva restricción» la promulgación de una normativa más restrictiva que la anterior, teniendo en cuenta además que esta última suponía una flexibilización de las condiciones previas al ejercicio de la libertad de establecimiento de los nacionales turcos en el momento de la entrada en vigor en Austria del Protocolo Adicional.

39. Sentado lo cual, procede ahora definir el alcance y límites de la cláusula *standstill* contenida en el artículo 41.1 del Protocolo. La esencia de dicha disposición es impedir un nivel de protección decreciente respecto de los derechos conferidos a los nacionales turcos por el Acuerdo de Ankara y el Protocolo Adicional, garantizando el mantenimiento, en todos los Estados miembros, del *statu quo* concedido a los ciudadanos turcos en la fecha de entrada en vigor de dicha normativa.

Para el Tribunal de Justicia, la conservación del *statu quo* anterior a la entrada en vigor de la legislación austríaca que endurecía los requisitos para la concesión del permiso de residencia impedía, en el asunto Dereci, aplicar dicha normativa a su solicitud, pues ello implicaba exigirle el cumplimiento de una condición no exigida en la fecha de su petición: permanecer fuera del territorio austríaco durante la tramitación del permiso de residencia. De este modo, la situación del reclamante quedaba «blindada» frente a ulteriores modificaciones legislativas que, en el Estado austríaco, pudieran dificultar su acceso a la residencia en dicho país. Tales modificaciones son calificadas por el TJUE de «nueva restricción» prohibida por el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, precepto del que subraya además su efecto directo ante los Estados miembros. En virtud del cual, los derechos que confiere a los nacionales turcos a los que resulta aplicable pueden ser directamente invocados ante las jurisdicciones nacionales para impedir la aplicación de disposiciones internas que les resulten desfavorables (aquí, la NAG austríaca de 1 de enero de 2006).

40. Esta consecuencia queda fuera de toda duda para el Tribunal de Justicia, afirmando que el precepto enuncia «en términos claros, precisos e incondicionales», una «cláusula inequívoca de *standstill*»<sup>55</sup>, que genera para los Estados miembros una obligación que se traduce legalmente en una mera abstención de levantar nuevas barreras jurídicas al ejercicio de los derechos adquiridos por los ciudadanos turcos en virtud del Acuerdo de Asociación. En este punto, el TJUE nada innova sobre su jurisprudencia anterior, que reiteradamente ha señalado que el artículo 41.1 del Protocolo Adicional prohíbe con carácter general la introducción de cualquier medida nueva que tenga por objeto o por efecto someter el ejercicio por un nacional turco de las libertades económicas protegidas a una normativa legal más restrictiva que la que resultaba aplicable en la fecha de entrada en vigor del Protocolo Adicional en cada Estado miembro<sup>56</sup>.

41. Sin embargo, también es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia que la cláusula de *standstill* del artículo 41.1 del Protocolo Adicional no confiere, por sí misma, a los nacionales turcos, sobre la mera base de la normativa comunitaria, un derecho de establecimiento y correlativo de residencia, ni un derecho de libre prestación de servicios, ni un derecho de entrada en el territorio de un Estado miembro<sup>57</sup>. Tales derechos continúan regulados por la normativa interna de los Estados miembros<sup>58</sup>, ya que la cláusula contenida en este precepto «no opera como norma de fondo que convierta casi en inaplicable el Derecho material pertinente al que sustituya, sino como norma de naturaleza cuasi-procedimental, que prescribe *ratione temporis* cuáles son las disposiciones de la normativa de un Estado miembro que deben regir la apreciación de la situación de un nacional turco que desee ejercitar

<sup>55</sup> Apartado 87 de la sentencia *Dereci*.

<sup>56</sup> SSTJCE 21 julio 2011, *Tural Oğuz c. Secretary of State for the Home Department*, cit.; 20 septiembre 2007, *The Queen, Veli Tum y Mehmet Dari contra Secretary of State for the Home Department*, 16/05, Rec. 2007, p. 7415, apartado 46; 19 febrero 2009, *Soysal y Savatli*, cit.; 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartados 46 a 54 y 71; 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., 58, 59 y 117; y 20 de septiembre de 2007, *Tum y Dari*, cit., apartado 46.

<sup>57</sup> SSTJCE 11 mayo 2000, *Savas*, cit., apartados 64 y 71; 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., apartado 52.

<sup>58</sup> STJCE 19 de febrero de 2009, *Soysal y Savatli*, cit., apartado 47.

la libertad de establecimiento en un Estado miembro»<sup>59</sup>. Por tanto, no genera en absoluto ni un derecho material de establecimiento ni una igualdad de trato con los nacionales del Estado miembro de que se trate<sup>60</sup>.

42. Junto a esta confirmación de su jurisprudencia ya consolidada sobre el artículo 41.1 del Protocolo Adicional, en el asunto Dereci el TJUE aborda una cuestión puntualmente tratada por su doctrina legal: el ámbito de aplicación personal de la cláusula *standstill*, cuya extensión ha sido discutida en ocasiones por los Estados miembros<sup>61</sup>. En presente caso, los Gobiernos austriaco, alemán y británico alegaban que la situación irregular del Sr. Dereci en Austria le impedía beneficiarse del privilegio contenido en el artículo 41.1 del Protocolo Adicional. Pero el Tribunal de Justicia rebate dicha argumentación, recordando que la irregularidad de la estancia del Sr. Dereci en Austria derivaba de una legislación sobrevvenida, ya que a la fecha de su solicitud de residencia el interesado poseía el derecho de establecimiento derivado de su condición de cónyuge de una ciudadana austriaca.

43. Con este pronunciamiento, la *sentencia Dereci* supone un avance de la jurisprudencia anterior del TJUE sobre el estatuto de los nacionales turcos en territorio comunitario, ya que ésta había admitido la posibilidad de que los Estados miembros introdujeran nuevas restricciones al ejercicio por los nacionales turcos de las citadas libertades en los supuestos en que éstos no se encontrasen aún de forma regular en sus respectivos territorios<sup>62</sup>. De este modo, la situación irregular del Sr. Dereci en territorio austriaco no constituye un elemento que pueda «desactivar» la cláusula *standstill* y legitimar la aplicación a su solicitud de residencia una normativa que restringe el acceso a la misma frente a la regulación precedente y cuya entrada en vigor se produjo con posterioridad a la del Protocolo Adicional. Un pronunciamiento, por demás, coherente con la tradición jurisprudencial del TJUE de llevar las interpretaciones sobre la normativa relativa a Turquía «lo más lejos posible» en el marco del ordenamiento comunitario<sup>63</sup>.

#### IV. Conclusiones

44. A raíz del planteamiento al TJUE de las cuestiones prejudiciales contenidas en el asunto Dereci, el Abogado General Mengozzi celebraba que dichas cuestiones tuvieran «el mérito de situar rápidamente al Tribunal de Justicia ante la tarea de precisar los límites de su jurisprudencia incipientes». Con ello se refería a la *sentencia Ruiz Zambrano*, dictada apenas tres meses antes. Pero el augurio del Abogado General no se cumplió en absoluto: antes al contrario, la primera sensación que despierta la *sentencia Dereci* es que estamos ante una decisión «prudente».

<sup>59</sup> STJCE 20 de septiembre de 2007, *Tum y Dari*, cit., apartado 55. Vid. el análisis que de esta jurisprudencia realiza N. TEZCAN/IDRIZ, quien concluye que la *sentencia Soysal* es «la consecuencia natural» de la *sentencia Tum y Dari* («Free movement of persons between Turkey and the EU: To move or not to move? The response of the judiciary», *Common Market Law Review*, V. 46, n. 5, october 2009, pp. 1621-1665).

<sup>60</sup> STJCE 11 julio 2011, *Tural Oguz*, cit., apartado 45.

<sup>61</sup> STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., apartado 75: «No puede aceptarse el argumento (...) según el cual dicho artículo 13 no afecta al derecho de los Estados miembros a adoptar, incluso con posterioridad al 1 de diciembre de 1980, nuevas restricciones al acceso al empleo de los nacionales turcos, sino que implica únicamente que éstas no son aplicables a aquellos nacionales que ya ejercen un empleo legal y poseen para ello un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en el momento en que se introducen dichas restricciones (...). Semejante interpretación resulta paradójica y puede vaciar de contenido al artículo 13 de la Decisión nº 1/80, puesto que un nacional turco que ya ejerce legalmente un empleo en un Estado miembro ya no necesita estar protegido por una cláusula de «standstill» relativa al acceso al empleo, precisamente porque tal acceso ya ha tenido lugar y el interesado se beneficia, en el marco de su carrera en el Estado miembro de acogida, de derechos que el artículo 6 de la misma Decisión le confiere explícitamente».

<sup>62</sup> STJCE 21 octubre 2003, *Eran Abatay y otros*, cit., p. 12301: «el tenor de este artículo 13, que se separa en determinados aspectos del tenor de dicho artículo 41, apartado 1, del Protocolo Adicional, se manifiesta más bien a favor de la interpretación según la cual la prohibición de nuevas restricciones se refiere solamente al momento en el que son legales la primera estancia y la primera ocupación del trabajador en el territorio del Estado miembro de que se trate».

<sup>63</sup> N. TEZCAN/IDRIZ, «Free movement of persons...», cit., p. 1621.

En cierto modo, el Tribunal de Justicia ha rehuído pronunciarse sobre el alcance a nacionales de terceros Estados de los derechos que el artículo 21 TFUE confiere a los ciudadanos de la Unión utilizando fundamentalmente dos argumentos. El primero, que se trataba de una situación puramente interna no cubierta por el ordenamiento comunitario; el segundo, que no existía una dependencia económica sustancial de los ciudadanos de la Unión respecto de sus familiares no comunitarios. Con ambos argumentos, en TJUE ha descartado la aplicación al litigio de la Directiva 2004/38, del artículo 21 TFUE y del artículo 8 CEDH, limitando la base jurídica de su decisión a la normativa comunitaria vigente respecto de los nacionales turcos; y con ello, al supuesto específico que constituía la situación del Sr. Dereci.

45. De esta forma, lo que inicialmente podía haber sido una decisión judicial aclaratoria del significado y repercusión de la senda jurisprudencial que en materia de ciudadanía de la Unión inició el TJUE con ocasión de las sentencias *Ruiz Zambrano* y *McCarthy*<sup>64</sup>, se convirtió en una sentencia dirigida a delimitar el alcance de la legislación aplicable a los nacionales turcos en la Unión europea y los límites que ésta impone a la acción de los Estados miembros.

Respecto al primer punto, es inevitable lamentar que el Tribunal de Justicia haya dejado pasar la ocasión de pronunciarse sobre su incipiente jurisprudencia expansiva en materia de ciudadanía de la Unión. Sin embargo, también es posible realizar de este silencio otra lectura: quizá la prudencia del TJUE evidencie su propia postura ante dicha jurisprudencia, al no haberla aplicado en toda su extensión a los cinco supuestos planteados, tal vez temiendo las excesivas consecuencias de una jurisprudencia demasiado generosa con los nacionales de terceros Estados. No resulta osado por ello deducir que la sentencia *Dereci* viene a otorgar a la jurisprudencia *Ruiz Zambrano* un carácter de excepcionalidad que anteriormente tan sólo podía presumirse.

46. Con independencia de lo anterior, que no deja de ser una suposición basada en la parca fundamentación jurídica del TJUE para descartar la aplicabilidad al caso de la jurisprudencia *Ruiz Zambrano*, la sentencia *Dereci* sí resulta cuestionable en algunos de los argumentos expresamente utilizados por el Tribunal de Justicia. En primer lugar, la conversión del criterio de la dependencia económica en un factor *cuasi sine qua non* para facultar la ampliación del derecho de residencia de los ciudadanos comunitarios a sus familiares nacionales de terceros Estados. Como ya dijimos, esta regla crea inseguridad jurídica y puede dar lugar a fraudes, además de resultar cuestionables los métodos para acreditar su efectiva concurrencia, como apuntó el propio Abogado General Mengozzi.

En nuestra opinión, sería más apropiado basar dicha extensión -que aprobamos y aplaudimos- en factores más objetivos y un fundamento jurídico diferente: la relación familiar existente entre el nacional extracomunitario y los ciudadanos europeos y el derecho a la vida familiar de éstos últimos. Bien es cierto es que el criterio de la vinculación familiar también es susceptible de generar situaciones fraudulentas, que el Derecho de extranjería conoce de sobra. Sin embargo, ello sólo cabría respecto del vínculo matrimonial -no así de filiación-, respecto del que todos los Estados poseen ya mecanismos para prevenir y combatir la celebración de los denominados «matrimonios blancos».

A mayor abundamiento, consideramos que el requisito de la dependencia económica entre ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados no constituye el único argumento posible para justificar la concesión a los segundos de la oportunidad de permanecer en el territorio comunitario junto a sus familias. Como indicó la Abogada General Sharpston en sus conclusiones a la sentencia *Ruiz Zambrano*, «cuando los ciudadanos circulan, lo hacen como seres humanos, no como robots. Se enamoran, contraen matrimonio y fundan familias. La unidad familiar (...) puede estar compuesta (...) de ciudadanos de la Unión y nacionales de Estados terceros, estrechamente vinculados unos a otros. Si los miembros de la familia no reciben el mismo trato que los ciudadanos de la Unión que ejercen sus

<sup>64</sup> Una clarificación que resulta más que necesaria, habida cuenta de la notable incertidumbre que respecto al contenido del concepto de «estatuto fundamental del ciudadano de la Unión» ha despertado la doctrina legal contenida en dichas decisiones. En este sentido, *vid.* E. PATAUT, «La citoyenneté et les frontières...», cit., pp. 571-576.

*derechos a la libre circulación, el concepto de libre circulación queda desprovisto de cualquier contenido real*<sup>65</sup>.

Utilizando un enfoque estrictamente jurídico, sustentado por la *ratio legis* de la Directiva 2004/38 y el derecho contenido en los artículos 8 CEDH y 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es legítimo cuestionarse si el mantenimiento de la unidad familiar -aun sin interdependencia económica- no es suficiente para justificar por sí solo una ampliación del derecho de residencia en la Unión Europea. ¿Es más relevante la dependencia económica que la emocional, hasta el punto de ser la primera la única que para el TJUE impida la ruptura del núcleo familiar? Obviamente, son situaciones imposibles de cuantificar y quizá el intento de hacerlo únicamente desde una perspectiva pecuniaria no sólo resulte insuficiente, sino también discriminatorio para los ciudadanos de la Unión no económicamente dependientes.

47. La segunda objeción que cabe hacer al pronunciamiento del Tribunal es su tajante descarte de la posible entrada en juego de la Directiva 2004/38. Aunque es obligado reconocer que su argumento resulta irrefutable desde el punto de vista jurídico, pues los interesados no entran dentro del concepto de «beneficiarios» acuñado por el artículo 3.1, y la decisión se muestra acorde con la doctrina consagrada en las sentencias *Metock*<sup>66</sup> y *McCarthy*. Sin embargo, no se debe olvidar el propio espíritu de la norma, recogido principalmente en su sexto Considerando («mantener la unidad de la familia en un sentido amplio»), que exige a los Estados miembros «estudiar (...) la situación de las personas no incluidas en la definición de miembros de la familia con arreglo a la presente Directiva», a fin de determinar si cabe concederles la entrada y residencia en sus territorios en atención a su relación con un ciudadano de la Unión y -lo que resulta aquí especialmente significativo- teniendo en cuenta «cualquier otra circunstancia», entre la que no sólo incluye la dependencia económica, sino también la física.

Estas consideraciones sí habían sido tenidas en cuenta por el TJUE en el asunto *Ruiz Zambrano*, si bien hay que admitir que en él se apreció además el factor -decisivo- de la dependencia económica de los menores respecto de sus progenitores. Resolviendo de esta forma el presente litigio, quizá el TJUE haya querido poner cierto coto a su propia jurisprudencia, restringiendo la posibilidad de extender los derechos de los ciudadanos de la Unión a sus familiares no comunitarios al supeditarla a la concurrencia del requisito fáctico de la dependencia económica de los primeros respecto de los segundos, y limitando también la posibilidad de acogerse a las prerrogativas que a los nacionales extracomunitarios concede la Directiva 2004/38, al exigir de forma estricta el cumplimiento del requisito del previo ejercicio de la libre circulación por los ciudadanos comunitarios para poder acogerse a dichos beneficios. En este punto, recordemos que en el asunto *Ruiz Zambrano* tampoco había habido dicho ejercicio previo, pues los nacionales comunitarios afectados nunca habían salido de su Estado miembro de origen, aunque es cierto que se apreció la citada dependencia económica, lo cual cierra el círculo de la argumentación jurídica del Tribunal.

48. Las dos objeciones anteriores se fundamentan sobre un hecho incontestable: la jurisprudencia más reciente del TJUE ha puesto de manifiesto la existencia de demasiadas interferencias en el efectivo disfrute de los derechos aparejados a la ciudadanía de la Unión; interferencias que derivan de una carencia: la del ordenamiento comunitario para regular situaciones estrictamente nacionales. Así lo recuerda el TJUE en la presente sentencia, citando su propia jurisprudencia anterior<sup>67</sup>, si bien admite la

<sup>65</sup> Conclusiones de la Abogada General Sra. Eleanor Sharpston presentadas el 30 de septiembre de 2010, asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano* contra *Office national de l'emploi* (ONEM), apartado 128. En el mismo sentido, S. BARBOU DES PLACES, «Nationalité des Etats membres et citoyenneté de l'Union dans la jurisprudence communautaire: la consécration d'une nationalité sans frontières», *Revue des affaires européennes*, N. 1, 2011, p. 31.

<sup>66</sup> STJCE 25 julio 2008, *Metock* y otros, cit., p. 6241. Una decisión criticada por S. HAMMAMOUN y N. NEUWAHL, «Le droit de séjour du conjoint non communautaire d'un citoyen de l'Union dans le cadre de la directive 2004/38 (CJCE, affaire *Metock*, C-127/08)», *Revue trimestrielle de droit européen*, n. 1, Janvier/Mars 2009, pp. 91-104, que la consideran una ocasión desperdiciada por el TJUE para haber interpretado la Directiva 2004/38 conforme a su verdadero sentido inspirador.

<sup>67</sup> Apartado 60 de la *sentencia Dereci*: «las normas que regulan la libre circulación y las medidas adoptadas para su aplicación no pueden aplicarse a situaciones que no tienen ningún punto de conexión con las situaciones reguladas por el ordenamiento comunitario y se limitan en todos sus aspectos relevantes al territorio de un solo Estado miembro». Vid. STJCE

posibilidad de salvar este obstáculo mediante una interpretación ya utilizada en otras ocasiones: que el solo hecho de no haber ejercitado el derecho a la libre circulación no basta para calificar la situación del ciudadano comunitario de puramente interna<sup>68</sup>. Se aprecian aquí ciertas vacilaciones que la doctrina legal del Tribunal de Justicia viene arrastrando en sus últimas decisiones<sup>69</sup>, pero no ha sido la sentencia *Dereci* la ocasión escogida para disiparlas.

49. Una vez visto lo que la sentencia *Dereci* no ha sido -una ocasión para precisar la jurisprudencia del TJUE en materia de ciudadanía de la Unión-, finalizaremos ya su análisis con una reflexión sobre su pronunciamiento respecto a la cuestión del estatuto jurídico de los nacionales turcos en la Unión Europea. La nacionalidad turca de uno de los interesados suscitó en el tribunal austríaco la duda sobre su eventual derecho a la protección que la normativa relativa a Turquía dispensa a sus nacionales en el territorio comunitario. En la sentencia *Dereci*, el Tribunal de Justicia aborda esta cuestión desde un doble planteamiento: el alcance de la cláusula *standstill* contenida en la citada normativa y las implicaciones que respecto a su aplicación pueda tener el carácter irregular de la estancia de un nacional turco en el territorio de los Estados miembros.

50. Respecto al primer punto, el TJUE viene a reiterar una interpretación del artículo 41.1 del Protocolo Adicional ya constante en su jurisprudencia: que por «nueva restricción» en el sentido de dicho precepto se debe considerar la adopción de cualquier medida estatal que suponga un retroceso sobre los beneficios y prerrogativas que se vinieran otorgando a los nacionales turcos en el territorio de cada Estado miembro. Aplicada al caso *Dereci*, esta doctrina lleva al Tribunal a declarar contraria a la citada norma la aplicación a su solicitud de residencia de una legislación más restrictiva que la vigente en el momento de su presentación. Como hemos dicho, en este aspecto el Tribunal se muestra coherente con su jurisprudencia anterior, que ha venido interpretando en términos muy amplios la limitación que para la acción estatal implica la prohibición contenida en el artículo 41.1 del Protocolo.

51. Por lo que hace a la segunda cuestión, en este punto el Tribunal de Justicia se muestra más innovador, al emitir un pronunciamiento que constituye un avance en una línea jurisprudencial ya iniciada pero aún no consolidada. Y ello, como ya se dijo, porque sólo ocasionalmente se ha esgrimido ante el TJUE el argumento utilizado por el gobierno austríaco en el asunto *Dereci*: que su situación irregular en Austria le impedía beneficiarse de la cláusula *standstill* recogida en el artículo 41.1 del Protocolo. Rechazando este razonamiento, el Tribunal extiende el ámbito de aplicación de la cláusula a los nacionales turcos cuya situación en un Estado miembro no ha sido aún regularizada, contrariamente a lo declarado en otras decisiones, que habían admitido la introducción de ulteriores restricciones estatales al libre establecimiento de nacionales turcos en dicha situación<sup>70</sup>.

Sin embargo, hay que subrayar que la decisión del Tribunal de Justicia no es tan osada e incondicional como pudiera parecer, pues se cuida de puntualizar que lo discutible de su situación irregular en Austria deriva de su condición de cónyuge de una nacional de dicho Estado. Existía, por tanto, un vínculo de conexión que en cierto modo protegía al Sr. *Dereci* -quizá más que la propia cláusula *standstill*- de la acción legislativa del Estado en materia de establecimiento y residencia. Se trata, por tanto, de un avance tímido, pero avance al fin, sobre la anterior jurisprudencia del TJUE, que en ocasiones ha admitido la posibilidad de que los Estados miembros restrinjan respecto de los nacionales turcos en

---

1 abril 2008, *Gouvernement de la Communauté française, Gouvernement wallon c. Gouvernement flamand*, DOUE C 128 de 24 mayo 2008, apartado 33; 25 julio 2008, *Metock y otros*, cit., apartado 77; y 5 mayo 2011, *McCarthy*, cit., apartado 45.

<sup>68</sup> Apartado 61 de la sentencia *Dereci*: «sin embargo, la situación de un ciudadano de la Unión (...) que no ha hecho uso de su derecho a la libre circulación no puede, por esa sola razón, ser asimilada a una situación exclusivamente interna». Vid. SSTJCE SSTJCE 12 julio 2005, *Egon Schempp/Finanzamt München V*, 403/03, Rec. 2005, p. 6421, apartado 22; y *McCarthy*, apartado 46.

<sup>69</sup> Al respecto, vid. A. ILIOPOULOU, «Citoyenneté européenne et principe de non-discrimination», *Revue des affaires européennes*, N. 1, 2011, p. 57, que denuncia la debilidad de la «doctrina de las situaciones puramente internas» frente a la aplicación expansiva del Derecho comunitario.

<sup>70</sup> Vid. *supra* nota 62.

situación irregular en un Estado miembro el ejercicio de las libertades protegidas por el Acuerdo de Ankara y su Protocolo Adicional.

**52.** Como reflexión final, dejamos planteada una duda: ¿cuál hubiera sido el pronunciamiento del TJUE si ninguno de los recurrentes hubiera tenido la nacionalidad turca? No resulta descabellado preguntarse si la concurrencia de esta circunstancia en el Sr. Dereci pudo ir en perjuicio de sus compañeros de viaje, pues terminó siendo el factor determinante de su permanencia en el territorio de la Unión. Casualmente, era también el Sr. Dereci el único con hijos menores de edad ciudadanos comunitarios, y pese a la falta de dependencia económica de éstos respecto a aquél estimada por el TJUE, no hay que ignorar el peso que esta relación familiar tuvo en el pronunciamiento Ruiz Zambrano.

Desechada la posible aplicación de la Directiva 2004/38, por tratarse de un asunto interno (requisito que empieza a resultar también altamente cuestionable, pero no es ésta la sede dónde hacerlo), la única posibilidad de mantener la unidad familiar sería acogerse a la extensión de los derechos que integran el estatuto del ciudadano de la Unión conforme a la doctrina Ruiz Zambrano. Pero quizá el TJUE no ha querido ir tan lejos, pues reconocer dicha opción a los cinco recurrentes hubiera sido tanto como consagrar un derecho de reagrupación familiar paralelo al que regula la citada directiva y no sometido a sus requisitos. Y en el presente caso, ello no resultaba necesario para evitar la separación del Sr. Dereci respecto de sus hijos menores, al existir otra vía jurídica que avalara su permanencia en Austria.

En consecuencia, resulta legítimo preguntarse si habría sido idéntica la decisión si el interesado no hubiera tenido la nacionalidad turca. ¿Quizá en tal caso el Tribunal de Justicia hubiera elaborado una interpretación más generosa de la normativa comunitaria que en esta ocasión desechó utilizar para lograr el mismo objetivo: reconocer a un nacional no comunitario un derecho de residencia derivado de su vinculación familiar con ciudadanos de la Unión?

# LUGAR DEL HECHO DAÑOSO Y OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 25 OCTUBRE 2011 Y EL COSTE DE LA LITIGACIÓN INTERNACIONAL EN INTERNET

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

*Abogada*

*Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*

Recibido: 15.01.2012 / Aceptado: 20.01.2012

**Resumen:** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se encuentra con dos peticiones de decisión prejudicial relativas a la interpretación del foro contenido en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001, «*lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*», ambas derivadas de presuntos daños derivados de ciertas informaciones difundidas en Internet. El problema real que se suscita en estos dos casos surge del medio en el que se vierte la información controvertida: Internet. Frente al «principio de ubicuidad» que presenta la publicación de contenidos en un medio de comunicación impreso y el «criterio de la difusión», encontramos que si esto mismo se realiza a través de Internet, resulta ser verdaderamente difícil cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad, en relación con un Estado miembro particular, e igualmente se hace imposible evaluar cuantitativamente el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro. El TJUE solventa la cuestión mediante una interpretación creativa que consiste en crear un foro nuevo a partir del art. 5.3 R.44/2001, que no es otro que el lugar donde la presunta víctima tienen su «centro de intereses».

**Palabras clave:** obligaciones extracontractuales, hecho dañoso, materia delictual o cuasidelictual, Internet.

**Abstract:** The Court of Justice of the European Union faces, one more time, the interpretation of art. 5.3 of council Regulation 44/2001: «a person domiciled in a Member State may, in another Member State, be sued: (...) 3. in matters relating to tort, delict or quasi-delict, in the courts for the place where the harmful event occurred or may occur». This time the Court dealt with two different cases both derived from certain alleged damage resulting from information published on the Internet. The real problem is the Internet. Principle of ubiquity applies, true. But it is not easy as it seems. The Judgment of the Court (Grand Chamber) 25 October 2011 creates a new head of jurisdiction in favour of the claimant, hidden in art. 5.(3). A new connecting criterion which is the place where a person has the centre of his interests that corresponds in general to his habitual residence.

**Key words:** contractual obligations, made mischievous, delict or quasi-delict, Internet, harmful event, Internet, Principle of ubiquity, place where a person has the centre of his interests, habitual residence.

**Sumario:** I. Los costes de la litigación internacional. *Trending Topic* del Derecho Internacional Privado. II. El foro del art. 5, número 3 del Reglamento 44/2001: lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso. III. Ilícitos a distancia y doctrina del TJUE. IV. Identificación del «lugar del resultado dañoso» en casos de daños a través de Internet. Un solo foro y cinco tesis posibles. V. El nuevo foro *made in* Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El lugar del «centro de intereses del presunto perjudicado». 1. Razones para la creación de un nuevo foro. 2. A la búsqueda del concepto «centro de intereses del presunto perjudicado». 3. Consecuencias de la emergencia de este nuevo foro de competencia judicial internacional. Críticas y reflexiones. VI. Hoja de ruta de los foros de competencia judicial internacional en materia de obligaciones extracontractuales.

## I. Los costes de la litigación internacional. *Trending topic* del derecho internacional privado<sup>1</sup>

1. Uno de los más seguidos TT (*Trending Topic* o «tendencia del momento») en el fascinante mundo del Derecho internacional privado, es el relativo a los «costes de la litigación internacional». Se trata de un auténtico TT cuyo carácter como tal puede observarse desde tres puntos de vista.

En primer lugar, desde el punto de vista legislativo. En efecto, el mismo legislador ya ha aludido expresamente al concepto en el Reglamento (CE) N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo<sup>2</sup>. El Considerando (9) de dicho Reglamento se refiere al concepto<sup>3</sup>. También lo hace el art. 1.1 letra a) del Reglamento citado<sup>4</sup>. Del mismo modo, los costes de la litigación internacional son contemplados por el Reglamento (CE) N° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía<sup>5</sup>. En efecto, el Considerando (7) y sobre todo el Considerando (8) de dicho Reglamento y, en menor medida el Considerando (36) del mismo, aluden al «precio de litigar» en los asuntos judiciales transfronterizos. Ese precio de litigar son los también llamados «costes de la litigación internacional»<sup>6</sup>. También el art. 1 del citado Reglamento se refiere al concepto<sup>7</sup>.

En segundo lugar, desde el punto de vista doctrinal, diversos autores se han referido a los costes de la litigación internacional como un elemento clave en el diseño y función de los foros de competencia

<sup>1</sup> El texto de la sentencia del TJUE utilizado para realizar este trabajo ha sido extraído de la base de datos de la UE: <http://eur-lex.europa.eu>. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, caso *eDate Advertising GmbH y X / Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited*, que será citada a partir de ahora como «STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10». Agradezco al prof. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ sus sugerencias y observaciones a este trabajo, así como a los profesores A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ su amabilidad al haber podido contar con el texto de su autoría que lleva por título «Obligaciones extracontractuales», incluido en el libro A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 13ª ed., Ed. Comares, Granada, 2012 (edición en preparación).

<sup>2</sup> DOUE L 399 de 30 diciembre 2006.

<sup>3</sup> Cons. (9): «*El objeto del presente Reglamento consiste en simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo, y en permitir la libre circulación de los requerimientos europeos de pago a través de todos los Estados miembros, mediante el establecimiento de normas mínimas cuya observancia haga innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución con anterioridad al reconocimiento y a la ejecución...*».

<sup>4</sup> Artículo 1.1.a) Reglamento (CE) N° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo (DOUE L 399 de 30 diciembre 2006): «*1. El presente Reglamento tiene por objeto: | a) simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados, mediante el establecimiento de un proceso monitorio europeo (...)*».

<sup>5</sup> DOUE L 199 de 31 julio 2007.

<sup>6</sup> Cons. (7): «*Numerosos Estados miembros han introducido en su ordenamiento procesos civiles simplificados para las demandas de escasa cuantía, ya que los costes, retrasos y complicaciones relacionados con las acciones judiciales no disminuyen necesariamente de manera proporcional al valor de la demanda. Los obstáculos para la obtención de una sentencia rápida y poco costosa aumentan exageradamente en los asuntos transfronterizos. Por todo ello es necesario establecer un proceso europeo para demandas de escasa cuantía («proceso europeo de escasa cuantía»). | El objetivo de dicho proceso debe consistir en facilitar el acceso a la justicia. La distorsión de la competencia en el mercado interior que generan los desequilibrios de los medios procesales de que disponen los acreedores en los distintos Estados miembros hace necesario adoptar una legislación comunitaria que establezca normas uniformes en toda la Unión Europea para acreedores y deudores. Debe exigirse que se tengan en cuenta los principios de simplicidad, rapidez y proporcionalidad cuando se establezcan los costes de tramitación de una demanda con arreglo al proceso europeo de escasa cuantía. Es conveniente que se hagan públicos los pormenores de los costes que han de pagarse y que los medios para establecer dichos costes sean transparentes*». Cons. (8): «*El proceso europeo de escasa cuantía debe simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos, reduciendo los costes mediante un instrumento opcional que se añade a las posibilidades ya existentes en la legislación de los Estados miembros, que deben seguir inalteradas. El presente Reglamento debe hacer, asimismo, más sencillo obtener el reconocimiento y la ejecución de una sentencia dictada en el proceso europeo de escasa cuantía en otro Estado miembro*». Cons. (36): «*Dado que el objetivo del presente Reglamento, a saber, el establecimiento de un proceso para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y para reducir los costes, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a las dimensiones y los efectos del presente Reglamento, puede lograrse mejor a escala comunitaria, la Comunidad puede adoptar...*».

<sup>7</sup> Artículo 1: «*Objeto. El presente Reglamento establece un proceso europeo para demandas de escasa cuantía (en lo sucesivo, el «proceso europeo de escasa cuantía»), con el fin de simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y de reducir los costes. Los litigantes podrán recurrir al proceso europeo de escasa cuantía como alternativa a los procesos previstos por la legislación de los Estados miembros*».

judicial internacional<sup>8</sup>. La tutela judicial efectiva, cuya regulación matriz se recoge en los arts. 24 CE 1978 y 6 del CEDH 1950, consiste en garantizar a los particulares un «acceso económico a la Justicia» también en los casos conectados con diversos Estados, en los «casos internacionales»<sup>9</sup>. El DIPr. debe proporcionar a los particulares la posibilidad de acudir a unos concretos tribunales estatales ante los cuales la litigación internacional les comporta unos costes reducidos, unos «costes reducidos de litigación internacional». La posibilidad de acudir a tribunales estatales «próximos al litigio» significa la posibilidad de una «litigación internacional a coste reducido». Si los particulares tuvieran que litigar ante tribunales de países «no conectados» con el litigio, los costes de transacción derivados de litigar ante tales tribunales, esto es, los «costes de litigación internacional», serían enormes para tales particulares: se penalizaría el intercambio internacional y la «vida internacional» de los particulares. Litigar ante tribunales de un Estado que presenta una vinculación suficiente con el litigio, resulta adecuado para ambas partes. En efecto, demandante y demandado pueden prever, con la misma dosis de certeza y costes reducidos de litigación internacional, qué tribunales de qué Estado pueden conocer del litigio. El principio de vinculación suficiente asegura, por tanto, el «equilibrio entre demandante y demandado» (S. CLAVEL)<sup>10</sup>.

En tercer lugar, desde la perspectiva jurisprudencial, los tribunales españoles comienzan a tomar conciencia del «precio de litigar» en el escenario internacional. Tres ejemplos bastarán.

Así, en el AAP Barcelona 3 mayo 2011 [arrendamiento de inmueble] [ponente Sr. D. LUIS F. CARRILLO POZO], el juzgador indica que (subrayados añadidos): «*En toda ordenación del sistema de competencia confluyen intereses de profunda implicación constitucional, estando en juego el modo de poner en funcionamiento el derecho al juez natural y por ello el derecho a la tutela judicial efectiva: Sin normas claras, equilibradas y razonables no hay verdadera tutela, mientras que del lado pasivo, es claro que su falta puede generar situaciones de indefensión. Pero, además de estas preocupaciones, las normas de distribución del volumen de competencia ad intra de la jurisdicción española tienen una función económica indudable: Para el privado se trata de permitir la planificación (el cálculo anticipado del coste de litigar); para la administración de justicia, de repartir el trabajo de modo racional (...)*»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Auténtico precursor es F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La racionalidad económica del DIPr.», *Cursos de Dcho. Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Univ. País Vasco, pp. 88-154. Vid. también, M. VIRGÓS SORIANO / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Estado de origen vs. Estado de destino», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, [www.indret.com](http://www.indret.com), núm 251, 2004-4, noviembre 2004, pp. 1-20. Igualmente, A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 12ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 14, 39, 129, 130, 197-202, y 242.

<sup>9</sup> Art. 24 de la Constitución Española de 1978: «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. | 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. | La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Art. 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243 de 10 octubre 1979): «Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sera considerado estrictamente necesario por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. | 2 Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. | 3 Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: | a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; | b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; | c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; | d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; | e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia».

<sup>10</sup> S. CLAVEL, *Droit international privé*, Hypercours Dalloz, Paris, 2009, p. 170.

<sup>11</sup> Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 13ª), auto núm. 70/2011 de 3 mayo. *Aranzadi WestLaw JUR* 2011\259838.

Otro ejemplo: en el caso del AAP Soria 16 julio 2010 [menor con residencia habitual en Brasil], el juzgador señala que (subrayados añadidos): «*Declara el Tribunal Constitucional que el núcleo del derecho fundamental a la tutela judicial, que enuncia el artículo 24.1 C.E., consiste en el acceso a la jurisdicción, puesto que todos tienen derecho a que un Tribunal resuelva en el fondo las controversias de derechos e intereses legítimos planteados ante él, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental. Y se añade que la interpretación judicial del correspondiente obstáculo procesal debe guiarse por un criterio pro actione que, teniendo siempre presente la ratio de la norma y un criterio de proporcionalidad entre la entidad del defecto advertido y la sanción derivada del mismo, no impida la cognición del fondo de un asunto sobre la base de meros formalismos o de entendimientos no razonables de las normas procesales (...). En tal sentido, y en lo que concierne a las reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional (esto es, de los supuestos en lo que el ordenamiento de un Estado atribuye competencia para conocer de la resolución de un litigio a sus propios órganos jurisdiccionales, siempre dentro de los límites que el Derecho Internacional le impone, que configuran la noción de jurisdicción del Estado), sigue afirmando el Tribunal Constitucional que tales reglas responden todas ellas, en primer y fundamental lugar, a una doble y relativamente contrapuesta exigencia constitucional. De una parte a que a nadie puede exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para poder ejercitar su derecho de defensa en juicio; de modo que el demandado en el proceso sólo podrá ser sometido a una determinada jurisdicción si las circunstancias del caso permiten considerar que el ejercicio del derecho de defensa no se verá sometido a costes desproporcionados. De otra parte, desde el punto de vista procesalmente activo, es preciso asegurar una posibilidad razonable, según las circunstancias, de accionar ante la Justicia. Se concluye declarando que la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal en el artículo 22 de la LOPJ, de tal modo que en las reglas contenidas en el mismo, y sólo en ellas, debe buscarse como punto de partida la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros Tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial en un caso concreto (STC 61/2000)....».*

Tercer ejemplo: puede leerse en el AAP León (Sección 1ª), núm. 474/2009 de 8 octubre, que (subrayado añadido), «[a]sí pues, en principio pudiera parecer que la resolución recurrida es correcta pues el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007 carece de un fuero imperativo que garantice al consumidor la cercanía al Tribunal que haya de decidir sus reclamaciones, esencial para asegurar que las mismas se abandonen por el coste que supone litigar en sede diferente. Sin embargo, era previsible la elaboración jurisprudencial de alguna construcción que permitiera una solución y un fuero favorable combinando otras normas aplicables. Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo»<sup>12</sup>.

**2.** Litigar tiene un coste. Litigar no es gratis. Cuesta tiempo, dinero y energías y significativamente más en los litigios «internacionales», esto es, en los que presentan «elementos extranjeros», que en los litigios «meramente internos». No es lo mismo litigar ante los tribunales del Estado A que ante los tribunales del Estado B. Un coste de litigación internacional elevado puede hacer desistir de la demanda o de la defensa procesal. Los foros de competencia judicial internacional representan la traducción legal de la idea «litigar allí donde los costes del acceso a la Justicia sean menores». Es una idea matriz del DIPr., puesto que beneficia la vida internacional de los particulares, idea que se muestra de manera perfectamente transparente en la sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, objeto de estas breves consideraciones. El TJUE se apunta al TT de los «costes de la litigación internacional».

**3.** En efecto, la sentencia del TJUE de 25 de octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, se presenta cargada de sugestivas ideas que suscitan interesantes reflexiones de todo tipo y género en torno al TT del momento: los costes de la litigación internacional. Se trata de una de esas

<sup>12</sup> Aranzadi WestLaw, AC 2010\182.

decisiones judiciales llamadas a constituir un foco de constante debate y polémica, de enriquecimiento intelectual. En el presente trabajo se abordarán, exclusivamente, los aspectos de dicha sentencia relativos a la interpretación del art. 53 R.44/2001 y no los también muy sugestivos perfiles que dicha decisión dedica al art. 3 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Pero lo primero son los hechos y el planteamiento de las cuestiones jurídicas suscitadas por los mismos.

4. En el asunto C-509/09, un ciudadano X, de nacionalidad alemana, fue condenado en 1993, junto a su hermano, a cadena perpetua por el asesinato de un conocido actor; la libertad condicional la obtuvo en enero de 2008. La sociedad *eDate Advertising*, ubicada en Austria, publicó una información en su portal de Internet «Info-News», sobre el recurso de amparo que había interpuesto X y su hermano ante el Tribunal Constitucional Federal contra la sentencia condenatoria. X exigió a *eDate Advertising* que retirara la información y que hiciese una declaración comprometiéndose a no publicarla en un futuro. Dicha sociedad no contestó al escrito, pero retiró la información controvertida en junio de 2007. No obstante, X demandó a esta sociedad ante los tribunales alemanes, interponiendo una acción de cesación para que no los nombrara más y dejara de informar sobre los hechos cometidos. La sociedad *eDate Advertising* negó la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales alemanes. Según el *Bundesgerichtshof*, la solución al recurso radicaba en conocer si las instancias inferiores admitieron, correctamente, su competencia internacional para pronunciarse sobre el litigio según el art. 5.3 del Reglamento 44/2001<sup>13</sup>.

5. En el asunto C-161/10, el actor francés Olivier Martinez, ciudadano de nacionalidad francesa, y su padre Robert Martinez, denuncian a la sociedad inglesa MGN, que edita el sitio de Internet del periódico británico *Sunday Mirror*, por intromisiones en su vida privada y violaciones del derecho a la propia imagen de Olivier Martinez, por la publicación que anunciaba que el actor francés estaba de nuevo saliendo con la cantante australiana Kylie Minogue, dando detalles de su encuentro. Los demandantes toman como base para su demanda el art. 9 del *Code Civil* francés, que establece que «*todos tienen derecho a que se respete su vida privada*»<sup>14</sup>. La sociedad inglesa MGN plantea la excepción de falta de competencia del Tribunal de Grande Instance de París, porque considera que no hay una «vinculación suficiente» entre la publicación en Internet controvertida y el daño alegado en territorio francés, mientras los actores sostienen, que no es necesario que exista tal «vinculación» y que, en cualquier caso, existe. El órgano jurisdiccional remitente señala que solo puede considerarse que un hecho dañoso que se origina en Internet se ha producido en el territorio de un Estado miembro si existe una «vinculación suficiente, sustancial o significativa que le une a dicho territorio». Asimismo, dicho órgano considera que la solución de la cuestión de la competencia del tribunal de un Estado miembro para conocer de una violación de los derechos de la personalidad cometida en Internet, desde un sitio gestionado por una persona domiciliada en otro Estado miembro y destinado fundamentalmente al público de ese otro Estado, no resulta con claridad del tenor de los arts. 2 y 5, número 3, del Reglamento 44/2001<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Art. 5.3 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: «*Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro (...): | 3) En materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*».

<sup>14</sup> Art. 9 del *Code Civil* francés (en su redacción dada por la Ley nº 70-643 de 17 de julio de 1970 art. 22 Diario Oficial de 19 de julio de 1970): «*Cada uno tiene derecho a que se respete su vida privada. Sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, los jueces podrán prescribir toda clase de medidas tales como secuestro, embargo y demás, propias para impedir o cesar un ataque a la intimidad de la vida privada; en caso de necesidad estas medidas podrán ordenarse por procedimiento de urgencia*».

<sup>15</sup> Art. 2 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: «*1. Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. | 2. A las personas que no tuvieren la nacionalidad del Estado miembro en que estén domiciliadas les serán de aplicación las reglas de competencia judicial que se aplicaren a los nacionales*».

6. En el primer caso, el Bundesgerichtshof suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: En caso de vulneración de los derechos de la personalidad a través del contenido de un sitio de Internet, ¿debe interpretarse la expresión «lugar [...] donde pudiese producirse el hecho dañoso» contenida en el art. 5, número 3, del Reglamento, en el sentido de que: El afectado puede entablar una acción inhibitoria contra el gestor del sitio de Internet también ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro desde el que puede accederse al sitio de Internet, cualquiera que sea el Estado miembro de establecimiento del gestor o la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que el gestor del sitio de Internet no tenga su establecimiento está supeditada a la existencia de una vinculación especial de contenido controvertido o del sitio de Internet con el Estado del foro que vaya más allá de la mera posibilidad técnica del acceso al sitio de Internet? Por otro lado, en caso de que se exija dicha vinculación con el Estado del foro, ¿qué criterios determinan dicha vinculación?, ¿es decisivo para determinar la vinculación con el Estado del foro del número de consultas realizadas desde dicho Estado al sitio de Internet controvertido?

7. En el segundo caso, el Tribunal de Grande Instance de París decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial: ¿Deben interpretarse los arts. 2 y 5[, número 3,] del Reglamento [...] en el sentido de que otorgan a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competencia para conocer de una acción ejercitada invocando una lesión de los derechos de la personalidad que puede haber sido cometida al publicar información y fotografías en un sitio de Internet editado en otro Estado miembro por una sociedad domiciliada en ese segundo Estado o en otro Estado miembro, en cualquier caso distinto del primero: - Sin otro requisito que el de que dicho sitio de Internet pueda consultarse desde el primer Estado, o bien únicamente cuando exista una vinculación suficiente, sustancial o significativa entre el hecho dañoso y el territorio del primer Estado? En este segundo caso, ¿puede deducirse dicha vinculación de la importancia de las conexiones a la página controvertida desde el primer Estado miembro, medida en valor absoluto o en proporción al total de conexiones a dicha página, de la residencia, o incluso de la nacionalidad, de la persona que denuncia la lesión de sus derechos de la personalidad o, en términos más generales, de las personas afectadas, de la lengua en que se difunde la información controvertida o de cualquier otra circunstancia que pueda demostrar la voluntad del editor del sitio de Internet de dirigirse específicamente al público del primer Estado, del lugar en el que se desarrollaron los hechos mencionados y en el que se tomaron las fotos eventualmente publicadas, o de otros criterios?

## **II. El foro del art. 5, número 3 del Reglamento 44/2001: lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso**

8. El foro contenido en el art. 5.3 R.44/2001 es un foro especial por razón de la materia, alternativo al foro del domicilio del demandado contenido en el art. 2 de dicho Reglamento. Se trata de un «foro de ataque», ya que otorga al demandante una posibilidad adicional de interponer su demanda ante tribunales «de otro Estado miembro» diferente al Estado miembro de domicilio del demandado. Este foro especial es un foro «con doble valencia», puesto que designa directamente al concreto órgano jurisdiccional competente y no globalmente la jurisdicción competente. Es, por tanto, un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial al mismo tiempo.

9. Encontramos en este punto dos justificaciones sobre la existencia de los foros especiales por razón de la materia: una es la respuesta que da el TJUE, y otra la interpretación neoliberal. El TJUE mantiene que los foros especiales por razón de la materia son consecuencia del principio de «buena administración de justicia y eficaz desarrollo del procedimiento». Esto aconseja abrir un foro de competencia judicial internacional a favor de los jueces del «lugar más próximo al litigio». Estos foros se construyen por la existencia de un «vinculo suficiente» entre el litigio en sí y el tribunal, no entre el demandado y el tribunal, como sí ocurre en el art. 2 del Reglamento 44/2001. El TJUE indica que deben ser interpretados restrictivamente porque son una excepción a la regla general del art. 2 del Reglamento 44/2001.

La interpretación neoliberal sostiene, por el contrario, que estos foros fomentan las posibilidades de litigar del demandante. Éste dispone del foro del art. 2 y del foro de ataque. Esto potencia el comercio internacional porque fomenta la confianza de los operadores comerciales en el sistema jurídico y permite superar el dilema del prisionero en el contexto internacional. Tras estos foros late la inconfesable, pero verdadera intención de incrementar las posibilidades del actor de litigar en el país de su domicilio («*forum actoris*»).

**10.** Aunque el TJUE dice que estos foros deben ser objeto de una interpretación restrictiva, ¿es realmente una interpretación restrictiva lo que el TJUE lleva a cabo? Lo que el TJUE, frecuentemente, lleva a término es una interpretación expansiva de estos foros. Y esta actuación se esconde tras una frase que el propio tribunal utiliza en numerosas ocasiones: los foros especiales por razón de la materia deben presentar un «efecto útil». En efecto, tales foros deben «ayudar al demandante», por lo que no pueden «vaciar de contenido». Debe procurarse que tales foros ofrezcan al demandante la posibilidad real de litigar ante los tribunales de un Estado miembro, o de varios, distinto al Estado del domicilio del demandado.

**11.** Hay que hacer unas precisiones previas sobre el foro del «lugar del hecho dañoso» del art. 5.3 del Reglamento 44/2001, y el concepto de «materia delictual o cuasi delictual»: estos conceptos deben definirse de manera autónoma, con arreglo a criterios propios del Reglamento. El TJUE ha señalado que el concepto de «materia delictual o cuasi delictual» es muy amplio: comprende toda obligación que no surge de una relación jurídica libremente asumida por las partes<sup>16</sup>.

**12.** El TJUE ha indicado que el art. 5.3 del Reglamento hace competente al tribunal del Estado miembro del lugar donde se manifiesta o produce el daño pero siempre que dicho lugar sea «previsible» para las partes implicadas. Solo de este modo, el art. 5.3 del precitado Reglamento cumple su función de proporcionar un foro en el que litigar sea posible a un coste reducido para actor y demandado.

### III. Ilícitos a distancia y doctrina del TJUE

**13.** Los ilícitos a distancia son aquellos que se componen de dos elementos que, además se localizan en países diferentes: el primero de esos elementos es el hecho generador, que se produce en un país. El segundo elemento es el daño, que se verifica en otro país o países distintos. Pues bien, si los daños constituyen «ilícitos a distancia», entonces el demandante dispone de una opción de tribunal (*Optio Fori*), como ha destacado la doctrina (B. BACHMANN, P. MANKOWSKI, P. DE MIGUEL ASENSIO, J.B. FUENTES

<sup>16</sup> Sobre el art. 5.3 R.44/2001, *vid.* entre otros, P. MANKOWSKI, «Art. 5(3)», en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2nd revised edition, 2012, pp. 229-273; P. BLANCO MORALES LIMONES, «Art. 5.3» y «Art. 5.4», 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*, Madrid, 1994, pp. 120-138; ID., «Mass media y Convenio de Bruselas, ¿Qué tribunales pueden enjuiciar un caso de libelo internacional?», *GJCE y de la Competencia*, 1995, núm. 107, pp. 5-15; M. CALLORI, «Giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale, l'art 5 n.3 della Convenzione di Bruxelles del 1968 e la questione della localizzazione del *forum damni*», *RDIPP*, 1997, pp. 601-656; P. CARLIER, «France. Conflits de lois- une qualification alternative du fait générateur- une qualification discutable du fait dommageable» (Nota a Sent CA Versailles 5 febrero 2010)», *JDI Clunet*, 2010, pp. 126-136; A. CRESPO HERNÁNDEZ, *La responsabilidad civil derivada de la contaminación transfronteriza ante la jurisdicción estatal*, Madrid, 1999; M. ESLAVA RODRÍGUEZ, *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional, Derecho aplicable*, Cáceres, 1996; ID., «El *locus delicti commissi* en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet», *Informática y Derecho*, 34, 2004, pp. 15-38; N. GOÑI URRIZA, «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», *CDT*, 2011, pp. 290-295; K. HERTZ, *Jurisdiction in Tort and Contract under the Brussels Convention*, Copenhagen, 1998; A. LÓPEZ TARRUELLA, «Criterio de «focalización» y «forum delicti commissi» en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet», *Revista de propiedad intelectual*, n° 31, 2009, pp. 13-52; G. PALAO MORENO, «Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet», en J. PLAZA PENADÉS (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, pp. 275-297; A. SARAVALLE, «Forum damni» o «Fora damni»?», *Il Foro Italiano*, 1995.4, pp. 331-340; L. USUNIER, «Nota a Sent. Cass Francia 9 marzo 2010», *JDI Clunet*, 2010, pp. 870-885.

MAÑAS<sup>17</sup>). El demandante podrá demandar ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio ha tenido lugar el «hecho causal» o bien, ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se han verificado los daños.

14. En el caso de casos de «ilícitos a distancia», nos encontramos con el problema de identificar cuál es el país que corresponde al «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso», que es la expresión utilizada por el art. 5.3 del Reglamento 44/2001, como foro de competencia judicial internacional: ¿se trata del lugar donde se produce el «hecho causal» o del lugar donde se verifica el «daño» o «resultado lesivo»? Distintas reglas son aplicables a dichos ilícitos (P. BOUREL)<sup>18</sup>. La primera regla es la de identificación «doble» del lugar del hecho: *tesis de la ubicuidad*. El TJUE indica que el «lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso» es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el «hecho causal», como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se manifiesta el «resultado lesivo» o el «daño».

Ésta es la tesis seguida por el TJUE, y cuenta con soporte doctrinal, germano, en su mayoría (G. KEGEL, R. WAGNER, H. TRÜMME, R.A. SCHÜTZE)<sup>19</sup>. Pero esta disociación del foro de competencia judicial internacional presenta un alcance asimétrico que conviene tener presente: 1º) Cuando se demanda con arreglo al foro del lugar del «hecho causal» de un daño plurilocalizado, el tribunal designado por dicho precepto es competente para conocer de la responsabilidad por los daños producidos, en su caso, en todo el mundo (STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93)<sup>20</sup>; 2º) Por el contrario, cuando se demanda con arreglo al foro del lugar del «daño», el tribunal es competente para conocer de la controversia relativa a los daños producidos, exclusivamente, en dicho país.

15. El fundamento de la tesis de la ubicuidad radica en la idea de que no puede afirmarse que el ilícito se haya verificado mayormente en uno u otro Estado miembro, ambos Estados, el Estado del hecho causal y el Estado del resultado lesivo, presentan la misma «proximidad» con el litigio. En consecuencia, el demandante dispone de una opción (*optio fori*). El demandante puede decidir a qué tribunales estatales desea acudir; en consecuencia, el demandante puede presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro donde se produjo el «hecho generador del daño» o ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se verificó el «daño» o lesión. La tesis del «principio de ubicuidad» no persigue favorecer a la presunta víctima. Sin embargo, es inevitable concluir que, en la práctica, potencia no el «*forum victimae*», pero sí el «*forum actoris*»: el demandante va a litigar «en su casa», sin necesidad de desplazarse al extranjero, pues con mucha frecuencia el daño se ha verificado en el país de residencia habitual del demandante / presunta víctima.

#### IV. Identificación del «lugar del resultado dañoso» en casos de daños a través de internet. Un solo foro y cinco tesis posibles

16. Centrándonos en la cuestión que plantean los tribunales en sus peticiones de decisión prejudicial, la identificación del país donde se verifica el «resultado dañoso» es complicada. Como han subrayado A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en los casos de daños a los derechos

<sup>17</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 185-204; B. BACHMANN, «Der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung im Internet», *IPrax*, 1998, pp. 179-187; P. MANKOWSKI, «Das Internet im Internationalen Vertrag- und Delictrecht», *RechtsZ*, 1999, vol.69, pp. 206-294; J.B. FUENTES MAÑAS, «Determinación de la competencia judicial internacional en los 'ilícitos a distancia' sobre derechos de autor en Internet», *RCEA*, 2003, pp. 119-147.

<sup>18</sup> P. BOUREL, «Responsabilité civile», *Enc. Dalloz Droit international*, vol.II, París, 1969, p. 774; ID., «Du rattachement de quelques délits spéciaux en droit international privé», *RCADI*, 1989, vol.214, pp. 251-398.

<sup>19</sup> G. KEGEL / K.L. SCHURIG, *Internationales Privatrecht: ein Studienbuch*, 9ª ed., München, Beck, 2004, pp. 626-629; R. WAGNER, *Das deutsche internationale Privatrecht bei Persönlichkeitsverletzungen*, Frankfurt am Main, 1986, pp. 78-106; H. TRÜMME / R.A. SCHÜTZE, «Zum Gegendarstellungsanspruch bei ausländischen Presseveröffentlichungen», *Juristenzeitung*, 1977, pp. 786 ss.; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., Tübingen, 1997, pp. 458-560.

<sup>20</sup> STJUE 7 marzo 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA.*, as. C-68/93 (petición de decisión prejudicial: House of Lords - Reino Unido).

de la personalidad verificados a través de Internet («*cyber-délits*»), la determinación del país donde se verifica el «resultado dañoso» es complicada porque existe una marcada diferencia entre los daños extracontractuales producidos mediante la publicación de ciertos contenidos a través de medios de comunicación impresos y los que se verifican en Internet<sup>21</sup>. En efecto, en los daños derivados de contenidos publicados en prensa escrita, es sencillo identificar el país o países en los que se ha difundido la publicación física («*difusión territorial*») y es sencillo, igualmente, cuantificar el número de ejemplares físicamente distribuidos en cada país. Por el contrario, en los daños a derechos de la personalidad o bienes inmateriales verificados en Internet, varias circunstancias concurren: (a) Los contenidos vertidos en Internet se difunden y resultan accesibles instantáneamente en todo el mundo: es la «*difusión universal*» / «*ubicuidad de los contenidos*»; (b) Resulta muy difícil cuantificar, con certeza y fiabilidad, la concreta difusión que los contenidos presuntamente lesivos ha tenido en cada Estado en particular. No se puede medir, con precisión, el «número de ejemplares de los contenidos» difundidos en cada Estado en concreto; (c) Un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo puede acceder a tales contenidos. No es posible cuantificar el número de personas que han tenido acceso real a dichos contenidos vertidos en Internet. En consecuencia, es muy complicado evaluar y medir el «daño real» que los contenidos vertidos en Internet han producido en cada Estado en particular; (d) El acceso a los contenidos se produce con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia; (e) El acceso a los contenidos por parte de indefinidos e incuantificables terceros constituye una circunstancia que se verifica fuera del control del emisor de dichos contenidos; (f) El daño que producen los contenidos vertidos en Internet es mayor que el que producen los contenidos difundidos en prensa escrita, porque en el primer caso, el contenido está disponible en cualquier punto del planeta, mientras que no es así en el segundo caso (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 45-47, y Conclusiones del Sr. Abogado General, Ap. 48)<sup>22</sup>.

17. Por todos estos anteriores motivos, la precisión del «lugar del daño» en estos casos de daños a derechos de la personalidad verificados en Internet exige una solución particular y especial que, según el TJUE, es la siguiente. En estos litigios, el «lugar del daño» se concreta en dos lugares: (1) En el Estado en el que la víctima tiene su «centro de intereses», que es, normalmente, el Estado donde dispone de su «residencia habitual», aunque dicho «centro de intereses» también podría radicar en otro país, como es el país donde la presunta víctima desarrolla su actividad profesional. Y el presunto perjudicado puede accionar ante el tribunal del Estado miembro donde se sitúa su «centro de intereses» y reclamar todos los daños que haya experimentado en todo el mundo; (2) Además, el presunto perjudicado también puede accionar ante el tribunal del lugar del Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos tribunales son competentes para conocer, únicamente,

<sup>21</sup> A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 949-956.

<sup>22</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (45) «*Sin embargo, como alegaron tanto los órganos jurisdiccionales remitentes como la mayoría de las partes y de los interesados que presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia, la publicación de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquélla persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Éstos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control*», FD (46): «*Por lo tanto, parece que Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además, no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro*» y FD (47): «*Las dificultades de la aplicación, en el contexto de Internet, del citado criterio del lugar donde se ha producido el daño, consagrado en la sentencia Shevill y otros, antes citada, contrasta, como el Abogado General señaló en el punto 56 de sus conclusiones, con la gravedad de la lesión que puede sufrir el titular de un derecho de la personalidad que observa que un contenido que lesiona ese derecho está disponible en cualquier punto del planeta*». Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (48): «*Por otra parte, las posibles víctimas de publicaciones lesivas de los derechos de la personalidad se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad cuando el soporte es proporcionado por Internet. El alcance universal de la información contribuye a que la lesión sea potencialmente más incisiva que la sufrida, por ejemplo, a través un medio convencional*».

del daño causado en el territorio de ese Estado miembro segundo caso (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 48 y 51)<sup>23</sup>.

**18.** Como han indicado A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, cuyas tesis se siguen en estas páginas, varias interpretaciones se han postulado para identificar cuál es el país que puede definirse como el «lugar del daño» en estos casos de ilícitos verificados a través de Internet<sup>24</sup>.

**19.** La primera tesis es la tesis del lugar donde se encuentra alojado el website (situación del *server del hosting provider*). Esta tesis, defendida por ciertos pronunciamientos judiciales franceses (sent. CA París 26 abril 2006, sent. CA París 6 junio 2007, sent. CA París 9 noviembre 2007, sent. CA Versailles 26 junio 2008) sostiene que el responsable del *website* crea unos «contenidos» que se almacenan, físicamente, en un servidor de Internet. Los «servidores» son los ordenadores que contienen los datos, los ordenadores en cuyos discos se hallan alojados y grabados los datos en cuestión. Por ello, el daño se verifica en el Estado donde se almacenan los contenidos que producen tales perjuicios.

Esta tesis, sin embargo, no tiene cabida en el art. 5.3 R.44/2001. Este precepto se aplica cuando se aprecia una vinculación objetiva «entre el juez y el hecho dañoso» (STJUE 30 noviembre 1976, *Minas de Potasa*). El problema que suscita esta tesis radica en que el lugar donde se encuentra el servidor puede ser perfectamente desconocido para el presunto responsable y para la presunta víctima. En consecuencia, si con arreglo al art. 5.3 R.44/2001, el tribunal de un Estado miembro del lugar donde radica el servidor fuera competente para conocer del litigio, se vulneraría el principio de proximidad o «previsibilidad de las normas de competencia» (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 50)<sup>25</sup>. El foro se volvería imprevisible y la litigación internacional resultaría ineficiente y muy onerosa. Las partes deberían litigar en tribunales imprevisibles para ellas. El TJUE no ha seguido esta tesis.

**20.** La segunda tesis es la conocida como «tesis de la interactividad del *website*» o también, como el «*Zippo Test*» (D.A. LAPRÈS)<sup>26</sup>. Cierta jurisprudencia norteamericana había sostenido que si el

<sup>23</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (48): «Por lo tanto, procede adaptar los criterios de conexión recordados en el apartado 42 de la presente sentencia en el sentido de que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño. Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicha órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia, recordado en el apartado 40 de la presente sentencia» y FD 51: «Por otra parte, en vez de una acción basada en la responsabilidad por la totalidad del daño, el criterio del lugar donde se ha producido éste, consagrado en la sentencia *Shevill* y otros, antes citada, otorga competencia a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes para conocer únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro de la jurisdicción a la que se haya acudido».

<sup>24</sup> A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 949-956; A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Obligaciones extracontractuales», en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 13ª ed., Ed. Comares, Granada, 2012 (edición en preparación), texto consultado por gentileza de sus autores.

<sup>25</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (50): «La competencia del órgano jurisdiccional del lugar en el que la presunta víctima tiene su centro de intereses es conforme con el objetivo de la previsibilidad de las normas de competencia (véase la sentencia de 12 de mayo de 2011, *BVG*, C-144/10, Rec. p. I-0000, apartado 33) también con respecto al demandado, dado que el emisor de un contenido lesivo puede, en el momento de la publicación en Internet de ese contenido, conocer los centros de intereses de las personas que son objeto de éste. Por lo tanto, procede considerar que el criterio del centro de intereses permite, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado (véase la sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C-533/07, Rec. p. I-3327, apartado 22 y jurisprudencia citada)».

<sup>26</sup> S. LAKSHMINARAYAN, «Jurisdictions compétentes et Internet», en G. CHATILLON (Dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 531-538; R. GARNETT, «Are Foreign Internet Infringers Beyond the Reach of the Law?», *University of NSW Law Journal*, 23 (1), 2000, pp. 105-126; A. BATTALLA TRILLA, «Contratación electrónica y jurisdicción

*website* cuyos contenidos pueden resultar lesivos es un *website* «activo» con el que puede el internauta puede «interactuar», -el *website* admite respuestas de los internautas, comentarios, pedidos, etc.-, entonces ello revela la intención del responsable del *website* de «actuar» en el Estado donde el *website* es visible y permite dicha interacción<sup>27</sup>. En tal caso, existiría «*Personal Jurisdiction*» con dicho Estado, cuyos tribunales serían competentes. Es la tesis de la «*Sliding Scale*» o «*Zippo Test*» (vid. caso *Zippo Manufacturing Co. vs. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119, 1121, W.D. Pa. 1997), dictado por la US District Court for the Western District of Pennsylvania. A pesar del fuerte impacto inicial de esta tesis en los tribunales norteamericanos, ha sufrido fuertes críticas y el TJUE no se ha referido a ella ni la ha aceptado en el marco del art. 5.3 R.44/2001. En efecto, como ha subrayado P. MANKOWSKI, la interactividad del *website* no indica realmente nada acerca de los países en los que los contenidos del *website* pueden provocar daños<sup>28</sup>. Si un *website* es interactivo en sí mismo y no presenta limitaciones por países, ello justificaría la competencia de los tribunales de todos los países del mundo, lo que sin duda, es una consecuencia exagerada que atenta contra la tutela judicial efectiva: los foros se vuelven imprevisibles y la litigación internacional resulta muy costosa para todas las partes implicadas.

**21.** Hora de la tercera tesis, la llamada «tesis de la accesibilidad». Según esta tesis, el «resultado dañoso» se verifica en «todos los países del mundo», pues Internet tiene alcance planetario (*Worldwide Effect*) y porque basta con que el contenido transmitido por Internet sea «accesible» en un país, para que se estime que produce daños en dicho país. La tesis ha sido aceptada por cierta jurisprudencia norteamericana (caso *Inset Systems* 1996) y europea (Sent. *Cour de Cassation* Francia 9 diciembre 2003, *Castellblanch*). El resultado al que conduce esta tesis es claro: los tribunales de todos los Estados miembros serían competentes *ex art.* 5.3 R.44/2001 y existirían, como ya apuntó el Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón en sus conclusiones de los asuntos C-509/09 y C-161/10, presentadas el 29 marzo 2011 veintisiete países con tribunales internacionalmente competentes en la UE<sup>29</sup>. Y como este foro del «lugar del hecho dañoso» se recoge en la mayor parte de los sistemas estatales de DIPr., resulta que los tribunales de «todos los países del mundo» son competentes en virtud del *Forum Delicti Commissi* (CH. KUNER, P. CERINA)<sup>30</sup>.

A favor de esta tesis, ciertos autores han indicado que el sujeto que introduce datos en Internet es consciente del «alcance mundial» de Internet y se aprovecha, conscientemente, de ello: todos saben que Internet es un fenómeno planetario. Por ello, tal sujeto debe afrontar el «riesgo jurídico» que él mismo crea, porque también se beneficia del «alcance planetario» de Internet (J. HUET, A. HUET, P. LAGARDE, R. DE BOTTINI, V. VIVANT)<sup>31</sup>. El criterio operativo es, pues, la «accesibilidad» de la *webpage* y no la «focalización». Y ello lleva a afirmar que no existe ninguna diferencia jurídica entre las llamadas «*webpages* activas» y «*webpages* pasivas». El que se beneficia de una difusión mundial de los contenidos que coloca en Internet, debe estar preparado para ser demandado por las consecuencias legales que pueden derivarse de tales contenidos, en cualquier país del mundo. Y debe también estar preparado para soportar y arros-trar la aplicación de la Ley del Estado en el que son accesibles tales contenidos.

---

competente: el concepto de ‘actividades dirigidas’ en el nuevo sistema comunitario», *La Ley*, n.6001, 21 abril 2004 (versión *on line*); D.A. LAPRÈS, «L’exorbitante affaire Yahoo», *JDI Clunet*, 2002, pp. 975-999, esp. pp. 990-991.

<sup>27</sup> J. SUQUET CAPDEVILA, «Internet, marcas y competencia judicial internacional: ¿o la superación de la regla *Lex Loci Delicti Commissi*? A propósito de la Sent. de la *Cour de Cassation* de 9 diciembre 2003», *La Ley*, 30 julio 2004, núm. 6073 (versión *on line*).

<sup>28</sup> P. MANKOWSKI, «Art. 5(3)», en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2nd revised edition, 2012, pp. 229-273, esp. p. 263.

<sup>29</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (56): «(...) La dificultad añadida reside en el carácter transnacional, o incluso simplemente global, de esta tensión, la cual fuerza a buscar foros que equilibren los derechos e intereses en liza, tanto del medio de comunicación como de los particulares afectados. Por tanto, y en principio, un posible criterio de conexión podría basarse en la accesibilidad a la información, lo que justificaría así una conexión automática con todos los Estados miembros, pues, en la práctica, la información supuestamente lesiva se encuentra accesible en todos ellos. Sin embargo, y como han destacado todos los intervinientes en el presente proceso, esta opción daría inmediatamente lugar a un fenómeno de *forum shopping* insostenible para cualquier medio de información que opera en la red (...)

<sup>30</sup> CH. KUNER, «Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet», *Computer und Recht*, 1996, pp. 453-458; P. CERINA, «Contraffazione di marchio sul World Wide Web e questioni di giurisdizione», *Il Diritto industriale*, 1997, pp. 302-304.

<sup>31</sup> A. HUET, «Nota a Sent. *Cour Cassation* Francia 9 diciembre 2003, *Castellblanch*», *JDI Clunet*, 2004, pp. 872-879.

En contra de esta tesis se ha afirmado que vulnera la «previsibilidad del tribunal competente», esto es, la tutela judicial efectiva y la buena administración de la justicia. En efecto, cualquier tribunal de cualquier Estado podría declararse competente. El demandado se enfrenta al mundo. No puede prever, razonablemente, cuál es el concreto tribunal ante el que puede ser emplazado. Y por otro lado, se atenta contra la «buena administración de la Justicia» porque se obligaría a un tribunal de un Estado a conocer de un litigio con el que presenta una «lejanía material evidente». Ello le obligaría a llevar adelante un proceso en relación con el cual le resulta complicado y costoso practicar notificaciones procesales y pruebas en el proceso (D. HAAS, D.-A. LAPRÈS, J.F. CHAISSAING, O. CACHARD<sup>32</sup>).

Pues bien, aunque *icto oculi* pudiera parecer que el TJUE descarta esta tesis (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 46), lo cierto es que, ante la sorpresa general, la ha aceptado de manera expresa (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 51 y 52)<sup>33</sup>. En consecuencia, el presunto perjudicado puede presentar su demanda, *ex art. 5.3 R.44/2001*, ante los tribunales del lugar del Estado miembro en el que el contenido vertido en Internet es «accesible» o «visible», por los daños que se hayan producido en dicho país.

**22.** La cuarta tesis es la ya muy célebre «tesis de la focalización», debida, fundamentalmente, en su versión europea, al mérito incuestionable de O. CACHARD<sup>34</sup>. Con arreglo a esta tesis, sólo se producen daños en los países a los que el responsable del contenido difundido por Internet «dirige» o «focaliza» su actividad. En consecuencia, sólo se puede demandar, con base en el art. 5.3 R.44/2001 y en el foro disociado del «lugar del daño», ante los tribunales del Estado miembro donde se ha «dirigido» o «focalizado» el contenido vertido en Internet, por los daños causados en el territorio de dicho Estado miembro. Es ésta la tesis dogmáticamente más correcta. En efecto, la tesis respeta la previsibilidad del tribunal competente para demandante y demandado. Garantiza la vinculación entre el Estado cuyos tribunales son competentes *ex art. 5.3 R.44/2001* y el daño producido. Protege la buena administración de la justicia, pues el tribunal puede, efectivamente, «administrar Justicia» a un coste razonable y dispone de mecanismos procesales efectivos que puede, realmente, utilizar. Es ésta una tesis seguida por ciertos pronunciamientos norteamericanos (caso *Calder v. Jones*, 465 U.S. 783, 1984), y europeos<sup>35</sup>. En consecuencia, resulta necesario distinguir, a estos efectos, entre «Websites dirigidos» y «Websites no dirigidos» (Sent. CA Orleans 6 mayo 2003, Sent. Cour Cass. Francia 9 diciembre 2003, *Cristal*; Sent. Cour Cass. Francia, 10 julio 2007, *L'Oréal*; Sent. Cour Cass. Francia, 20 marzo 2007, *HSM*).

<sup>32</sup> O. CACHARD, «Nota a Sent. Cour Cassation Francia 9 diciembre 2003, *Castellblanch*», *RCDIP*, 2004, pp. 633-644.

<sup>33</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (46): «Por lo tanto, parece que Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además, no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro», FD (51): «Por otra parte, en vez de una acción basada en la responsabilidad por la totalidad del daño, el criterio del lugar donde se ha producido éste, consagrado en la sentencia *Shevill* y otros, antes citada, otorga competencia a los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes para conocer únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro de la jurisdicción a la que se haya acudido» y FD (52): «Por consiguiente, procede responder a las dos primeras cuestiones en el asunto C-509/09 y a la cuestión única en el asunto C-161/10 que el artículo 5, número 3, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que se alegue una lesión de los derechos de la personalidad mediante el contenido publicado en un sitio de Internet, la persona que se considera lesionada puede ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su centro de intereses. Esa persona puede también, en vez de ejercitar una acción de responsabilidad por la totalidad del daño causado, ejercitar su acción ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio el contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos órganos son competentes únicamente para conocer del daño causado en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional al que se haya acudido».

<sup>34</sup> O. CACHARD, «Le domaine coordonné par la Directive sur le commerce électronique et le droit international privé», *RDAI*, 2004-2, pp. 161-179; O. CACHARD, «Nota Sent. Cour Cassation Francia 9 diciembre 2003, *Castellblanch*», *RCDIP*, 2004, pp. 633-644; O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002.

<sup>35</sup> Para la jurisprudencia norteamericana en la materia *vid.* la voz «Personal jurisdiction in Internet cases in the United States», en Wikipedia ([http://en.wikipedia.org/wiki/Personal\\_jurisdiction\\_in\\_Internet\\_cases\\_in\\_the\\_United\\_States#The\\_.22sliding\\_scale.22\\_or\\_.22Zippo.22\\_test](http://en.wikipedia.org/wiki/Personal_jurisdiction_in_Internet_cases_in_the_United_States#The_.22sliding_scale.22_or_.22Zippo.22_test)).

- 1º) Los «*websites dirigidos*» están «orientadas a un país o países concretos». El responsable del «*website dirigido*» dirige su actividad, intencionadamente o no, a determinados países. Para identificar un *website* «dirigido» o «focalizado» hacia un concreto país, debe realizarse un análisis conjunto de los datos característicos del *website* en cuestión: lengua empleada, modo de pago de las mercancías y servicios ofertados, caracteres de la publicidad que contiene el *website*, etc. (STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Pammer*, FJ 63, aunque referida a contratos de consumo; sent. Cass Francia 9 marzo 2010 [sociedad alemana con *website* de venta de neumáticos dirigido a Francia]). Para activar, en estos casos, el art. 5.3 R.44/2001, no debe exigirse que se pruebe la existencia de un daño efectivo en el país al que se dirige el *website*. Ésa es una cuestión que pertenece al «fondo del asunto» y que el precepto no exige probar para poder abrir el foro y litigar. Ejemplo: un *website* escrito en árabe que trata sobre arte marroquí pero que contiene publicidad de objetos y servicios que se pueden adquirir en Francia, *website* en el que se vierten opiniones presuntamente injuriosas contra un artista argelino que reside habitualmente en Francia, está «dirigido» o «focalizado» a Marruecos pero también a Francia, país en el que la comunidad marroquí y argelina es muy notable (E. TREPPOZ)<sup>36</sup>.
- 2º) Los «*websites no dirigidos*» son aquéllos no orientados a ciertos países. Para concretar los supuestos en los que un sujeto «no dirige su actividad» por Internet hacia un determinado país, se deben analizar ciertos «datos de hecho», -idioma de la página, moneda exigida, países desde los que se aceptan pedidos, etc.-. Ejemplo: un *website* escrito en español, con publicidad dirigida a sujetos que habitan en España, y en el que se vierten informaciones sobre la vida privada de un cantante polaco, no está «dirigido a Polonia» aunque recoja tales informaciones privadas sobre un cantante polaco. Por tanto, el art. 5.3 R.44/2001 no debería permitir al presunto perjudicado presentar su demanda ante los tribunales polacos.

Para esta tesis, en conclusión, cuando un sujeto utiliza un «*website no dirigido*» accesible desde un país, no puede ser demandado en dicho país en virtud del art. 5.3 R.44/2001 y del foro disociado del «lugar del daño», porque en tal país no se ha producido, realmente, ningún «hecho dañoso» y ningún «daño» (O. CACHARD)<sup>37</sup>. Por otro lado, los derechos de propiedad intelectual e industrial, que sólo existen en el Estado que concede tales derechos), únicamente pueden ser vulnerados en dichos Estados aunque se difunda con alcance mundial una información por Internet (AAP Barcelona 26 abril 2007 [acción negatoria de violación de marca en España]).

**23.** Vayamos ahora con la quinta tesis. Se trata de la «tesis del centro de intereses del presunto perjudicado». Es la tesis predilecta del TJUE, si bien no es creación original de los magistrados de dicho tribunal. En efecto, cierta doctrina propuso, hace ya años, llevar a cabo una «lectura cibernética» del art. 5.3 R.44/2001 que generaría un «foro electrónico general» (*inter alia*, y con consideraciones, también, sobre la Ley aplicable, H. GAUDEMET-TALLON, P. BOUREL, Y. LOUSSOUARN, H. STOLL, H. BINDER, M. DOGAUCHI)<sup>38</sup>. En este sentido, para los ilícitos extracontractuales verificados en Internet, el art. 5.3 R.44/2001 otorgaría competencia judicial internacional, por los daños producidos en el «mundo entero», a los tribunales del país de «domicilio o residencia habitual o principal establecimiento del demandante

<sup>36</sup> E. TREPPOZ, «Nota a la Sent. Cour Cass. Francia de 20 marzo y de 10 julio 2007», *RCDIP*, 2008, pp. 322-338.

<sup>37</sup> O. CACHARD, «Nota Sent Cour Cassation Francia 9 diciembre 2003, *Castellblanch*», *RCDIP*, 2004, pp. 633-644;

<sup>38</sup> H. GAUDEMET-TALLON, «Nota a Sent.Trib.Grande Instance Paris (3<sup>e</sup> Ch.), de 23 junio 1976, *Aga Khan vs. Soc.Axel Springer et al.*, *RCDIP*, 1978, pp. 132-140; ID., «Nota a la Sent.Trib.Grande Instance Paris (1<sup>er</sup> Ch., 1<sup>er</sup> Sect.), de 29 septiembre 1982, *Romy Schneider vs. Les Editions Heinrich Bauer Verlag*, y Sent.Trib.Grande Instance Paris (1<sup>er</sup> Ch., 1<sup>er</sup> Sect.), de 13 abril 1983, *Caroline de Monaco vs.Soc.Burda GmbH.*», *RCDIP*, 1983, pp. 670-678; ID., «Nota a Sent.Cour d'Appel de Paris (1<sup>er</sup> Ch., sect.A) de 19 marzo 1984, *S.A.R. La Duchesse de Windsor vs.Sánchez Gómez*», *RCDIP*, 1985, pp. 144-150; también P. BOUREL, «Nota a Sent.Cour de cassation (1<sup>er</sup> Ch.civ.) de 13 abril 1988, *Soc.Jours de France vs. Farah Diba*», *RCDIP*, 1988, pp. 546-554; H. STOLL, «Zweispurige Anknüpfung von Verschuldens und Gefährdungshaftung im internationalen Deliktrecht», *Festschrift M.Ferid zum 70.Geburtstag*, München, 1978, pp. 414-415; H. BINDER, «Zur Auflockerung des Deliktstatuts», *RabelsZ.*, 1955, pp.477-496.

y presunta víctima» (J.C. GINSBURG)<sup>39</sup>. Alguna jurisprudencia norteamericana acogió esta tesis (Sent. Supreme Court State of New Jersey, *Blakey vs. Continental Airlines Inc.*)<sup>40</sup>. Pues bien, el TJUE se ha resistido durante años a aceptar esta tesis pero, finalmente, ha cedido a esta propuesta doctrinal y le ha dado cobertura expresa en la sentencia aquí objeto de análisis. En este sentido, el TJUE ha indicado que el art. 5.3 R.44/2001 debe ser «adaptado» al contexto de Internet, de modo que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet debe poder emplear el foro contenido en este precepto para reclamar «por la totalidad de ese daño» ante el tribunal del lugar del Estado miembro «la supuesta víctima tiene su centro de intereses» (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 48)<sup>41</sup>.

## V. El nuevo foro *made in* Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El lugar del «centro de intereses del presunto perjudicado»

### 1. Razones para la creación de un nuevo foro

24. Antes de exponer el sentido, fundamento y finalidad de este nuevo foro creado por el TJUE en esta STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10) resulta necesario precisar ciertos extremos relacionados con las posibles alternativas metodológicas que ofrece el art. 5.3 R.44/2001 y con las cinco tesis antes expuestas.

25. En primer lugar, debe dejarse claro que, para el TJUE, el criterio de la «difusión territorial» o «tesis de la focalización» no resulta adecuado en relación con los litigios derivados de Internet. Y ello por varios motivos: (a) Como indica el TJUE, «no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro» (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 46)<sup>42</sup>. Esto es: puede que la información o el contenido presuntamente lesivo vertido en Internet se haya dirigido o focalizado, por ejemplo, hacia España, pero resulta complicado o incluso imposible verificar la existencia de dicha «focalización», pues no es posible cuantificar, con certeza y fiabilidad, la concreta difusión que los contenidos presuntamente lesivos ha tenido en cada Estado en particular. No se puede medir, con precisión, el «número de ejemplares de los contenidos» difundidos en cada Estado en concreto; (b) No es posible cuantificar el número de personas que han tenido acceso real a dichos contenidos vertidos en Internet. En consecuencia, es muy complicado evaluar y medir el «daño real» que los contenidos vertidos en Internet han producido en cada Estado en particular; (c) El acceso a los contenidos se produce con independencia de cualquier «intención» de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia. Y es más: el art. 5.3 R.44/2001 no incluye en su tipo legal, la exigencia de que el presunto responsable haya tenido la

<sup>39</sup> J.C. GINSBURG, «The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change», *RCADI*, vol.273, 1998, pp. 243-405, esp. p. 310.

<sup>40</sup> A. BATTALLA TRILLA, «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de ‘actividades dirigidas’ en el nuevo sistema comunitario», *La Ley*, n.6001, 21 abril 2004.

<sup>41</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (48): «Por lo tanto, procede adaptar los criterios de conexión recordados en el apartado 42 de la presente sentencia en el sentido de que la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet puede acudir, en función del lugar en el que haya producido el daño causado en la Unión Europea por dicha lesión, a un fuero por la totalidad de ese daño. Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicha órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia, recordado en el apartado 40 de la presente sentencia».

<sup>42</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (46): «Por lo tanto, parece que Internet reduce la utilidad del criterio relativo a la difusión, en la medida en que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal. Además, no siempre es posible, desde el punto de vista técnico, cuantificar esa difusión con certeza y fiabilidad en relación con un Estado miembro particular ni, por lo tanto, evaluar el daño exclusivamente causado en ese Estado miembro».

«*intención de dirigir sus contenidos hacia un concreto país*» a diferencia de lo que se observa en el art. 15.1, letra c) R.44/2001<sup>43</sup>. Un individuo puede no haber tenido la «intención» de que los contenidos que ha colocado en Internet produzcan efectos en un Estado concreto, pero el caso es que ello puede suceder objetivamente, lo quiera o no lo quiera el responsable de tales contenidos; (d) El acceso a los contenidos por parte de indefinidos e incuantificables terceros constituye una circunstancia que se verifica «fuera del control del emisor» de dichos contenidos (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 45-47)<sup>44</sup>.

Por lo tanto, para el TJUE, la «tesis de la focalización» no resulta operativa para interpretar el art. 5.3 R.44/2001 en relación con los daños a la personalidad en Internet.

**26.** En segundo lugar, debe dejarse igualmente claro que, para el TJUE, la «tesis de la accesibilidad» es, en su versión pura, insuficiente, pues suministra un «foro difícil» al demandante. En efecto, esta «tesis de la accesibilidad» de los contenidos es inviable en Internet como «único foro especial» derivado del art. 5.3 R.44/2001. Los contenidos vertidos en Internet pueden verse en todo el planeta, presentan un «impacto universal», de modo que, si se sigue esta tesis, se debería poder litigar en todos los Estados miembros *ex art. 5.3 R.44/2001* y, posiblemente, también en todos los países del mundo. En efecto, un foro usual como es el foro del «lugar del daño» es acogido por los sistemas de DIPr. de todos los Estados. Ello, como ya se ha indicado, puede dañar la «tutela judicial efectiva». En efecto, el foro resulta imprevisible para demandante y sobre todo, para el demandado, que puede ser atraído a los tribunales de cualquier Estado del mundo. Ahora bien, el TJUE ha indicado que, aunque esta «tesis de la accesibilidad» no es la única posible en el marco del art. 5.3 R.44/2001, sigue siendo operativa. En efecto, el presunto perjudicado puede presentar su demanda, *ex art. 5.3 R.44/2001*, ante los tribunales del lugar del Estado miembro en el que el contenido vertido en Internet es «accesible» o «visible», y puede reclamar ante tales tribunales por los daños que se hayan producido en dicho país (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 51 y 52). Es cierto que esta nueva doctrina del TJUE puede ser interpretada como una lectura válida, exclusivamente, para VIPs, esto es, para personas con reputación en todo el planea, para los súper-famosos, como Cristiano Ronaldo, Carla Bruni o Silvio Berlusconi, personas conocidas en todo el mundo, tal y como ha indicado P. MANKOWSKI<sup>45</sup>. Es cierto que el TJUE ha subrayado que, de todos modos, la identificación, en Internet, del «lugar del

<sup>43</sup> Art. 15 R.44/2001: «*1. En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5 (...) | c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciera actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiera tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviera comprendido en el marco de dichas actividades*». Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (62): «*Dicho lo anterior, es importante no confundir el segundo de los referidos elementos con un criterio de intencionalidad por parte del medio. La información no es objetivamente relevante por el hecho de que el editor la dirija voluntariamente hacia un Estado miembro. Un criterio basado en la intencionalidad sería contrario al tenor literal del artículo 5, número 3, del Reglamento n° 44/2001, lo cual se confirma al contrastarlo con el artículo 15, apartado 1, letra c), del mismo texto, que prevé un foro especial para los contratos de consumo en aquellos supuestos en los que el prestador del servicio «dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros».* (43) *Nada parecido encontramos en el referido artículo 5, número 3, y, por tanto, no cabe determinar la competencia internacional sobre la base de criterios de intencionalidad.* (44) *Además, un criterio basado en la voluntad subjetiva del informador genera problemas probatorios de envergadura, como se demuestra en la práctica allá donde se aplica*».

<sup>44</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (45): «*Sin embargo, como alegaron tanto los órganos jurisdiccionales remitentes como la mayoría de las partes y de los interesados que presentaron observaciones ante el Tribunal de Justicia, la publicación de contenidos en un sitio de Internet se distingue de la difusión territorial a través de un medio de comunicación impreso en que aquélla persigue, en principio, la ubicuidad de los citados contenidos. Éstos pueden ser consultados instantáneamente por un número indefinido de usuarios de Internet en todo el mundo, con independencia de cualquier intención de su emisor relativa a su consulta más allá de su Estado miembro de residencia y fuera de su control*» y (47): «*Las dificultades de la aplicación, en el contexto de Internet, del citado criterio del lugar donde se ha producido el daño, consagrado en la sentencia Shevill y otros, antes citada, contrasta, como el Abogado General señaló en el punto 56 de sus conclusiones, con la gravedad de la lesión que puede sufrir el titular de un derecho de la personalidad que observa que un contenido que lesiona ese derecho está disponible en cualquier punto del planeta*».

<sup>45</sup> P. MANKOWSKI, «Art. 5(3)», en P. MANKOWSKI / U. MAGNUS [Eds.], *Commentary on Brussels I Regulation*, München, Sellier European Law Publishers, 2nd revised edition, 2012, pp. 229-273, esp. p. 265.

daño» es difícil, mientras que el daño, en Internet, es mayor que el que se produce a través de la prensa escrita. Por ello, esta tesis no puede ser «la única lectura» del art. 5.3 R.44/2001. Es preciso realizar una «lectura complementaria» del art. 5.3 R.44/2001 que permita abrir, junto al «foro de la accesibilidad», otro foro de competencia judicial internacional, que es el «centro de intereses» del presunto perjudicado.

27. En consecuencia, de las cinco tesis posibles en la interpretación del art. 5.3 R.44/2001, en el caso de daños extracontractuales verificados en Internet, deben desecharse, según el TJUE, tres de ellas. En efecto, para el TJUE, deben rechazarse *ab initio* tanto la tesis del lugar donde se encuentra alojado el *website* (situación del *server del hosting provider*), como la «tesis de la interactividad del *website*» y la «tesis de la focalización». Para el TJUE, el art. 5.3 R.44/2001 sólo puede ser interpretado con arreglo a dos tesis. En primer lugar, la «tesis de la accesibilidad», que sigue siendo, para el TJUE, operativa, pero que no puede constituir la «única interpretación» del precepto, pues proporciona una tutela judicial compleja y difícil para el demandante, pues éste debe demandar «Estado miembro por Estado miembro» por los daños verificados en cada Estado miembro. Y en segundo lugar, la «tesis del centro de intereses del presunto perjudicado».

28. El TJUE indica, pues, que el art. 5.3 R.44/2001 permite abrir un foro de competencia judicial internacional en favor de la víctima de una lesión de un derecho de la personalidad a través de Internet y que es concreta en el lugar del Estado miembro donde «*la supuesta víctima tiene su centro de intereses*». Dicha víctima puede emplear este foro para acudir a un tribunal de un Estado miembro de la UE y reclamar «*por la totalidad de ese daño*» (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 48). Las ventajas de este foro son, para el TJUE, claras.

29. Primera ventaja. En opinión del TJUE, este foro potencia la «buena administración de la justicia». La «buena administración de la justicia» significa que el tribunal puede realizar su labor que le es propia, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, de un modo efectivo y a un coste razonable y no excesivo. Se produce, entonces un «coste público reducido». La buena administración de la justicia equivale, pues, a «enjuiciamiento en condiciones favorables»<sup>46</sup>. Pues bien, para garantizar la buena administración de la Justicia, el foro debe otorgar competencia internacional a un tribunal «cercano al litigio». En efecto, precisamente debido a dicha cercanía física entre «tribunal» y «litigio», el juzgador puede «administrar bien la Justicia». Puede llevar a cabo un proceso en el que las notificaciones, las pruebas y el desarrollo del proceso se realiza de una manera adecuada y a un coste razonable. Un proceso judicial «de calidad». La garantía de la buena administración de la Justicia es, por tanto, la conexión o vinculación entre el «litigio» y el «tribunal competente» de un concreto lugar físico<sup>47</sup>. La buena administración de la Justicia hace referencia a la relación espacial entre el tribunal y el litigio: cuanto más cercano se encuentre el tribunal al litigio, más calidad tendrá el proceso judicial y menos costes provocará para el aparato judicial del Estado en cuestión. El litigio derivado de una presunta vulneración, en Internet, de los derechos de la personalidad de un sujeto, está efectivamente, vinculado de manera clara y evidente con el Estado miembro en el que el presunto perjudicado tiene su centro de intereses. Es en ese lugar donde los «intereses» de dicha presunta víctima se ven dañados. Los contenidos vertidos en Internet producen efectos, fundamentalmente, en el Estado donde el demandado tiene su residencia o sede: es el «criterio de los

<sup>46</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (58): «(...) *aquel donde una jurisdicción puede efectuar, en las condiciones más favorables, el enjuiciamiento de un conflicto entre la libertad informativa y el derecho a la propia imagen (...)*».

<sup>47</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD (40): «*Según reiterada jurisprudencia, la regla de competencia especial establecida, como excepción al principio de la competencia de los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, en el artículo 5, número 3, del Reglamento 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 proceso (véase la sentencia Zuid-Chemie, antes citada, apartado 24 y jurisprudencia citada)*» y FD (48): «*(...) Habida cuenta de que la repercusión de un contenido publicado en Internet sobre los derechos de la personalidad de una persona puede ser apreciada mejor por el órgano jurisdiccional del lugar en el que la supuesta víctima tiene su centro de intereses, la atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional corresponde al objetivo de una buena administración de la justicia, recordado en el apartado 40 de la presente sentencia*».

efectos sobre el domicilio o sede del demandado» / «*Effects Test*», bien asentado en la jurisprudencia de los Estados Unidos (US District Court for the Western District of Texas, *McVea vs. Crisp*, 2007 WL 4205648 (W.D. Tex. 2007), y US Supreme Court, *Calder vs. Jones*, 465 U.S. 783 [1984]).

**30.** Segunda ventaja. En opinión del TJUE, este foro hace que la competencia del tribunal del lugar en el que la presunta víctima tiene su centro de intereses sintonice correctamente con el principio de «previsibilidad». En efecto, el demandado que introduce contenidos presuntamente lesivos en Internet, puede conocer «los centros de intereses» de las personas que son objeto de dichos contenidos. Y el demandante, como es lógico, también puede saber con facilidad ante qué tribunal puede ejercitar una acción, ya que es el tribunal del lugar donde radica su «centro de intereses» (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 50)<sup>48</sup>. En este sentido, «previsibilidad del tribunal competente» significa, para las partes, un litigio a desarrollar a un «coste reducido». No es lo mismo, para un particular, verse obligado a litigar ante un tribunal «previsible» o «tribunal cercano al litigio», que verse constreñido a litigar ante un tribunal «imprevisible» o «tribunal lejano al litigio». En el primer caso, el litigio se desarrollará a un coste razonable para las partes, mientras que en el segundo, se verían obligados a soportar un litigio a coste elevado.

**31.** En conclusión, la «buena administración de la Justicia» significa, para el TJUE, un «proceso adecuado a coste reducido para el juzgador», pues, en definitiva, cuanto más cercano se encuentre el tribunal al litigio, más reducidos serán, para dicho tribunal, los costes derivados del desarrollo del proceso y más calidad tendrá la intervención judicial. Y la «previsibilidad del tribunal competente» tantas veces aludida por el TJUE significa un «proceso a coste reducido para las partes». Esto es: cuanto más cercano se encuentre el tribunal al litigio, más reducidos serán, para las partes, los costes de litigar ante dicho tribunal.

## 2. A la búsqueda del concepto «centro de intereses del presunto perjudicado»

**32.** Queda ahora la labor de identificar ese «lugar en el que una persona tiene su centro de intereses» (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 49).

**33.** Pues bien, indica el TJUE que dicho lugar corresponde, en primer lugar, y por lo general, al Estado miembro de su «residencia habitual» de la persona presuntamente perjudicada.

Sin embargo, en segundo lugar, subraya el TJUE que puede admitirse una excepción a la regla anterior. En efecto, una persona puede tener su centro de intereses también «en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro». En consecuencia, puede existir un Estado miembro en el que el presunto perjudicado tenga su «centro de intereses» aunque no disponga allí de su residencia habitual. En particular, ese Estado puede ser aquél en el que la presunta víctima desarrolle «su actividad profesional»

El modo de identificación del lugar del «centro de los intereses de la presunta víctima» se parece sospechosamente, y mucho, al modo de identificación del «centro de intereses principales» del deudor» en el marco del Reglamento (CE) núm.1346/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia<sup>49</sup>. La regla general es, en este Reglamento, que, como indica su Considerando (13), «[e]l centro

<sup>48</sup> STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 50: «La competencia del órgano jurisdiccional del lugar en el que la presunta víctima tiene su centro de intereses es conforme con el objetivo de la previsibilidad de las normas de competencia (véase la sentencia de 12 de mayo de 2011, *BVG*, C-144/10, Rec. p. I-0000, apartado 33) también con respecto al demandado, dado que el emisor de un contenido lesivo puede, en el momento de la publicación en Internet de ese contenido, conocer los centros de intereses de las personas que son objeto de éste. Por lo tanto, procede considerar que el criterio del centro de intereses permite, al mismo tiempo, al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado (véase la sentencia de 23 de abril de 2009, *Falco Privatstiftung y Rabitsch*, C-533/07, Rec. p. I-3327, apartado 22 y jurisprudencia citada)».

<sup>49</sup> DOCE L 160 de 30 junio 2000 y corrección de errores en DOCE L 176 de 5 julio 2002.

*principal de intereses debería corresponder al lugar donde el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros*». Pero como el concepto es vago, nebuloso y resbaladizo, el legislador ayuda e indica en el art. 3.1 *in fine* R.1346/2000, que «(...) Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social». Esto es: regla general = concepto amplio y de perfiles difusos, como es el centro de intereses principales del deudor / centro de intereses de la persona. Regla especial, que opera a modo de «presunción *juris tantum*» = dicho lugar se concreta en el Estado miembro donde el sujeto tiene su domicilio social en el caso de concursos internacionales, o donde tiene su residencia habitual en el caso de daños a los derechos de la personalidad en Internet<sup>50</sup>.

**34.** La posibilidad de que el lugar del «centro de intereses del presunto perjudicado» se concrete con arreglo a otros criterios distintos, como por ejemplo, el lugar donde el sujeto transcurre sus vacaciones de forma pública, no resulta descartable. En efecto, el TJUE sólo ha introducido una excepción a la regla general «residencia habitual» de la persona presuntamente perjudicada. En concreto, se trata del lugar donde la persona desarrolla su actividad profesional. Pero no ha afirmado que sea «la única excepción posible». De ese modo, puede darse el caso de que una persona tenga su centro de intereses en un Estado miembro en el que ni tenga su residencia habitual ni desarrolle su actividad profesional: lugar donde la persona transcurre públicos períodos prolongados de descanso, lugar donde está hospitalizada la persona, lugar donde desarrolla actividades filantrópicas, etc.

**35.** Parece también adecuado que la determinación del «centro de intereses» se realice mediante una ponderación del tipo y carácter del litigio en cuestión. Así, una información presuntamente difamatoria en «materia familiar» no es igual a una información presuntamente difamatoria en «materia profesional». Por ello, un sujeto podría tener varios «centros de intereses» según el objeto de la información presuntamente ilícita. Un ejemplo puede ayudar a percibir correctamente este matiz. Un sujeto habita con su familia en España pero trabaja, exclusivamente, en Francia. Si el objeto de una información presuntamente lesiva vertida en Internet versa sobre la familia del sujeto, puede estimarse que su «centro de intereses» radica en España, pero si la información es relativa, exclusivamente, a su actividad profesional, su «centro de intereses» debería localizarse en Francia. Esta distinción se apoya en varios argumentos. Primero, es perfectamente posible que un sujeto disponga de diversas «residencias habituales» en distintos países al mismo tiempo, razón por la que también es posible que tenga diversos «centros de intereses» en países diferentes. Segundo, el TJUE se ha referido al centro de «intereses», en plural. Por lo tanto, es perfectamente posible que el presunto perjudicado disponga de intereses diferentes, varios intereses, distintos intereses, en relación con distintas facetas de la vida y, en consecuencia, de diversos «centros de intereses» distintos en Estados miembros diferentes.

**36.** Surge también la duda de saber si una misma persona puede disponer de *varios* «centros de intereses», situados en distintos Estados, pero en relación con el mismo tipo de litigios. Otro ejemplo puede ayudar a percibir este problema y su posible solución. Se vierten informaciones difamatorias sobre la carrera cinematográfica de un actor italiano que reside habitualmente en Cerdeña pero que trabaja exclusivamente en Francia y en España, países en los que rueda sus películas. En tal supuesto, el actor italiano podría disponer de dos lugares en los que se localizan sus dos «centros» de intereses en relación con presuntas lesiones de sus intereses como actor: Francia y España. A favor de esta interpretación abierta que permite multiplicar los países en los que se concretan los «centros de intereses» de la presunta víctima, concurren varios argumentos. Primero, la STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 50, se refiere a los «centros de intereses de las personas» que sufren perjuicios a través de Internet. «Centros», en plural. Es cierto que esa afirmación puede matizarse, pues el TJUE emplea dicha locución, al parecer, en relación a «varias personas». Nótese: «... *el emisor*

<sup>50</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el «centro de intereses principales» del deudor?», en A.-L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (Directores), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Editorial Colex, Madrid, 2005, pp. 217-240.

de un contenido lesivo puede, en el momento de la publicación en Internet de ese contenido, conocer los centros de intereses de las personas que son objeto de éste». Segundo, más sólido parece el argumento que subraya que el TJUE no se refiere al centro de intereses «principales» ni al centro «principal» de intereses de la presunta víctima. Si lo hubiera hecho así, sólo habría lugar para «un» centro de intereses del presunto perjudicado. Es lo que sucede en el art. 3.1 R. 1346/2000 [procedimientos de insolvencia]<sup>51</sup>. Dicho precepto emplea la expresión «centro de los intereses principales del deudor». En consecuencia, cuando se exige que los intereses de la persona sean sus intereses «principales», entonces sólo puede haber «un centro», «un lugar», «un Estado» en el que radican tales intereses. Por tanto, si el TJUE se ha referido al «centro de intereses» de la persona presunta víctima, sin exigir que se trate del centro de intereses «principales» de dicha persona, podrían existir distintos «centros de intereses» de la misma, y en consecuencia, distintos tribunales competentes para conocer de la totalidad de las reclamaciones por la totalidad de daños sufridos por dicha persona en Internet en todo el mundo.

37. Por último cabe subrayar que, en opinión del TJUE, una persona siempre tendrá un «centro de intereses». A diferencia de lo indicado en las Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (59) *in fine*, el TJUE no exige que una persona disponga de un «proyecto vital». Se exige, solamente, identificar el Estado miembro donde el sujeto tiene su «centro de intereses» y se arranca de la presunción de que lo tiene en el Estado miembro donde dispone de su residencia habitual. Puede disponer, naturalmente, de otros lugares en otros Estados miembros en los que tenga también otros «centros de intereses», pero siempre habrá un país en el que disponga de un centro de intereses. No existen personas sin «centros de intereses».

### 3. Consecuencias de la emergencia de este nuevo foro de competencia judicial internacional. Críticas y reflexiones

38. Las consecuencias de la admisión de este nuevo foro creado por el TJUE, foro del lugar del centro de intereses del demandante / presunta víctima, en el escenario del art. 5.3 R.44/2001 son claras.

39. La primera consecuencia se aprecia fácilmente. Este nuevo foro permite una «concentración forense» de los litigios ante un mismo tribunal competente. Ello reduce los costes de la litigación internacional tanto para las partes como para los Estados. En primer término, efectivamente, los litigantes evitan la «peregrinación procesal» por los tribunales de todos los Estados en los que se han difundido contenidos que dañan presuntamente los derechos de la personalidad. Por tanto, esta consecuencia es positiva, ya que reduce los costes de la litigación internacional para las partes. En efecto, «un» proceso judicial es, por hipótesis, menos oneroso para los litigantes, que «varios» procesos judiciales. En segundo término, y al mismo tiempo, sólo se ponen en marcha los servicios jurisdiccionales de un Estado miembro y no los servicios jurisdiccionales de varios Estados miembros al mismo tiempo. Ello supone una racionalización de los recursos públicos destinados a la función jurisdiccional, lo que contribuye a una buena administración de la Justicia, lo que también debe valorarse positivamente.

40. La segunda consecuencia consiste en que este foro potencia el *favor actoris*. El demandante / presunta víctima puede litigar, con frecuencia, en el país de su domicilio o residencia habitual: litiga «en su casa». Esto es innegable. Es el demandado / presunto responsable el sujeto que debe realizar el «viaje jurisdiccional» desde el país de su residencia habitual hasta el país de la residencia habitual del demandante. Los costes de la litigación internacional o «costes jurisdiccionales» se atribuyen en mayor medida al demandado. Éste puede ser «llamado» a los tribunales del Estado en cuyo territorio la presun-

<sup>51</sup> Art. 3 del Reglamento (CE) núm.1346/2000 del Consejo de 29 mayo 2000 sobre procedimientos de insolvencia], en DOCE L 160 de 30 junio 2000 y corrección de errores en DOCE L 176 de 5 julio 2002): «Competencia internacional. 1. Tendrán competencia para abrir el procedimiento de insolvencia los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor. Respecto de las sociedades y personas jurídicas, se presumirá que el centro de los intereses principales es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social».

ta víctima tiene su centro de intereses, que será con elevadísima frecuencia, el Estado donde reside habitualmente el demandante. Que este foro creado por el TJUE sea el foro que reduce, en mayor medida, los costes de la litigación internacional, no está tan claro. En efecto, como se ha afirmado a lo largo de este trabajo, este foro distribuye de manera «no equitativa» estos costes de litigación internacional, pues beneficia de modo evidente y palmario al demandante / presunta víctima, que «litiga en casa», mientras que en la misma medida perjudica al demandando / presunto responsable. La distribución de los costes de litigación internacional es un «Zero-Sum Game», pero ello no ha pesado en el ánimo del TJUE, cuya tesis ignora la base económica de los foros de competencia judicial internacional.

El TJUE ha favorecido, de modo descarado, la posición procesal del demandante / presunta víctima. Y eso es algo contrario a los principios básicos que inspiran el mismo Reglamento 44/2001 y es contrario, también a la tutela judicial efectiva del demandado.

Pero hay más. El TJUE ha creado, a partir del art. 5.3 R.44/2001, un foro del «domicilio del demandante ampliado», el foro del «centro de intereses». El demandante puede presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro donde tiene su residencia habitual y también ante los tribunales del Estado miembro donde desarrolla una actividad profesional o de cualquier otro tipo, siempre que ello ponga de relieve «la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro» (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, FD 49). Pues bien, al no limitar este nuevo foro al lugar de la «residencia habitual del demandante», sino al haberlo ampliado al lugar donde se existe «un vínculo particularmente estrecho» entre el demandante y dicho lugar, el TJUE ha creado un foro «ampliado» del domicilio del demandante. Se trata de un foro similar a la *General Personal Jurisdiction* del Derecho norteamericano pero al revés: el lugar de la sede social o centro de operaciones [*center of operations*] del demandante o lugar donde la parte dispone de contactos sistemáticos y continuos). Welcome back to Europe *forum actoris*!

41. La tercera consecuencia consiste en que el TJUE da carta blanca, una vez más, a la interpretación expansiva de los foros especiales y en concreto, del foro en materia de obligaciones extracontractuales recogido en el art. 5.3 R.44/2001. El TJUE, de nuevo, dice una cosa: los foros especiales deben ser sometidos a una «interpretación restrictiva». Pero hace exactamente la contraria, pues el TJUE «crea» foros allí donde no existen en la letra del precepto legal, esto es, interpreta de manera expansiva los foros especiales. El TJUE deja ver que, a pesar de que él mismo indica que se debe hacer una interpretación restrictiva del art. 5.3 R.44/2001, lo que verdaderamente se puede hacer y lo que verdaderamente hace él mismo, es una interpretación muy amplia de ese foro. El TJUE mantiene que esto no atenta al principio de previsibilidad de las normas de competencia. Y sostiene que esto facilita al demandante conocer el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado. En este caso, de nuevo ha sido el art. 5.3 R.44/2001 el blanco elegido por el TJUE para convertirse en el foro de dos caras, como el dios Jano: un foro cuya cara delantera es la «interpretación restrictiva», pero que desemboca en dos foros. La cara posterior se percibe claramente al notar que el art. 5.3 R.44/2001 cobija, en realidad, dos foros de competencia internacional, uno anclado en la tesis de la difusión y otro construido sobre la tesis del centro de intereses de la presunta víctima. Esta actitud es criticable, pues ya nadie está libre de que el TJUE, *supra legem*, naturalmente, descubra o invente foros en cualquier otra materia. Como es sabido, esta expansión, ya totalmente fuera de control, de los foros reales que, según el TJUE, se cobijan en el aparentemente inofensivo art. 5.3 R.44/2001 es producto de un proceso bien definido.

Un primer paso, quizás el más audaz, se contiene en la STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, FD 24 y 25, en la que el TJCE convierte un foro en dos: *et voilà*, el «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso», -que es «un solo lugar», lo dice la letra del precepto-, es convertido por el TJUE en «dos lugares», ya que, en los ilícitos a distancia, dicho «lugar» es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el «hecho causal», como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el «resultado lesivo» o el «daño»<sup>52</sup>.

<sup>52</sup> STJCE 30 noviembre 1976, as. 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*, FD (24): «que procede, pues, responder que, en el caso de que el lugar donde se origina el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual y el

Un segundo paso, que ya puede calificarse de temerario, se observa en la STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, FD (29). En esta sentencia, el TJCE indica que el segundo lugar antes identificado como «lugar del hecho dañoso» por la STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*, esto es, el «lugar del daño», no es «un solo lugar» sino «múltiples lugares». En efecto, nos recuerda la STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, FD (29), que en el caso de una difamación internacional a través de la prensa (...) el lugar del daño no es un lugar, sino que son los «lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida»<sup>53</sup>. *Et voilà encore*: el «lugar del daño» se transforma en «los lugares del daño».

El tercer paso, -paso que, sin rubor alguno frente a la letra del precepto, puede calificarse de «movimiento interpretativo *contra legem*»-, está representado por esta STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10. Con arreglo a lo examinado, -y siendo perfectamente válidos los pasos anteriores, esto es, la multiplicación por dos del «lugar del hecho dañoso» [STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace*] y multiplicación del lugar del daño por el número de países donde se ha difundido la información [STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*]-, ahora resulta que, además de lo anterior, el «lugar del hecho dañoso» es, también, el lugar donde la presunta víctima tiene su «centro de intereses». De manera que tenemos ante nuestros atónitos ojos un panorama sumamente llamativo: hay dos maneras de interpretar la expresión «lugar del hecho dañoso». La manera tradicional (STJCE 30 noviembre 1976, *Mines de Potasse d'Alsace* + STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*) y la manera cibernética (STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10). Y lo más curioso es que ambas maneras son compatibles, esto es, el lugar del hecho dañoso puede determinarse a través de ambos razonamientos.

**42.** La cuarta consecuencia resulta extraordinariamente grave, pues se aprecia que este nuevo foro creado por el TJUE permite conocer del litigio ante el tribunal de un Estado miembro donde el demandante / presunta víctima tiene su residencia habitual pero en cuyo territorio los contenidos vertidos en Internet no han tenido ningún impacto real. No ha habido daño directo en el Estado miembro donde el presunto perjudicado tiene su centro de intereses / residencia habitual. Sin embargo, el TJUE admite que la demanda se presente, *ex art.* 5.3 R.44/2001 ante el tribunal del lugar del Estado miembro donde el actor tiene su centro de intereses / residencia habitual.

Veamos un ejemplo de esta crítica. Un *website* escrito en sueco y mantenido por un sujeto sueco desde Estocolmo contiene opiniones presuntamente injuriosas contra una modelo española. Pues bien, esta modelo española puede demandar al sujeto sueco ante los jueces españoles a través del art. 5.3 R.44/2001, aunque, como es evidente, obvio e indiscutible, el *website* no ha producido efecto (perjudicial) alguno «en España». En efecto, en España nadie o casi nadie habrá podido leer y comprender dichos contenidos y nadie o casi nadie habrá podido percibir sus presuntos efectos nocivos contra el cantante. Pero como el TJUE no exige que el *website* esté «orientado» o «dirigido» a España, los tribunales españoles son competentes debido a la mera existencia, en España, de la residencia habitual de la modelo española presunta víctima. Y además, estos tribunales podrán conocer de los daños que tales contenidos hayan podido causar a la modelo en todos los países del mundo. Es irrefutable, por otra parte, que un tribunal sueco estaría mejor situado que un tribunal español para conocer de este litigio, pues es, realmente, Suecia y no España, el «espacio territorial» donde se ha producido el daño. Es claro que la conexión entre el litigio y el daño con la jurisdicción sueca es mucho más estrecha que la que pueda existir entre España y el litigio y el daño. La buena administración de la Justicia y el reparto justo de unos costes de litigación internacional reducidos son extremos que quedarían, por ello, garantizados

---

*lugar en que este hecho haya ocasionado un daño no sean idénticos, la expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» del número 3 del artículo 5 del Convenio debe entenderse en el sentido de que se refiere al mismo tiempo al lugar donde ha sobrevenido el daño y al lugar del hecho causante» y (25): «que, de ello resulta que la acción judicial frente al demandado puede ser entablada, a elección del demandante, ante el Tribunal o bien del lugar donde ha sobrevenido el daño, o bien del lugar donde se ha producido el hecho causante que ocasiona el daño».*

<sup>53</sup> STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, FD (29): «En el caso de una difamación internacional a través de la prensa, el ataque de una publicación difamatoria al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica se manifiesta en los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida».

en mayor medida si los tribunales suecos fueran competentes *ex art. 5.3 R.44/2001* y no si lo son los tribunales españoles.

El TJUE ha tergiversado el foro recogido en el art. 5.3 R.44/2001 de modo que, mediante el foro del centro de intereses del perjudicado / presunta víctima, los tribunales de un Estado miembro en cuyo territorio no se ha producido daño alguno, son competentes para conocer de todos los perjuicios derivados de las actividades desarrolladas por el demandado en todo el mundo. Esta consecuencia es contraria a la letra y al espíritu del art. 5.3 R.44/2001.

**43.** La quinta consecuencia radica en la creación, por el TJUE, de un nuevo foro que reviste un «carácter unidireccional». Sólo lo puede emplear la persona que es presunta víctima de un atentado a sus derechos de la personalidad cometido a través de Internet. Una empresa o particular, presunto autor o responsable de la información vertida en Internet, no puede emplear este foro del centro de intereses de la víctima para instar a los tribunales de dicho Estado miembro para que se pronuncien, por ejemplo, sobre la inexistencia de la aludida lesión a los derechos de la personalidad, o sobre la falta de responsabilidad del autor o creador de dicha información. Pues bien, nada en el art. 5.3 R.44/2001 indica que dicho foro sea o deba ser «unidireccional». Es un foro que opera en los litigios «*[e]n materia delictual o cuasidelictual*», sea cual sea el demandante o el demandado. Cuando el Reglamento 44/2001 ha querido dar cobijo a un «foro unidireccional» lo ha dicho de manera bien clara. Véase, por ejemplo, el art. 16, párrafos 1 y 2 R.44/2001. Este nuevo foro resulta, también por esta razón, contrario a la letra y al espíritu del art. 5.3 R.44/2001.

**44.** La sexta consecuencia estriba en que, a pesar de lo indicado en relación con la STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10 por algún blog de Internet pretendidamente especializado en la materia, dicha sentencia no exige, en ningún momento, que la información presuntamente vulneratoria de los derechos de la personalidad revista uno u otro «carácter intrínseco». En efecto, la sentencia dictada por el TJUE no exige, en particular, que la información revista un «especial interés noticiable» en el país donde radica el centro de intereses del demandante / presunta víctima. El foro del centro de intereses de la presunta víctima en un Estado miembro, es, por tanto, un «foro procesal puro» de competencia judicial internacional. Un foro que no exige la presencia de elementos extraídos del fondo del asunto, que no requiere que la información vertida en Internet revista unos caracteres determinados, ni exige que la información «incite a los lectores de un concreto país a acceder a tal información» ni que los contenidos difundidos en Internet posean un «interés informativo» o presenten un concreto «impacto informativo» en un determinado país. Exigir este carácter a la información vertida en Internet habría supuesto aceptar una versión edulcorada de la «teoría de la focalización», esto es, sería como haber exigido que las noticias o informaciones se dirijan al país donde presentan un «interés sustancial / intrínseco» para los sujetos que acceden a Internet desde dicho país. Y eso es algo que el TJUE no ha hecho.

Este foro creado por el TJUE es, por tanto, operativo en todo caso en el que se alegue la vulneración de los derechos de la personalidad en Internet. No es relevante el contenido ni el carácter de la información vertida en Internet. No es relevante su «interés noticiable», ni su «interés informativo» ni su «impacto informativo» en un concreto Estado miembro.

La STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10 se aparta así, de modo clarísimo y consciente, de la exigencia que había sugerido el Abogado General. En efecto, al final del apartado (67) de dichas conclusiones, el Sr. Abogado General había indicado que «... *propongo al Tribunal de Justicia que declare que la expresión «lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso» en el sentido del número 3 del artículo 5 del Reglamento n° 44/2001 debe interpretarse, en caso de vulneración de derechos de la personalidad mediante información difundida en varios Estados miembros a través de Internet, en el sentido de que el titular del derecho de la personalidad puede entablar una acción de reparación (...) –ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde se localice el «centro de gravedad del conflicto» entre los bienes e intereses en juego, dotados así de competencia para reparar la integridad de los daños derivados de la vulneración de los derechos de la personalidad. Se entiende por Estado miembro donde se localiza el «centro de gravedad*

*del conflicto» aquel en cuyo territorio la información litigiosa resulta objetiva y particularmente relevante y donde, al mismo tiempo, el titular del derecho de la personalidad tiene su «centro de intereses»» (subrayados añadidos)<sup>54</sup>.*

Pues bien, el TJUE no ha creado el foro del lugar donde se localiza el «centro de gravedad del litigio», -que era la propuesta sugerida por el Sr. Abogado General-, sino que ha dado carta de naturaleza al foro que da competencia internacional a los tribunales del Estado miembro del lugar donde radica el «centro de intereses de la presunta víctima», sin mayores exigencias ni aditamentos relativos al contenido de la información volcada en Internet. El Sr. Abogado General exigía que este foro reuniese dos requisitos: 1º) Que se tratase del foro del lugar donde la «información litigiosa resulta objetiva y particularmente relevante»; 2º) Y que se tratase del foro donde, «al mismo tiempo, el titular del derecho de la personalidad tiene su «centro de intereses»». sólo el segundo elemento ha sido recogido y aceptado por el TJUE. El primer requisito ha sido obviado por el TJUE y ha pervivido el sólo segundo.

45. La séptima consecuencia que se deriva de este nuevo foro creado por el TJUE radica en su propia existencia. Este modo de interpretar el art. 5.3 R.44/2001 supone, en esencia, la creación, por el TJUE, de un nuevo foro de competencia internacional que no está previsto en el citado precepto. Ello confirma el «poder creador» de foros de competencia judicial internacional del que hace gala el TJUE. Se trata, digámoslo ya, de un Tribunal que no sólo «interpreta» la Ley, sino que «crea» la Ley. El TJUE crea Derecho de la UE, crea DIPr. de la UE. Ello excede de las funciones jurídicas atribuidas a dicho tribunal y supone una manera pretoriana y anglosajona de entender el sistema legal de la UE que no sintoniza con lo que, en realidad, es el Derecho de la UE. Los particulares están ahora indefensos: el TJUE puede crear un nuevo foro cuando le parezca oportuno y la letra del Reglamento 44/2001 no le va a frenar.

46. La octava consecuencia es la posible extensión de la jurisprudencia *eDate / Olivier Martinez*, a otras áreas de daños verificados en Internet además de los daños a derechos de la personalidad. Por ejemplo: daños a la propiedad intelectual o industrial. Y hay más: su posible extensión a otro tipo de daños extracontractuales incluso no verificados a través de Internet. Pues bien, nada se opone a ello, visto que el TJUE ha indicado que la apertura del foro de «centro de intereses» era necesaria debido a los caracteres ubícuos y mundiales de Internet y no debido a que se trataba de daños a los «derechos de la personalidad». En consecuencia, este nuevo foro *made in TJUE* podría aplicarse, también, a los litigios derivados de daños a la propiedad intelectual e industrial, por ejemplo, verificados, o no, en Internet. En este punto, las Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (54) parecen apuntar en esta dirección expansiva del nuevo foro<sup>55</sup>. Con lo cual, ya pueden los futuros posibles demandados echarse a temblar, porque van a ser «atraídos», sí o sí, quieran o no quieran, diga lo que diga el texto del art. 5.3 R.44/2001, a los tribunales del Estado donde sus presuntas víctimas tiene su centro de intereses / residencia habitual. *The European Court Of Justice Rules!*

47. La novena consecuencia de este pronunciamiento del TJUE debe ponerse en relación con la (STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93). Para activar el foro del lugar del Estado miembro donde el demandante / presunta víctima tiene su «centro de intereses» / residencia habitual, no es preciso exigir que la víctima sea conocida en dicho Estado. Algunos autores y el mismo Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón, han estimado que esta exigencia se derivaba del FD (29) de la STJUE 7 marzo 1995,

<sup>54</sup> Vid. también Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartados (63) a (67).

<sup>55</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (54): «Llegados a este punto, considero que es posible dar una respuesta que adapte la sentencia *Shevill* y, al mismo tiempo, resulte tecnológicamente neutra. La respuesta no se encuentra, en mi opinión, en el replanteamiento radical de la referida jurisprudencia. Al contrario, considero que la respuesta dada en 1995 por el Tribunal de Justicia mantiene hoy día su vigencia para aquellos supuestos de «difamación internacional» en la que el soporte de la información sea el medio impreso. Sería suficiente añadir un criterio de conexión adicional a los entonces ya previstos, sin que sea necesario, además, restringir específicamente el supuesto a los daños ocasionados a través de Internet» (subrayado añadido).

*Shevill*, as. C-68/93<sup>56</sup>. Ahora bien, esto no es cierto. En la citada sentencia, el TJUE viene a decir, simplemente, *obiter dicta*, que habrá «daño» en un país sólo si en dicho país la víctima es «conocida», lo que es lógico y evidente. No se puede dañar la reputación de una persona en un país en el que dicha persona no es conocida, pues en dicho país tal persona no tiene reputación, ni buena ni mala, y no se puede destruir o dañar lo que no existe. Lo que nos dice el TJUE es que la presunta víctima puede demandar en el Estado miembro donde la información se difunda y que, naturalmente, lo hará ante los tribunales de aquél Estado miembro donde es conocida, pues en dicho Estado miembro habrá sufrido un daño evaluable y claro. Nótese que la pretendida exigencia de que la víctima sea «conocida» no aparece ni en el FD (30) ni en el fallo de la sentencia<sup>57</sup>. Nótese, igualmente, que en la misma STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93, el Tribunal de Justicia deja claro que no es preciso acreditar que se ha producido un daño de tal o cual envergadura para que se active el foro recogido en el art. 5.3 R.44/2001, ya que ello podría poner en peligro el efecto útil de dicho foro. En efecto, bastaría que el Derecho Procesal de un Estado miembro exigiera «condiciones de entidad del daño» para que el foro citado quedase desactivado en la práctica<sup>58</sup>.

Pues bien, la presunta exigencia de que la víctima sea «conocida» en el Estado miembro en el que ha sufrido daños en sus derechos de la personalidad, no aparece por ningún lado en la STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10. Una persona puede tener su residencia habitual, escondido del mundo, en un país donde no es conocido. Por ejemplo, un cantante español que, para huir del acoso de prensa y fans, se instala a vivir en Rumanía, país en el que casi nadie lo conoce y en el que pasa desapercibido. Dicho cantante puede activar el nuevo foro inventado por el TJUE y demandar en Rumanía por daños derivados de informaciones vertidas en Internet en idioma español y dirigidas a lectores españoles con residencia en España.

<sup>56</sup> STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93, FD (29): «*En el caso de una difamación internacional a través de la prensa, el ataque de una publicación difamatoria al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica se manifiesta en los lugares en que la publicación ha sido difundida, cuando la víctima es allí conocida*». Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón presentadas el 29 marzo 2011, Apartado (59) «*En la determinación del lugar donde se manifiesta el «centro de gravedad del conflicto» cabe identificar, pues, dos elementos. El primero afecta al titular del derecho de la personalidad supuestamente vulnerado y requiere que el lugar del «centro de gravedad del conflicto» se ubique donde aquél tenga su «centro de intereses». Este criterio es, hasta cierto punto, similar al previsto en la sentencia *Shevill* al exigir que «la víctima sea conocida». Sin embargo, en la determinación del lugar donde se encuentra el «centro de gravedad del conflicto» no es suficiente que la víctima sea meramente conocida. Por el contrario, se trata de identificar el lugar (y, por tanto, el Estado miembro) en el que el particular afectado en el goce de sus derechos de la personalidad desarrolla esencialmente su proyecto vital, siempre y cuando éste exista» (subrayados añadidos). Esta exigencia de que la persona sea «conocida» en un Estado miembro para que pueda estimarse que ha habido «daño» en tal Estado miembro es mantenida por ciertos autores, como es el caso de P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2011, pp. 185-204, esp. p. 189. Exigencia que, como se expone en el texto del presente trabajo, constituye un error, pues el TJUE no la requiere ni en la STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93 (vid. fallo de la sentencia), ni en la STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Olivier Martinez*, as. C-509/09 y C-161/10, en cuyo texto dicha exigencia no aparece por ninguna parte.*

<sup>57</sup> STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93, FD (30): «*De ello se desprende que los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que se haya difundido la publicación difamatoria y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque a su fama, son competentes para conocer de los daños causados en dicho Estado a la reputación de la víctima*». Y aquí está la primera parte del fallo de la STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93: «*Parte dispositiva. En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia, pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por la House of Lords mediante resolución de 1 de marzo de 1993, declara: 1) La expresión «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso» utilizada en el número 3 del artículo 5 del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica, debe interpretarse, en caso de difamación a través de un artículo de prensa difundido en varios Estados contratantes, en el sentido de que la víctima puede entablar contra el editor una acción de reparación, bien ante los órganos jurisdiccionales del Estado contratante del lugar de establecimiento del editor de la publicación difamatoria, competentes para reparar la integridad de los daños derivados de la difamación, bien ante los órganos jurisdiccionales de cada Estado contratante en que la publicación haya sido difundida y en que la víctima alegue haber sufrido un ataque contra su reputación, competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido*».

<sup>58</sup> STJUE 7 marzo 1995, *Shevill*, as. C-68/93: «*Los requisitos de apreciación del carácter dañoso del hecho controvertido y los requisitos de prueba de la existencia y del alcance del perjuicio alegado por la víctima de la difamación no dependen del Convenio, sino que se rigen por el Derecho material designado por las normas relativas al conflicto de leyes del Derecho nacional del órgano jurisdiccional que conozca del asunto, siempre que dicha aplicación no menoscabe el efecto útil del Convenio*».

### **VIII. Hoja de ruta de los foros de competencia judicial internacional en materia de obligaciones extracontractuales**

48. Conforme a lo anteriormente dicho, se puede concluir diciendo que el TJUE, a pesar de que propugna una interpretación restrictiva del foro contenido en el art. 5.3 R.44/2001, por ser una excepción al foro general del domicilio del demandado, contenido en el art. 2 R.44/2001, lleva a cabo realmente una interpretación expansiva, y ello se percibe en la cantidad de foros a los que podemos acudir en relación con los litigios en materia de obligaciones extracontractuales, en general, y de las informaciones vulneratorias de los derechos de la personalidad vertidas en Internet, en particular.

49. El primer foro que encontramos es el foro general del art. 2 R.44/2001, el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro. El segundo foro es el recogido en el art. 5. R.44/2001, foro que, en los casos de «ilícitos a distancia», se divide, de manera que encontramos, en realidad, «dos foros»: uno es el del lugar donde se produce el «hecho causal del daño» y otro es el lugar donde se produce el «daño». El foro del lugar del hecho causal y el foro de Estado miembro de domicilio del demandado son foros «totales»: se litiga en ellos «por la totalidad del daño» sufrido en todo el mundo.

50. En cuanto al foro del lugar del Estado miembro donde se produce el «daño», el TJUE lo amplía más allá de la letra del precepto. En efecto, existe «daño» en los Estados miembros donde se ha difundido la información y existe «daño» también en el lugar del Estado miembro donde el sujeto tenga su «centro de intereses», al menos en los litigios por daños en Internet. Si se emplea el foro del «daño = lugar de difusión de la información», se litiga por los daños ocurridos en tal país, de modo que son competentes los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible y tales órganos son competentes para conocer únicamente del daño causado en el territorio del Estado miembro de la jurisdicción a la que se haya acudido. Pero si se utiliza el foro del lugar del «centro de intereses de la víctima», se podrá litigar por todos los daños sufridos por ésta en todo el mundo.

# O CONCEITO DE «ACTIVIDADE DIRIGIDA» INSCRITO NO ARTIGO 15º, NÚMERO 1, ALÍNEA C), DO REGULAMENTO «BRUXELAS I» E A INTERNET: SUBSÍDIOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA POR OCASIÃO DO ACÓRDÃO PAMMER /ALPENHOF

MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES

*Assistente da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito  
Universidade Católica Portuguesa*

Recibido: 05.01.2012 / Aceptado: 10.01.2012

**Resumo:** Para além do mais, a decisão pelo Tribunal de Justiça da União Europeia emitida nos casos apensos *Pammer/Alpenhof* versa a interpretação do conceito de «actividade dirigida» inscrito no artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 44/2001. De acordo com o pronunciamento do Tribunal, a circunstância de o sítio do profissional ser acessível a partir do Estado do domicílio do consumidor é insuficiente para dar por demonstrado que aquele profissional dirige a sua actividade ao Estado-Membro do domicílio do consumidor. A presente anotação passa em revista crítica a linha argumentativa desenvolvida pela instância jurisdicional.

**Palavras-chave:** competência jurisdicional internacional, Regulamento (CE) n.º 44/2001, contratos celebrados por consumidores, o conceito de «actividade dirigida», internet.

**Abstract:** *Inter alia*, the joint ruling issued by the EUCJ on 7th December 2010 addressed the applicability of Article 15(1)(c) of Regulation EC No 44/2001 («the Brussels I Regulation») vis-à-vis the use of web sites. In particular, the Court was summoned to clarify whether, in order to justify a finding that an activity is being «directed» within the terms of the aforesaid Article, it is sufficient that a website of the party with whom a consumer has concluded a contract can be consulted on the internet. The Court answered in the negative. Further, the Court catalogued a number of factors designed at helping national courts determine whether a business is directed towards consumers in other European states. This annotation provides for a detailed review and a critical analysis of the EUCJ's decision.

**Key words:** international jurisdiction, Regulation (EC) No 44/2001, consumer contracts, direction of activity, Internet.

**Sumário:** I. Introdução. II. Os factos subjacentes aos dois processos e as questões submetidas, a título prejudicial, ao Tribunal de Justiça. III. O contexto normativo: (algumas) regras de Direito Internacional Privado orientadas à protecção do consumidor. IV. A decisão do Tribunal de Justiça. V. Aspectos vários. VI. Apontamento final.

## I. Introdução

1. Era o princípio de Dezembro, as decorações vestiam as ruas e as lojas iam sendo assaltadas pelo frenesim sazonal quando, no Luxemburgo, o Tribunal de Justiça emitia pronunciamento com interesse garantido para muitos daqueles que, ademais de calcorreamos passeios e esfregarem narizes em vitrinas polidas, navegam na internet e fazem sua a prática da aquisição *on-line* de bens e serviços. Fê-lo por meio do acórdão proferido, em 7 de Dezembro de 2010, nos casos apensos C-585/08 (*Peter Pammer contra Reederei Karl Schlüter GmbH & CoKG*) e C-144/09 (*Hotel Alpenhof GesmbH contra*

*Oliver Heller*), ambos levando por objecto pedidos de decisão prejudicial submetidos pelo *Oberster Gerichtshof* austríaco.

2. Considerar-se-ão, sucessivamente: os factos subjacentes aos dois processos principais e as questões submetidas, a título prejudicial, por aquele tribunal superior austríaco (II); o contexto normativo que serve de pano de fundo ao pronunciamento do Tribunal de Justiça (III); a resposta do Tribunal de Justiça (IV); alguns dos dados que com mais força, interesse ou perplexidade emergem da resposta do Tribunal (V). Encerra a anotação brevíssimo apontamento final (VI)<sup>1</sup>.

## II. Os factos subjacentes aos dois processos principais e as questões submetidas, a título prejudicial, ao Tribunal de Justiça

3. Tal e qual o mais célebre dos detectives belgas, o austríaco Peter Pammer decidiu viajar até ao Oriente. Meio de deslocação, o navio; ponto de partida, o porto de Trieste. Relegada para trás da esquina a época áurea do Expresso do Oriente, Peter Pammer adquire a viagem via internet. A promessa de idílio desfaz-se em desilusão. Vindo a apurar que a descrição elegantemente disponibilizada no sítio gerido pelo intermediário da Reederei Karl Schlüter, uma sociedade transportadora estabelecida na Alemanha, não encontrava correspondência fiel na realidade das coisas, Peter Pammer recusa-se a embarcar e exige a devolução do preço que havia pago pela viagem. Reembolsado tão-só em um terço da quantia despendida, Peter Pammer demanda judicialmente a Reederei junto de tribunais austríacos. A demandada faz valer a incompetência internacional destes tribunais, para o que alega não desenvolver qualquer actividade profissional ou comercial na Áustria.

4. Não foi mais bem sucedida a experiência de Oliver Heller, um alemão habitualmente residente na Alemanha. Tendo reservado vários quartos, pelo período de uma semana, junto do Alpenhof, um hotel situado na paradisíaca estância austríaca de Berchtesgaden, o senhor Heller veio a revelar-se insatisfeito com o serviço e, assim, a abandonar o estabelecimento sem pagar a conta. A reserva havia sido feita electronicamente, tendo o senhor Heller utilizado um endereço de correio electrónico disponibilizado no sítio gerido pela sociedade proprietária do hotel. Demandado judicialmente junto de tribunais austríacos, Oliver Heller faz valer que, enquanto consumidor, só poderia ser accionado junto de tribunais alemães.

5. Chamado a apreciar, em sede de recurso, os dois casos, o *Oberster Gerichtshof* austríaco submete à apreciação do Tribunal de Justiça a questão de saber se o facto de o sítio do comerciante ser acessível a partir do Estado do domicílio do consumidor é suficiente para se afirmar que uma actividade é *dirigida* a este Estado, na acepção do artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento 44/2001. *Pioneiramente*. Até aqui, nunca antes o Tribunal do Luxemburgo houvera sido confrontado com a necessidade de considerar e interpretar o conceito de «actividade dirigida» utilizado por aquela disposição e,

<sup>1</sup> Para além de notas curtas em blogues da especialidade, o aresto anotando foi objecto de comentários extensivos, ou mais extensivos, por parte de: J. CLAUSNITZER, «Gerichtsstands- und Rechtswahlfreiheit bei grenzüberschreitenden Onlineverträgen - Anmerkungen zur mündlichen Verhandlung der Vorabentscheidungsverfahren C-144/09 (Hotel Alpenhof) sowie C-585/08 (Pammer)», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2010, vol. 21, n.º 10, 374-377; R. STEENNOT, «Hof van Justitie verduidelijkt toepassingsvoorwaarde bijzondere IPR-regelen consumentenovereenkomsten», *Revue@dipr.be, Revue de droit international privé*, 2011/1, acessível em [www.ipr.be](http://www.ipr.be) ou em [www.dipr.be](http://www.dipr.be), 152-161; M. POSNOW WURM, «La protection des consommateurs en droit international privé européen suite aux arrêts Pammer-Hotel Alpenhof: la notion d'«activité dirigée»», Note sous Cour de Justice, arrêt du 7 décembre 2010», *Revue@dipr.be, Revue de droit international privé*, 2011/1, acessível em [www.ipr.be](http://www.ipr.be) ou em [www.dipr.be](http://www.dipr.be), 162-181; L. MANIGRASSI, «Justice, liberté, sécurité (arrêt Pammer § Hotel Alpenhof)», *Revue du droit de l'Union Européenne*, 2011, n.º 1, 138-144; L. GILLIES, «Clarifying the 'Philosophy of f Article 15' in the Brussels I Regulation: C-585/08 Peter Pammer v Reedere Karl Schluter GmbH & Co And C-144/09 Hotel Alpenhof Gesmbh v Oliver Heller», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, Abril 2011, 557-564; O. CACHARD, Anotação, *Revue critique de droit international privé*, 2011, n.º 2, 414-438; W. VAN DEN AARDWEG, «De gerichte activiteit van artikel 15 lid 1, onderdeel c, Brussel I: meer duidelijkheid door Luxemburgse gezichtspunten», *NederlandsInternationaal Privaatrecht*, 2011, 3, 473-477.

em particular, com a necessidade de avaliar até que ponto a utilização de um sítio na internet satisfaz as especificações de uma tal actividade<sup>2</sup>.

### III. O contexto normativo: (algumas) regras de Direito Internacional Privado europeu orientadas à protecção do consumidor

6. Concretizações destacadas do processo de comunitarização do Direito Internacional Privado, o Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho de 22 de Dezembro de 2000 relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução das decisões em matéria civil e comercial («Bruxelas I»)<sup>3</sup> e o Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de Junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais («Roma I»)<sup>4</sup> assumem o consumidor como parte economicamente mais fraca e juridicamente menos experiente e, assim procedendo, integram nos seus quadros disposições orientadas à correspondente protecção<sup>5</sup>.

#### 7. Tome-se aquele instrumento de direito europeu.

Em derrogação da regra geral do artigo 2.º, o qual fixa o domicílio do réu como nexa de competência geral, e, bem assim, dos critérios especiais que, em matéria contratual, elegem o foro do *locus solutionis*<sup>6</sup>, das disposições compreendidas na Secção 4 do Capítulo II resulta que:

- i) uma acção pode ser intentada pelo consumidor quer perante os tribunais do Estado-Membro em que estiver domiciliada a outra parte (artigo 16.º, número 1), quer perante os tribunais do Estado-Membro em que a outra parte tiver um estabelecimento, se o litígio for relativo à exploração desse estabelecimento (artigo 5.º, número 5, *ex vi* artigo 15.º, número 1), quer, ainda, perante o tribunal do lugar onde o consumidor tiver domicílio (artigo 16.º, número 1);
- ii) a contraparte do consumidor apenas pode intentar uma acção contra o consumidor perante os tribunais do Estado-Membro em que o último estiver domiciliado (artigo 16.º, número 2);
- iii) os pactos de jurisdição são sujeitos a restrições significativas, só sendo admissíveis em três casos – *primeiro*, quando sejam posteriores ao nascimento do litígio; *segundo*, quando alarguem o leque de foros disponibilizado ao consumidor; *terceiro*, quando atribuam competência aos tribunais do Estado-Membro em que o consumidor e a sua contraparte têm, simultaneamente, domicílio ou residência habitual no momento da celebração do contrato, salvo se a lei deste Estado não permitir tal convenção (artigo 17.º, respectivamente, números 1, 2 e 3).

Persistissem dúvidas quanto à lógica inspiradora das disposições passadas em revista e dissipá-las-ia o teor escancarado do Considerando Décimo Terceiro do Regulamento; de conformidade com os seus termos, «[n]o respeitante aos contratos (...) de consumo (...) é conveniente proteger a parte mais

<sup>2</sup> Esclareça-se que a demanda, questão única no processo C-144/09, foi apenas a *segunda* das perguntas que, no quadro do processo C-585/08, mais antigo, o Supremo Tribunal austríaco submeteu ao Tribunal de Justiça. Ademais dessa e pelo que a este processo respeita, o *Oberster Gerichtshof* interrogou o Tribunal do Luxemburgo sobre se «[u]ma viagem num cargueiro constitui uma combinação de viagem e alojamento por um preço global, na acepção do artigo 15.º, n.º 3, do Regulamento n.º 44/2001». Sem entrar na dilucidação da questão nem na análise do modo como o Tribunal de Justiça entendeu responder-lhe, refere-se apenas que, fazendo valer que o artigo 15.º, número 3, do Regulamento n.º 44/2001 tem de ser interpretado à luz da disposição correspondente do Regulamento n.º 593/2008, esta instância jurisdicional decidiu no sentido de que um contrato tendo por objecto uma viagem num cargueiro constitui um contrato de transporte que, por um preço global, combina viagem e alojamento na acepção do artigo 15.º, número 3, do Regulamento n.º 44/2001.

<sup>3</sup> Cf. JO L 12, de 16 de Janeiro de 2001, p. 1 ss.

<sup>4</sup> Cf. JO L 177, de 4 de Julho de 2008, p. 6 ss.

<sup>5</sup> Seja dito que as coisas não se passavam de forma diversa em face dos seus antecessores, respectivamente a Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial – cf. a correspondente Secção IV e os artigos 13.º a 15.º - e a Convenção sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, aberta à assinatura, em Roma, em 19 de Junho de 1980 - cf. o correspondente artigo 5.º.

<sup>6</sup> Cf. o artigo 5.º, número 1.

*fraca por meio de regras de competência mais favoráveis aos seus interesses do que a regra geral.*». E, com efeito, em derrogação do regime-regra, deriva das regras assinaladas a possibilidade de o consumidor demandar e ser demandado no Estado do seu domicílio e, o que a isso é inerente, a sujeição da contraparte do consumidor às desvantagens associadas à participação num processo fora do Estado do seu domicílio.

**8.** Racionalidade equivalente –o propósito do *favor consumatoris*– perpassa o artigo 6.º do Regulamento «Roma I»<sup>7</sup>. Resulta dele:

- i) na hipótese de uma escolha de lei pelas partes, que tal eleição não pode ter como consequência privar o consumidor da protecção que lhe proporcionam as disposições injuntivas da lei do Estado onde o mesmo reside habitualmente (número 1);
- ii) na ausência de uma *electio iuris*, que o contrato é regulado pela lei do Estado onde o consumidor tem residência habitual (número 2).

**9.** Passada revista rápida pelo regime especial que, no domínio jurisdicional internacional como no domínio conflitual, foi gizado para os contratos celebrados por consumidores, cumpre dar nota de que o legislador europeu subordinou a aplicação de um tal regime à condição de que o particular contrato reproduza certas notas especificadoras.

Tem-se, assim, pelo ao Regulamento «Bruxelas I» respeita, que as disposições contidas na Secção 4 do Capítulo II só se aplicam uma vez tratando-se de contratos de determinado tipo – assim, a venda, a prestações, de bens móveis corpóreos ou empréstimos a prestações ou outras operações de crédito relacionadas com o financiamento da venda de tais bens<sup>8</sup> – ou estando em causa contratos que mantenham uma conexão determinada com o Estado do domicílio do consumidor – nos termos da alínea c) do número 1 do artigo 15.º, a exigência é a de que, fora dos casos, referidos pelas alíneas a) e b), precedentes, se trate de contrato concluído com uma pessoa que tem actividade comercial ou profissional no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou que dirige essa actividade, por quaisquer meios, a esse Estado-Membro ou a vários Estados, incluindo esse Estado-Membro, sendo o dito contrato abrangido por essa actividade<sup>9</sup>.

Ocorre, analogamente, que o regime especial do artigo 6.º é pelo Regulamento (CE) n.º 593/2008 reservado aos contratos que, celebrados entre um consumidor e um profissional, mantenham certa conexão com o Estado da residência habitual do consumidor, designadamente por neste Estado o profissional exercer as suas actividades comerciais ou profissionais (artigo 6.º, número 1, alínea a)) ou por para esse Estado, por qualquer meio, o profissional dirigir as suas actividades, sendo o contrato abrangido pelo âmbito dessas actividades (artigo 6.º, número 1, alínea b))<sup>10</sup>. A determinação legal é, de resto, muito clara: não resultando cumpridas, no caso de espécie, as exigências alternativamente estabelecidas pelas alíneas a) e b) do número 1, a lei aplicável ao contrato celebrado entre um consumidor e um profissional é apurada de acordo com as regras de conflitos gerais dos artigos 3.º e 4.º do mesmo instrumento<sup>11</sup>.

**10.** Assim visto como, em face do Regulamento «Bruxelas I» como do Regulamento «Roma I», a celebração de um contrato abrangido pelo âmbito das actividades que um profissional dirige para o Estado-Membro do domicílio do consumidor é de molde a despoletar a aplicação do regime especial

<sup>7</sup> Alardeando a lógica protectora do consumidor enquanto parte reputada mais fraca, cf. os Considerandos Vigésimo Terceiro, Vigésimo Quarto e Vigésimo Quinto do Regulamento «Roma I».

<sup>8</sup> Cf. as alíneas a) e b) do número 1 do artigo 15.º.

<sup>9</sup> Seja referido, mais ainda, que, nos termos do artigo 15.º, número 3, o regime especialmente gizado para os contratos celebrados por consumidores não se aplica ao contrato de transporte, com excepção do contrato de fornecimento de uma combinação de viagem e alojamento por um preço global (cf., *infra*, nota ).

<sup>10</sup> Mais deve precisar-se que, fazendo uso de uma técnica de *drafting* negativo, o legislador aprioristicamente subtrai ao alcance da disciplina especial consagrada pelo artigo 6.º algumas categorias contratuais. Cf., a este respeito, as alíneas a) e e) do número 4 do artigo 6.º.

<sup>11</sup> Cf. o artigo 6.º, número 3.

que no quadro de qualquer um daqueles instrumentos se consagra em vista da protecção do consumidor, questão que assoma ao espírito é a de saber em que condições, para os efeitos desses instrumentos, a utilização da internet constitui uma actividade dirigida ao Estado-Membro do domicílio do consumidor. Bem sabido como, através da internet, os fornecedores de bens e serviços podem alcançar os consumidores de praticamente todos os países do mundo, perguntar-se-á, muito em particular, se o facto de se poder aceder ao sítio da contraparte do consumidor é suficiente para se afirmar que uma actividade é *dirigida* a um Estado, na acepção do artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 44/2001, e do artigo 6.º, número 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 593/2008.

Levando como pano de fundo o artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 44/2001, foi essa, sem tirar nem pôr, a questão pelo *Oberster Gerichtshof* submetida à apreciação do Tribunal de Justiça.

#### IV. A Decisão do Tribunal de Justiça

**11.** Não, respondeu o Tribunal. *Em ordem a determinar se um comerciante que apresenta a sua actividade no seu sítio na internet ou no sítio de um intermediário dirige a sua actividade ao Estado-Membro do domicílio do consumidor, na acepção do artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 44/2001, é insuficiente a simples acessibilidade do sítio a partir do Estado-Membro do domicílio do consumidor.*

Fazendo seus muitos dos argumentos utilizados pela Advogada-Geral V. Trstenjak<sup>12</sup>, foi esse o veredicto do Tribunal. Intentar-se-á captá-lo nas suas linhas argumentativas fundamentais.

**12.** Anotando que o Regulamento (CE) n.º 44/2001 é omissivo quanto à definição do conceito de actividade *dirigida* ao Estado-Membro em que o consumidor está domiciliado, o Tribunal do Luxemburgo começa por fazer valer o que dificilmente pode ser objecto de contestação. À uma, que um tal conceito é credor de uma interpretação autónoma, devendo o seu sentido ser fixado com referência ao sistema e aos objectivos do Regulamento<sup>13</sup>. Em seguida, que, sem prejuízo das diferenças que apartam as duas disposições, a fixação do sentido e alcance do artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento «Bruxelas I» não deve perder de vista a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa ao artigo 13.º, primeiro parágrafo, ponto 3, da Convenção de Bruxelas.

Isso estabelecido –pela instância jurisdicional arrolado o que, em todo o caso, nunca seria de molde a levantar dúvidas particulares<sup>14</sup>–, a questão coloca-a o Tribunal do Luxemburgo, de seguida, em termos que reclamam uma tomada de posição quanto a saber se o conceito de «actividade dirigida» se basta com a existência de uma *actividade de facto* orientada a um ou a vários Estados-Membros, incluindo o do domicílio do consumidor, ou se, o que é mais exigente, o mesmo supõe uma *vontade* do comerciante de se dirigir àqueles Estados. Na (meia) síntese avançada pelo próprio Tribunal, «[a] questão assim colocada é a de saber se é necessário que exista a vontade do comerciante de visar um ou vários Estados-Membros e, sendo esse o caso, sob que forma se deve ela manifestar.»<sup>15</sup>.

Tomando posição pelo segundo termo da alternativa, o Tribunal pronunciou-se no sentido da exigibilidade daquela vontade. Segundo fez valer, a aferição do cumprimento do *targeted test* envolvido no artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 44/2001 torna necessário apurar se, com

<sup>12</sup> Cf. as Conclusões apresentadas em 18 de Maio de 2010 e acessíveis em [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>13</sup> Cf. o parágrafo 55 da decisão anotada. Assinalando o ponto por referência aos conceitos constantes do artigo 13.º da Convenção de Bruxelas, cf. o parágrafo 37 do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, em 11 de Julho de 2002, no caso C-96/00 (*Gabriel*) e demais decisões aí nomeadas.

<sup>14</sup> Assim, atentos já o Décimo Nono Considerando do Regulamento (CE) n.º 44/2001 – consagra-se, nele, um *princípio de continuidade* entre a Convenção de Bruxelas de 1968 e o Regulamento de 2001 -, já pretéritas afirmações do Tribunal de Justiça por intermédio das quais é salientado que, no sistema introduzido pelo Regulamento, o artigo 15.º, número 1, alínea c), ocupa o mesmo lugar e cumpre a mesma função de protecção da parte mais fraca que o artigo 13.º, primeiro parágrafo, ponto 3, da Convenção de Bruxelas (cf. o parágrafo 57 da decisão anotada e o parágrafo 41 do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça, em 14 de Maio de 2009, no caso *Ilseinger*).

<sup>15</sup> Cf. o parágrafo 64.

prioridade em relação à celebração de um contrato com um consumidor, já resultava do sítio gerido pelo comerciante, assim como da sua actividade global, que este pretendia estabelecer relações comerciais com consumidores domiciliados num ou vários Estados-Membros, incluindo o do domicílio do consumidor, no sentido de que estava disposto a com eles contratar. Não chega —é a implicação lógica, também verbalizada pela instância jurisdicional— a simples acessibilidade daquele sítio na internet a partir do Estado-Membro do domicílio do consumidor.

Atente-se, com algum grau de minúcia, no percurso lógico desenvolvido pelo Tribunal.

Ponto revestido de importância segura na economia da sua construção, a instância jurisdicional faz notar que, designadamente enquanto implicam a realização de despesas mais ou menos avultadas, formas de publicidade que soe dizer-se clássicas —assim, pense-se na difundida através da imprensa, da rádio, da televisão ou do cinema— levam implícita a vontade do comerciante de visar um ou vários Estados(-Membros)<sup>16</sup>. Não é o caso necessário —é ainda a instância jurisdicional a discorrer— da publicidade divulgada pela internet. A explicação vem de seguida: «[t]endo esta forma de comunicação, por natureza, um âmbito mundial, a publicidade feita num sítio na Internet por um comerciante é, em princípio, acessível em todos os Estados e, por conseguinte, em toda a União Europeia, não sendo necessário realizar despesas suplementares, independentemente da vontade do comerciante visar ou não consumidores para além dos do Estado-Membro em que está estabelecido.»<sup>17</sup>.

Tanto certificado, aspecto subsequentemente feito valer é o de que, no quadro do Regulamento «Bruxelas I», o propósito do *favor consumatoris* não é pelo legislador da União prosseguido com latitude irrestrita, à *outrance*. Não fosse assim e mal se compreenderia —é mais uma vez o Tribunal, fazendo suas as Conclusões da Advogada-Geral, a elaborar— que não se tivesse «(...) colocado como requisito de aplicação das regras em matéria de contratos celebrados pelos consumidores, não a direcção da actividade para um Estado-Membro, mas a simples existência de um sítio na Internet.»<sup>18</sup>.

Aqui chegado, assumindo um ponto de viragem, o Tribunal dá por reunidos os dados que, em seu juízo, autorizam a modelação de uma conclusão. É que —faz valer—, não tendo o legislador ido ao ponto de declarar que a simples utilização de um sítio na internet constitui uma actividade «dirigida» a outros Estados-Membros na acepção do artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento «Bruxelas I» e, dado isso, a inferência deve ser —transcreve-se do acórdão anotando— a de que «(...) para efeitos da aplicabilidade do referido artigo 15.º, número 1, alínea c), o comerciante deve ter manifestado a sua vontade de estabelecer relações comerciais com consumidores de um ou de vários Estados-Membros, entre os quais o do domicílio do consumidor.»<sup>19</sup>.

Aplaudindo-se o sentido da decisão, concita reservas o correspondente modo de fundamentação.

Bem verdade — e é aspecto a que, como anotado, o Tribunal empresta importância capital —, «(...) o legislador não foi até ao ponto de declarar que a simples utilização de um sítio na internet constitui uma actividade «dirigida» a outros Estados-Membros apta a desencadear a aplicação da regra de competência de protecção visada no artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento n.º 44/2001.»<sup>20</sup>. Ocorre que, não tendo declarado isso, também não declarou o seu contrário. Reconheceu-o o Tribunal, logo à cabeça, ao certificar que o Regulamento (CE) n.º 44/2001 é omissivo quanto à definição do conceito de actividade *dirigida* ao Estado-Membro em que o consumidor está domiciliado<sup>21</sup>. Mas não só. Também quando, ainda num momento relativamente inicial do seu percurso, apresenta como dilema essencial o que reclama a necessidade de uma tomada de posição quanto a saber se o conceito de «actividade dirigida» se basta com a existência de uma *actividade de facto* orientada a um ou a vários Estados-Membros, incluindo o do domicílio do consumidor, ou se, o que é mais exigente, o mesmo reclama uma *vontade* do comerciante de se dirigir àqueles Estados. Fosse irrepreensível que da circunstância de o legislador não ter declarado que a utilização de um sítio na internet satisfaz o *targeted test* houvesse

<sup>16</sup> Cf. os parágrafos 65 a 67 da decisão analisada.

<sup>17</sup> Cf. o parágrafo 68.

<sup>18</sup> Cf. o parágrafo 71 da decisão anotada.

<sup>19</sup> Cf. o parágrafo 75.

<sup>20</sup> Cf. o parágrafo 72.

<sup>21</sup> Cf. o parágrafo 55.

de retirar-se, como derivação lógica, que, para efeitos da aplicabilidade do referido artigo 15.º, número 1, alínea c), o comerciante deve ter manifestado a sua vontade de estabelecer relações comerciais com consumidores de um ou de vários Estados-Membros, entre os quais o do domicílio do consumidor, e não assistiria razão de ser ao dilema tal como o Tribunal começou por formulá-lo. Assistisse validade ao modo de discorrer por si adoptado e, ao invés de de uma dúvida, o Tribunal teria podido arrancar de uma certeza. Não o fez. Por alguma razão não o fez. Não se regateando no reconhecimento de que à tomada de posição jurisdicional assiste razoabilidade –total razoabilidade–, sobra a impressão de que, em pleno *iter* do seu percurso argumentativo –e, portanto, antes mesmo de poder estar em condições para concluir –, o tribunal entra a tomar como certo – é dizer, a assumir como indisputável –aquilo que de início, aparecendo-lhe como incógnita, constituía um dos termos do seu dilema.

Por certo, o caso não foi o de, pura e simplesmente, o Tribunal se ter absterido de carrear argumentos – de resto, como poderia isso ter sido? E, com efeito, pense-se na comparação estabelecida com formas clássicas de publicidade e na certificação de que a elas vai inerente a vontade do comerciante de visar um ou vários Estados-Membros<sup>22</sup>. Mais ainda, na reivindicação de que o *favor consumatoris* não tem de assumir – e não assume, no quadro do Regulamento «Bruxelas I» - uma amplitude irrestrita ou absoluta<sup>23</sup>. Mas também – e o que até agora esta anotação havia deixado na sombra –, no acolhimento a dois elementos de índole legislativa ou para-legislativa justamente depondo no sentido que veio a ser abraçado pelo Tribunal da União: por uma parte, e em contraste com o Considerando Décimo Terceiro constante da Proposta de Regulamento (CE) do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial<sup>24</sup>, a circunstância de o Considerando homólogo do Regulamento (CE) n.º 44/2001 – também o Décimo Terceiro – ser omissivo quanto à indicação de que «(...) a comercialização de bens ou serviços por um meio electrónico acessível no Estado-Membro constitui uma actividade dirigida para esse Estado.»<sup>25</sup>; por outra, uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão adoptada aquando da aprovação do Regulamento (CE) n.º 44/2001 cujo teor aparece reproduzido no Considerando Vigésimo Quarto do Regulamento «Roma I» e de conformidade com a qual «(...) o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º; [sendo] preciso também que esse sítio internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio.»<sup>26</sup>.

O caso não foi, repete-se, o da pura e simples abstinência argumentativa. Longe disso. Isso adquirido, o que se afirma é, ao lado de verdadeiros, ter a instância jurisdicional invocado como argumento o que, vistas bem as coisas, não constituía senão uma razão a emprestar ocasião, oportunidade e sentido ao dilema original. E de fazendo-o, ter deixado na sombra, não verbalizada, a que se adivinha ter constituído – bem – verdadeira causa eficiente do sentido da decisão adoptada. Alude-se à composição equilibrada dos interesses que, contrapostos, são os das duas partes em presença: de um lado, o consumidor, cuja protecção milita no sentido de que lhe seja disponibilizado um leque alargado de jurisdições; do outro, a contraparte do consumidor, a qual deve poder antecipar os tribunais junto dos quais é susceptível de vir a ser demandada.

**13.** Certificado que a simples acessibilidade do sítio do comerciante a partir do Estado-Membro do domicílio do consumidor é insuficiente para os efeitos do artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento (CE) n.º 44/2001, e, assim, firmada a ideia de que, em vista da aplicabilidade dessa disposição, o comerciante deve ter manifestado a sua vontade de estabelecer relações comerciais com consumidores de um ou de vários Estados-Membros, entre os quais o do domicílio do consumidor, o Tribunal avança para a disquisição das circunstâncias aptas a constituírem-se em indícios dessa vontade. Correlatamente, para a enunciação daquelas a que, em seu modo de perspectivar, não deve ser reconhecida essa virtualidade.

Entre possíveis outras, as seguintes são, na perspectiva do Tribunal, circunstâncias que, em singelo ou entre si combinadas, surgem como desveladoras de uma vontade do comerciante dirigida ao

<sup>22</sup> Cf. os parágrafos 65 a 67.

<sup>23</sup> Cf. o parágrafo 71.

<sup>24</sup> Cf. COM (1999) 348 final.

<sup>25</sup> *Idem.* Cf. o parágrafo 73 da decisão anotanda.

<sup>26</sup> Faz-se referência a uma Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão sobre os artigos 15.º e 73.º do Regulamento 44/2001.

estabelecimento de relações comerciais com consumidores de um ou de vários Estados-Membros, entre os quais o do domicílio do consumidor:

- i. a explicitação, no sítio da internet, de que o comerciante oferece os bens ou serviços em um ou em vários Estados-Membros nominativamente identificados<sup>27</sup>;
- ii. a natureza internacional da actividade em questão<sup>28</sup>;
- iii. a utilização de uma língua distinta da habitualmente falada no Estado onde o comerciante se encontra estabelecido<sup>29</sup>;
- iv. o recurso a uma moeda diferente da habitualmente transaccionada no Estado onde o comerciante se encontra estabelecido<sup>30</sup>;
- v. a menção a números telefónicos antecédidos de um prefixo para acesso internacional<sup>31</sup>;
- vi. a utilização de um nome de domínio de primeiro nível – um ccTLD<sup>32</sup> – não correspondente ao do Estado em que o comerciante está estabelecido, assim como a utilização de nomes de domínio de primeiro nível não associados a um Estado em particular – os chamados gTLD<sup>33</sup> -, de que bons exemplos são «com», «eu» ou «net»<sup>34</sup>;
- vii. a referência a uma clientela constituída por clientes domiciliados em diferentes Estados-Membros<sup>35</sup>;
- viii. a descrição de itinerários, com partida em vários Estados-Membros, para se chegar ao lugar da prestação do serviço<sup>36</sup>;
- ix. a realização de despesas com serviços de *search engine optimization (SEO)* a fim de promover/facilitar o acesso ao sítio do comerciante por parte de consumidores domiciliados em diferentes Estados-Membros<sup>37</sup>.

Em contraponto e consoante certificado pelo Tribunal, não é significativa de uma vontade do comerciante dirigida ao estabelecimento de relações comerciais com consumidores de um ou de vários Estados-Membros a menção, num sítio da internet, do endereço electrónico ou físico do comerciante; tão-pouco, a indicação de um número de telefone não precedido de um prefixo para acesso internacional. Consoante a instância jurisdicional encontrou ocasião para anotar, «(...) esse tipo de informações é, em qualquer caso, necessário para que os consumidores domiciliados no mesmo Estado-Membro em que está estabelecido o comerciante o possam contactar.»<sup>38</sup>.

## V. Aspectos vários

**14.** Oferecido relato do sentido da decisão anotanda e, bem assim, do percurso lógico-argumentativo até ele conducente, os parágrafos subsequentes detêm-se no arrolamento de notas suscitadas por alguns dos dados que com mais força, interesse ou perplexidade emergem da peça analisanda.

<sup>27</sup> Cf. o parágrafo 81.

<sup>28</sup> Cf. o parágrafo 83.

<sup>29</sup> Cf. o parágrafo 84.

<sup>30</sup> Cf. o parágrafo 84.

<sup>31</sup> Cf. o parágrafo 83.

<sup>32</sup> Acrónimo de *country code Top Level Domain*.

<sup>33</sup> Acrónimo de *generic Top-Level domain*.

<sup>34</sup> Cf. o parágrafo 83.

<sup>35</sup> Cf. o parágrafo 83.

<sup>36</sup> Cf. o parágrafo 83.

<sup>37</sup> Cf. o parágrafo 81.

<sup>38</sup> Cf. o parágrafo 77. A isso acresce que são já algumas alíneas do número 1 do artigo 5.º da «Directiva sobre comércio electrónico» a impor, pelo que às operações compreendidas no seu âmbito de aplicação respeita, algumas daquelas menções (cf. a Directiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico no mercado interno, JO L 178, de 17/7/2000).

15. Sublinha-se, em primeiro lugar, ser o Tribunal muito claro na admissão de que a detecção de uma vontade do comerciante dirigida ao estabelecimento de relações comerciais com consumidores de um ou de vários Estados-Membros não tem de ter a suportá-la um indício tão manifesto como é a explicitação, por parte do comerciante, através do *seu* sítio na internet, de que oferece os bens ou serviços em um ou em vários Estados-Membros nominativamente identificados<sup>39</sup>; índices existem que, mesmo se não tão qualificados, habilitam, designadamente quando combinados entre si, à afirmação daquela vontade. É abraçada pelo Tribunal, pois, uma distinção entre indícios /índices *manifestos* e indícios/índices *não tão manifestos*.

16. Flui do exposto, entretanto – e é este um outro aspecto merecedor de anotação –, que o Tribunal do Luxemburgo avalia como legítima – juridicamente conforme – a possibilidade de, em jeito de *disclaimer*, o comerciante tornar explícito, através de indicação lavrada no *seu* sítio da internet, que só dirige a actividade a um ou a alguns Estados-Membros ou, o que a isso é substantivamente equivalente, que não a dirige a um ou a vários Estados-Membros<sup>40</sup>. Faz-se referência ao ponto pois que algumas dúvidas poderiam suscitar-se – e foram suscitadas - em face da Directiva 2006/123/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno (*Directiva Serviços*)<sup>41</sup> e, em particular, em face do seu artigo 20.º, de cujo número 1 resulta «[o]s Estados-Membros deve[re]m assegurar que o destinatário não seja submetido a requisitos discriminatórios em razão da sua nacionalidade ou do seu lugar de residência.».

Manifestamente, não foi o caso de a instância jurisdicional se ter rendido a essas reservas. Certo não ter avançado para uma análise meticulosa da questão – por boas razões, de resto, pois que os factos envolvidos não a suscitavam directa ou imediatamente<sup>42</sup> –, não será improvável que o Tribunal tenha sido sensível aos argumentos alinhados pela Advogada-Geral V. Trstenjak.

Aspecto realçado pela eslovena foi, e à cabeça, o da existência de circunstâncias que com total razoabilidade podem justificar uma vontade, por parte do comerciante, de limitar a oferta da sua actividade ao espaço de alguns Estados-Membros – não indo mais longe, pense-se em aspectos associados aos custos de transporte ou à competitividade –, com a implicação de não dever vislumbrar-se na formalização de uma tal limitação coisa distinta do exercício de uma decisão profissional própria do comerciante, sobre quem, com razoabilidade, não é exigível que impenda o dever de contratar, mesmo se apenas em potência, com todos os consumidores do planeta Terra<sup>43</sup>.

Sobre isto a Advogada-Geral faz ainda notar que, anuindo-se à possibilidade de o comerciante, pela via da modelação do conteúdo do *seu* sítio, conformar, por forma implícita, a direcção que entende imprimir à sua actividade, mal se compreenderia que não lhe fosse reconhecida a possibilidade (legítima) de, também por forma explícita, proceder a essa conformação<sup>44</sup>.

Enfim, e dando de barato que a questão se coloque como pertinente, a Advogada-Geral faz valer que o artigo 20.º da Directiva Serviços não se erige em barreira liminar à possibilidade de o comerciante explicitar a restrição da sua actividade a alguns Estados-Membros<sup>45</sup> pois que o número

<sup>39</sup> Na perspectiva do Tribunal, a realização de despesas com serviços de *search engine optimization* constitui-se em índice talqualmente manifesto.

<sup>40</sup> Supõe-se que uma tal explicitação verbal encontra um equivalente material no recurso a mecanismos técnicos que impeçam o acesso ao sítio por parte de consumidores localizados em determinado(s) Estado(s)-Membro(s).

<sup>41</sup> Cf. JO L 376 de 27 de Dezembro de 2006, pp. 36-68.

<sup>42</sup> De facto, nem o sítio gerido pelo intermediário da Reederei Karl Schlüter nem o sítio gerido pela sociedade proprietária do Hotel Alpenhof continham uma indicação do tipo das visadas em texto.

<sup>43</sup> Cf. o ponto 95 das suas Conclusões.

<sup>44</sup> Cf. o ponto 92 das Conclusões referidas na nota anterior.

<sup>45</sup> A pertinência da questão não é evidente atento o artigo 3.º, número 2, da Directiva em questão, o qual estabelece não dizer a mesma respeito «(...) às regras de direito internacional privado, nomeadamente às regras que regem o direito aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais, nomeadamente as que garantem que os consumidores beneficiam da protecção que lhes conferem as disposições em matéria de defesa do consumidor previstas na legislação em vigor no respectivo Estado-Membro.».

Certo poder pensar-se que por ele apenas são visadas as regras de conflitos, verdade é que, a pp. 16-17 do *Manual de Execução da Directiva Serviços*, a Comissão certifica que este instrumento deixa intocadas as regras de competência jurisdicional fixadas no Regulamento 44/2001 (cf. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services/docs/services-dir/guides/handbook\\_pt.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_pt.pdf)).

2 dessa disposição salvaguarda como legítimas diferenças no acesso a um serviço que sejam directamente justificadas por critérios objectivos, mais sendo de notar que o Considerando Nonagésimo Quinto da mesma Directiva justamente refere como exemplos de tais critérios objectivos, entre outros, os custos suplementares que resultam da distância, as diferentes condições do mercado, os diferentes períodos de férias nos Estados-Membros, os preços praticados por diferentes concorrentes e os riscos suplementares ligados a regulamentações diferentes das do Estado-Membro do estabelecimento.

Como quer que tenha sido – tenha o Tribunal sido sensível aos argumentos alinhados pela Advogada-Geral, ou ainda a outros –, do que não resta dúvidas – deixou-se esta indicação logo de início – é ter o Tribunal do Luxemburgo avaliado como legítima a possibilidade de, em jeito de *disclaimer*, o comerciante tornar explícito, através de indicação lavrada no *seu* sítio da internet, que só dirige a actividade a um ou a alguns Estados-Membros ou, o que a isso é substantivamente equivalente, que não a dirige a um ou a vários Estados-Membros.

Crê-se que nessa avaliação andou bem.

17. Aspecto sobre que se justifica descer o olhar, o aresto anotando considera a questão do idioma e da moeda utilizadas, admitindo que os mesmos não se constituam em elementos suficientes – conclusivos – em ordem a determinar se uma actividade é dirigida a um ou a vários outros Estados-Membros<sup>46</sup>. Será assim, muito em particular, quando correspondam aos habitualmente utilizados no Estado-Membro a partir do qual o comerciante exerce a sua actividade. Diferentemente, considerou o Tribunal que, sendo o caso de o sítio facultar aos consumidores a utilização de um idioma ou moedas diferentes, a língua e/ou a divisa podem, num tal circunstancialismo, ser tomadas como um indício de que a actividade do comerciante se dirige a Estados-Membros distintos daquele a partir do qual o comerciante exerce a sua actividade<sup>47</sup>.

Aplauda-se a linha seguida pelo Tribunal. Isto dito, supõe-se justificado tomar em boa nota as considerações que, a este respeito mais desenvolvidas, foram as expandidas pela Advogada-Geral<sup>48</sup>, a cujo modo de perspectivar em absoluto se adere. Em particular, valerá a pena anotar que, estribada embora no (mesmo) ponto de vista segundo o qual o idioma e a moeda utilizadas não se constituirão, por regra, em indícios suficientes à formulação de um juízo a respeito da direcção da actividade do comerciante<sup>49</sup>, a eslovena delimita duas situações por referência às quais admite poder a língua<sup>50</sup> constituir-se em indício *pertinente*. Será este o caso, desde logo, quando o sítio faz utilização de uma língua que, pouco divulgada, não se constitui senão em idioma oficial de um Estado-Membro (não coincidente com aquele a partir do qual o comerciante exerce a sua actividade)<sup>51</sup>. Mais ainda, o de um sítio facultar aos consumidores a opção por um de entre vários idiomas pré-dispostos.

18. Elaborando acerca da noção de *actividade dirigida*, o Tribunal firmou doutrina sobre aspecto que, para mais relevante, apareceu, nos últimos anos, a concitar a divergência no seio das instituições e dos comentadores. Faz-se referência à questão de saber se apenas os sítios ditos «activos» ou «interactivos» se podem incluir na categoria daqueles por cujo intermédio se desenvolve uma actividade dirigida

<sup>46</sup> Recorde-se que a Declaração Conjunta do Conselho e da Comissão por mais de uma vez já referida, o teor da qual é retomado pelo Considerando Vigésimo Quarto do Regulamento «Roma I», certifica que a língua e moeda utilizadas por um sítio não constituem elementos relevantes.

<sup>47</sup> Cf. o parágrafo 84 da decisão analisada.

<sup>48</sup> Cf. os parágrafos 81 a 83 das suas Conclusões.

<sup>49</sup> Julga-se que as considerações pela Advogada-Geral alinhavadas com respeito à *língua* são, e em absoluto, extensíveis ao factor *moeda*.

<sup>50</sup> Cf. a nota precedente.

<sup>51</sup> Questão subsequente, interessante e para a qual a Advogada-Geral também alerta é a de saber se deve entender-se que a actividade canalizada por um tal sítio vai dirigida, em termos circunscritos, ao Estado cuja língua oficial é a utilizada ou se, ademais de a esse Estado, também a todos os consumidores que, domiciliados noutros Estados-Membros, dominam esse idioma. Esgrimindo com a letra da alínea c) do número 1 do artigo 15.º do Regulamento «Bruxelas I», a Advogada-Geral sustenta que condição de aplicabilidade do regime protector do consumidor é a de que o comerciante dirija a sua actividade para um *Estado-Membro* determinado (itálico no original).

a outros Estados-Membros ou se, para além destes, também os apodados de «passivos» são susceptíveis de recondução ao género<sup>52</sup>.

Que o ponto vem, nos últimos anos, suscitando tomadas de posição de sentido divergente não é de molde a sofrer contestação. Mesmo deixando de lado os escritos doutrinários<sup>53</sup>, revela-o, e à abundância, olhar lançado sobre o processo de elaboração dos instrumentos legais pertinentes.

Tem-se, assim, na Exposição de Motivos que acompanha a primeira Proposta de Regulamento (CE) do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, a afirmação de que «[o] conceito de actividade no Estado do domicílio do consumidor ou dirigida para esse Estado visa tornar claro que o ponto 3 é aplicável aos contratos de consumo celebrados por meio de um sítio Internet interactivo acessível no Estado do domicílio do consumidor.»<sup>54</sup>. Mais ainda, a certificação de que «[o] mero facto de o consumidor ter tido conhecimento de um serviço ou da possibilidade de comprar um artigo através de um sítio Internet passivo acessível no Estado do seu domicílio não basta para poder invocar a competência protectora.»<sup>55</sup>.

Por contraste, na Exposição de Motivos que acompanha a Proposta Alterada de Regulamento, a Comissão indica que a simples existência de um contrato de consumo constitui um índice claro de que o comerciante dirigiu a sua actividade para o Estado-Membro do domicílio do consumidor, coisa que a todas as luzes parece sugerir a aptidão de um sítio «passivo» para desencadear a determinação da competência jurisdicional internacional na base da alínea c) do número 1 do artigo 15.<sup>56</sup>

Na sequência da adopção do Regulamento 44/2001 e justamente tendo como pretexto as hesitações surgidas quanto ao sentido e alcance de algumas das suas disposições, o Conselho e a Comissão adoptaram Declaração Conjunta à qual já por mais de uma vez referência foi feita<sup>57</sup>. Nela pode ler-se, com respeito à alínea c) do número 1 do artigo 15.º, que o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, sendo acrescidamente necessário que esse site convide à celebração de contratos à distância (e que, bem assim, tenha sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio). O alcance da afirmação pelo que ao que nos ocupa não é – parece-nos – isento de dúvidas. Certo nela não ser feita distinção nominal entre sítios «activos» e «passivos», não parece menos verdade que as formas de expressão utilizadas parecem idóneas a sugerir que apenas os sítios «interactivos» se podem incluir na categoria daqueles por cujo intermédio se desenvolve uma actividade dirigida a outros Estados(-Membros).

Quando acrescidamente se note que o teor desta Declaração transitou para o Considerando Vigésimo Quarto do Regulamento «Roma I», que o Considerando Sétimo deste instrumento é enfático na afirmação de que as disposições do Regulamento «Roma I» têm de ser interpretadas de forma coerente com as do Regulamento «Bruxelas I» e que, mais ainda, na Exposição de Motivos que acompanha a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a lei aplicável às obrigações contratuais se afirma que os sítios através dos quais o comerciante dirige a sua actividade não têm necessariamente de ser interactivos<sup>58</sup>, estar-se-á na posse de elementos que com força suficiente documentam o quadro de divergência e tergiversação de que de início se ofereceu relato.

Contra este pano de fundo, o Tribunal de Justiça firmou doutrina segura. Segundo fez valer, «(...) não é decisiva a distinção, formulada por alguns governos e por algumas partes que apresentaram

<sup>52</sup> De conformidade com noções adquiridas, são ditos *passivos* os sítios que se limitam a veicular informação, enquanto *activos* ou *interactivos* os que solicitam e tornam possível a contratação em linha.

<sup>53</sup> Cf., *inter alia*, os Autores referidos na nota 54 das Conclusões apresentadas pela Advogada-Geral V. Trstenjak.

<sup>54</sup> COM (1999) 348 final, p. 17. Note-se que os termos da regra que no quadro desse trabalho preparatório figuravam sob o número 3 do primeiro parágrafo do artigo 15.º já eram coincidentes com os da disposição homóloga do instrumento que, definitivamente adoptado, hoje está em vigor.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> COM (2000) 689 final, p. 6. Lê-se, aí, que «(...) a própria existência deste contrato parece, em si própria, ser já uma indicação clara de que o fornecedor de bens ou serviços dirigiu a sua actividade comercial para o Estado do domicílio do consumidor.»

<sup>57</sup> Cf., *supra*, a nota 26.

<sup>58</sup> Cf. COM (2005) 650 final, p. 7: «Os sítios visados por esta declaração não são necessariamente sítios ditos «interactivos»: assim um sítio que convida ao envio de uma encomenda por fax destina-se a celebrar contratos à distância.»

*observações ao Tribunal de Justiça, entre os sítios na internet que permitem contactar o comerciante por via electrónica, ou até mesmo celebrar o contrato em linha através de um sítio dito «interactivo», e os sítios que não oferecem essa possibilidade (...).»<sup>59</sup>.*

Aplauda-se o veredicto.

Abstraindo da dificuldade envolvida na distinção entre sítios «activos» e sítios «passivos» e, portanto, não a levando em linha de conta, dir-se-á apenas que, da mesma maneira que a existência de um contrato celebrado por um consumidor através de um sítio interactivo não é, por si só, apta a determinar que a aferição da competência jurisdicional internacional se desenvolva à luz da regra consagrada na alínea c) do número 1 do artigo 15.º - para o efeito, e indisputavelmente, é acrescidamente necessário que o contrato tenha sido celebrado no âmbito de uma actividade que o comerciante dirige para o Estado do domicílio do consumidor -, não se vislumbra razão para que, muito embora «passivos», sítios através dos quais são conduzidas actividades de promoção sejam subtraídos à possibilidade de fazer desencadear a regra de competência especial consagrada naquela disposição. Procedem, na situação, as razões que, fundantes do *forum consumatoris*, justificam a edição de regras especiais como são as consagradas na Secção 4 do Capítulo II do Regulamento «Bruxelas I», não se vendo por que razão os consumidores que hajam contratado na sequência de publicidade colhida nesses sítios houvessem de ser privados da protecção concedida pelo legislador europeu.

19. No quadro das Observações por si apresentadas no âmbito do caso Alpenhof, a Comissão Europeia fez valer que, ademais de todas as outras, incontrovertidas, constitui nota especificadora dos contratos visados pela alínea c) do número 1 do artigo 15.º do Regulamento «Bruxelas I» a circunstância de a correspondente celebração ter ocorrido à distância<sup>60</sup>.

Afirmou o Tribunal, por seu turno, que «(...) a circunstância de as chaves serem entregues ao consumidor e de o pagamento ser por ele efectuado no Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido não impede a aplicação [do artigo 15.º, número 1, alínea c)] se a reserva e a sua confirmação foram feitas à distância, de forma que o consumidor se vinculou contratualmente à distância.»<sup>61</sup>. Resulta desta asserção que também na perspectiva da instância jurisdicional é indispensável a conclusão de um contrato à distância para que o consumidor possa prevalecer-se das *competências protectoras* que se acolhem nas regras dispostas pela Secção 4 do Capítulo II do Regulamento «Bruxelas I».

Bem verdade que o teor verbal do artigo 15.º, número 1, alínea c), do Regulamento «Bruxelas I» não reflecte essa exigência – tão-pouco, o da alínea b) do número 1 do artigo 6.º do Regulamento «Roma I» -, nem por isso as tomadas de posição passadas em revista logram suscitar surpresa absoluta.

É que, em verdade, lê-se na Declaração do Conselho e da Comissão por mais de uma vez já referida, o teor da qual é retomado pelo Considerando Vigésimo Quarto do Regulamento Roma I, «(...) que o simples facto de um sítio da internet ser acessível não basta para tornar aplicável o artigo 15.º, [sendo] preciso também que esse sítio internet convide à celebração de contratos à distância e que tenha efectivamente sido celebrado um contrato à distância por qualquer meio.»<sup>62</sup>. Mais, era ainda a Exposição de Motivos anexa à Proposta de Regulamento «Roma I» a explicitar a exigência da existência de um sítio convidando à celebração de um contrato à distância, por exemplo através de fax, asseverando não se verificar este pressuposto «(...) quando o sítio oferece informação a potenciais consumidores em todo o Mundo, mas remete a celebração do contrato para o concessionário ou o agente local.»<sup>63</sup>.

Como avaliar?

Tendo-se anotado que não lograram despertar surpresa absoluta, acrescenta-se agora que as tomadas de posição elencadas – entre elas, a adoptada pelo Tribunal de Justiça – concitam alguma reserva.

Não será irrelevante reiterar, em primeiro lugar, que nem o teor gramatical do artigo 15.º, número 1, alínea c), nem o do artigo 6.º, número 1, alínea b), do Regulamento «Roma I», reflectem a exigência da celebração de um contrato à distância. Certo que o faz – do ponto já se deu conta – o Considerando

<sup>59</sup> Cf. o parágrafo § 79 da decisão anotanda.

<sup>60</sup> Cf. o ponto 31 daquelas Observações, segundo informa, no parágrafo 55 das suas Conclusões, a Advogada-Geral V. Trstenjak (cf., também, a nota 27 das mesmas Conclusões).

<sup>61</sup> Cf. o § 87 da decisão anotanda (sublinhado meu).

<sup>62</sup> Sublinhado meu.

<sup>63</sup> Cf. COM (2005) 650 final, p. 7.

Vigésimo Quarto do Regulamento «Roma I» - e certo que, por força de um princípio de coerência, aos conceitos utilizados pelo Regulamento «Bruxelas I» deve ser imputado um sentido e alcance equivalentes aos dos homólogos inscritos no Regulamento «Roma I» -, não é menos verdade entender-se que aos Considerandos não assiste um valor jurídico independente e que, em particular, não lhes é dado restringir o alcance de um preceito legal<sup>64</sup>.

Mas avance-se para além do patamar dado pela letra das disposições legais pertinentes. Deve anuir-se à diferenciação da natureza e do grau de protecção a outorgar ao consumidor consoante o mesmo tenha contratado via telefónica, por fax ou em linha<sup>65</sup> ou, diferentemente, *sur place* – entenda-se, no Estado onde a sua contraparte exerce actividade profissional? Pressuposto do dilema é, evidentemente, que em qualquer um dos casos o comerciante haja dirigido a sua actividade, por quaisquer meios, para o Estado-Membro do domicílio do consumidor. Uma situação próxima daquela que serviu de base ao caso *Alpenhof* oferece o quadro contra cujo pano de fundo é possível raciocinar. *Quid iuris* admitindo-se que, *coeteribus paribus*, o senhor Heller houvesse procedido à reserva *in locu* – entenda-se: quando já se encontrava no hotel e, portanto, no Estado onde a contraparte exerce actividade? Deveria o mesmo ser excluído ou, pelo contrário, admitido à protecção outorgada pelas regras em questão?

Far-se-á valer, a favor do primeiro termo da alternativa, que, tendo-se deslocado ao Estado onde a contraparte exerce actividade e aí celebrado o contrato, a esse consumidor *activo* não deve assistir o benefício de poder demandar e de exclusivamente poder ser demandado junto dos tribunais do Estado onde tem domicílio.

Diferentemente, e em proveito do termo oposto, reclamar-se-á que, à semelhança do verificado no caso que serviu de base ao pronunciamento do Tribunal de Justiça, também com respeito à situação hipotizada é verdade dizer-se ter a celebração do contrato ocorrido na sequência e no quadro de uma actividade por um comerciante dirigida para o Estado-Membro do domicílio do consumidor, sendo justamente este direccionamento a emprestar sentido à solução regulamentar consistente na submissão do comerciante às desvantagens associadas à participação num processo fora do Estado do seu domicílio. Mas não apenas. Se bem se avalia, não é impossível alinhar a favor do modo de perspectivar que ora se considera um argumento de natureza histórica e, em particular, fazer valer que outro entendimento monta a pôr em causa progressos alcançados no domínio da protecção ao consumidor em razão de inovações introduzidas pelo Regulamento «Bruxelas I». Sucede, com efeito, que, consoante a Comissão Europeia teve oportunidade para reconhecer, constituía uma *imperfeição de vulto* do artigo 13.º da Convenção de Bruxelas que, nos termos do ponto 3 do seu parágrafo terceiro, um adquirente não pudesse prevalecer-se da protecção gizada para os consumidores quando tivesse deixado o Estado do seu domicílio para celebrar o contrato<sup>66</sup>. Pois bem. Subordinar a aplicação do regime que resulta da coordenação da alínea c) do número 1 do artigo 15.º e dos artigos 16.º e 17.º do Regulamento «Bruxelas I» à exigência de que o contrato tenha sido celebrado à distância cifrar-se-á, pode pretender-se, em sufragar uma marcha-à-ré nesta evolução.

Não se escondendo embora alguma hesitação, é-se tentado a divergir do sentido abraçado pelo Tribunal de Justiça e, assim, a sufragar o entendimento segundo o qual a celebração de um contrato à distância não se constitui em nota especificadora dos contratos visados pela alínea c) do número 1 do artigo 15.º do Regulamento «Bruxelas I»<sup>67</sup>. Isto dito, e posto que os interesses que se jogam nos dois domínios não parecem dever conduzir, *in casu*, a soluções diferenciadas, alvitra-se que não seria pior que, à semelhança do Regulamento «Roma I», o Regulamento «Bruxelas I» estabelecesse uma diferenciação entre os contratos de compra e venda e os contratos de prestação de serviços (consoante se levará presente, resulta do artigo 6.º, número 4, alínea a), do Regulamento 593/2008 – e já resultava do artigo 5.º, número 4, alínea

<sup>64</sup> Cf. T. KIMAS/J. VAICUKAITES, «The Law of Recitals in European Community Legislation», *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 2009, vol. 15, também disponível em [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1159604](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159604).

<sup>65</sup> Segundo o Anexo I à Directiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 1997 relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância (cf. *JO L* 144, de 4 de Junho de 1997, p. 19 ss), essas são algumas das formas de que podem revestir-se as «técnicas de comunicação à distância» tal como definidas pelo ponto 4 do artigo 2.º do mesmo instrumento.

<sup>66</sup> Cf. COM (1999) 348 final, p. 17.

<sup>67</sup> Converge-se, também a este respeito, com o ponto de vista da Advogada-Geral V. Trstenjak (cf. o parágrafo 55 das suas Conclusões).

b), da Convenção de Roma – não serem protegidos os adquirentes de serviços quando os serviços devidos ao consumidor devam ser prestados exclusivamente num país diferente daquele em que o consumidor tem residência habitual).

## VI. Apontamento final

20. A ausência de distanciamento parece votar ao absurdo todo o exercício que envolvesse a certificação do carácter *histórico* da decisão que as linhas precedentes ambicionaram comentar.

Isso reconhecido, já não parece desmedido o estrito sublinhado – o prosaico estrito sublinhado – do alcance de que uma tal decisão se reveste numa época, como a nossa, em que a realidade do comércio electrónico mais e mais se adentra na vida quotidiana dos indivíduos. Se releva de algum optimismo acreditar que, mais do que nas indicações de «*Final Discounts*» ou de «*70% Discount*», os indivíduos concentrarão a sua atenção nas cores das bandeiras perfiladas no canto superior direito ou na diversidade, ou falta dela, dos idiomas utilizados, já é seguríssimo apostar que sobre o acórdão *Pammer/Alpenhof* repousou, e outra vez voltará a repousar, a mira atenta dos (bons) advogados *in-house*.

Enfim, cumpre não olvidar a influência que o sentido da decisão anotanda projectará sobre a interpretação do artigo 6.º, número 1, alínea b), do Regulamento «Roma I» e, mais ainda, o exponencial alargamento da sua esfera de acção uma vez que venha a consumir-se – como tudo indica virá – a adopção de modificações ao Regulamento «Bruxelas I» constantes de uma Proposta de 14 de Dezembro último<sup>68</sup>, muito em particular da que envolve a extensão dos critérios de competência regulamentares a réus domiciliados em Estados-Terceiros<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> Cf. COM (2010) 748 final, depois corrigido e substituído pelo COM (2010) 748 final/2, adoptado em 3 de Janeiro de 2011.

<sup>69</sup> Cf. o artigo 4.º, número 2. A este respeito, cf., B. AÑOVEROS TERRADAS, «Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros estados», *Anuario español de derecho internacional privado*, n.º 9, 2009, 285-306.

# OBJECIONES A LA JURISDICCIÓN ARBITRAL DEL CIADI

YARITZA PÉREZ PACHECO

*Investigador-Docente*

*Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado,  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela*

Recibido: 15.01.2012 / Aceptado: 24.01.2012

**Resumen:** En el arbitraje de inversión constituido bajo las Reglas del CIADI, a cada tribunal le corresponde decidir sobre su propia jurisdicción y competencia respecto de las controversias que le han sido planteadas. Para ello deberá analizar los instrumentos normativos que resulten aplicables, tanto internacionales como nacionales. En estas controversias es muy común que los Estados demandados presenten objeciones a la jurisdicción del tribunal CIADI. En el presente estudio se plantean algunos problemas tomados de la práctica arbitral y sus posibles respuestas en torno a la determinación de la jurisdicción subjetiva, objetiva y por razón del tiempo.

**Palabras clave:** arbitraje internacional, inversión extranjera, CIADI, tratados de inversión.

**Abstract:** In investment arbitration constituted under the Rules of the ICSID, to each tribunal is to decide its own jurisdiction and competence over the controversies that has been raised. For this, it should analyze the policy instruments that are applicable both internationally and nationally. In these controversies is often seen that the respondent States object the ICSID tribunal's jurisdiction. Therefore, emerge some problems taken from the arbitral practice and their possible answers on the subjective, objective and according to time determination of jurisdiction.

**Key words:** international arbitration, foreign investment, ICSID, investment treaties.

**Sumario:** I. Introducción. II. Objeciones por razón de los sujetos. 1. Estados Parte del Convenio de Washington. 2. Inversor nacional de otro Estado contratante. III. Objeciones por razón de la materia. 1. Diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión. 2. Materias excluidas mediante notificación del Estado Parte. 3. Interrelación de mecanismos de resolución de controversias. IV. Objeciones por razón del tiempo. 1. Ámbito de vigencia temporal del tratado. 2. Requerimientos previos al arbitraje. V. Alegación acumulativa de fuentes de jurisdicción. V. Consideraciones finales.

## I. Introducción

1. A todo tribunal arbitral constituido bajo las Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI o el Centro), le corresponde decidir sobre su propia jurisdicción y competencia respecto de las controversias que le han sido planteadas. Para ello, el tribunal deberá analizar los instrumentos internacionales en juego: el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio de Washington o Convenio), los contratos celebrados entre las partes, el tratado de inversión, las normas de Derecho internacional sobre los tratados, las normas de derecho interno, según sea el caso.

2. Las objeciones a la jurisdicción conducen al tribunal arbitral, en primer lugar, a determinar si las partes -Estado e Inversor- cumplen con los requisitos *ratione personae* exigidos por el Convenio para someter las controversias con respecto a las cuales han dado su consentimiento al procedimiento de arbitraje incoado; en segundo lugar, es necesario determinar si el instrumento normativo invocado resulta aplicable al caso concreto, en atención a las materias cubiertas por éste y el Convenio de Washington, requisito *ratione materiae*; y, por último, si las reclamaciones enunciadas por la parte demandante, en su solicitud de arbitraje, se produjeron dentro del ámbito de aplicación temporal del instrumento que contiene la cláusula de resolución de controversias Inversor-Estado, requisito *ratione temporis*. Estas tres cuestiones a su vez llevan implícitas otras tantas.

En esta oportunidad analizamos las objeciones a la jurisdicción del CIADI que se encuentran estrechamente vinculadas con el consentimiento de las partes, ya sea por razón de la materia, de los sujetos, el ámbito temporal de aplicación del tratado y la alegación acumulativa de fuentes de jurisdicción.

## II. Objeciones por razón de los sujetos

3. Es importante destacar que el CIADI conoce de disputas surgidas entre inversionistas y Estados, excluyéndose las disputas entre inversionistas, así como aquellas entre Estados. Esta es una característica propia del arbitraje en materia de inversión, que constituye una excepción al principio predominante en el Derecho internacional según el cual las relaciones internacionales son relaciones entre Estados. El inversionista tiene la posibilidad de acudir directamente a la jurisdicción arbitral cuando un Estado incumpla las obligaciones contempladas en el marco de un acuerdo de inversiones. En este sentido, la eficacia de todo pacto de arbitraje Inversor-Estado celebrado al amparo del Convenio de Washington está condicionada a que se hubiere celebrado entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante.

4. En la actualidad los únicos Estados del continente americano que aún no forman parte del CIADI son Brasil, Cuba y Surinam, pero también han surgido algunas iniciativas alternas que pretenden sustituir los mecanismos de resolución de controversias previstos en el Convenio de Washington.<sup>1</sup> Sin embargo, siguen planteándose un importante número de controversias en materia de inversión ante el CIADI y algunos problemas se presentan sobre el cumplimiento de los requisitos de jurisdicción subjetiva para acceder al arbitraje del Centro. Así, las objeciones por razón de los sujetos pueden estar vinculadas ya sea a uno de los Estados Parte del Convenio de Washington o bien al inversor nacional de otro Estado Contratante.

### 1. Estados Parte del Convenio de Washington

5. Cuando se hace referencia a las objeciones por razón de los sujetos vinculadas con los Estados Parte del Convenio de Washington, debemos atender a dos aspectos fundamentales: por una parte, la falta de ratificación del Convenio por parte del Estado receptor o por parte del Estado del cual es nacional el inversor y, por la otra, las condiciones de arbitrabilidad subjetiva.

6. En relación a la falta de ratificación del Convenio de Washington se hace referencia a aquellos casos en los cuales uno de los Estados al momento de la firma del contrato de inversión que incluye una cláusula de resolución de controversias, previendo el arbitraje CIADI, no es parte del Convenio de Washington. A su vez, dos situaciones pueden plantearse: Si el inversor es nacional de un Estado que no es parte del Convenio el escenario se dificulta, ya que el perfeccionamiento del consentimiento no

---

<sup>1</sup> E. MORENO-PAREDES, «El Arbitraje de Inversiones en América del Sur: Propuesta de Creación de un Centro Alternativo de Arbitraje dentro de la Estructura Internacional de la Unión de Naciones Suramericanas», *Inter-American Law Review, University of Miami*, vol. 42, 2010, pp. 175-195. K. FACH GOMEZ, «Proponiendo un decálogo conciliador para Latinoamérica y CIADI», *Revista Facultad De Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 40, n° 113, 2010, pp. 439-454.

depende de la voluntad del inversor sino del Estado del cual es nacional. Si es el Estado receptor el que no es parte del Convenio, la celebración del contrato de inversión en los términos descritos en el encabezamiento constituye un compromiso de hacerse parte del Convenio. En todo caso, el Mecanismo Complementario del CIADI es aplicable cuando el Estado Parte en la diferencia o el Estado del cual es nacional el inversionista no son Estados contratantes del Convenio, aunque se requiere un consentimiento por escrito de las partes indicando el sometimiento a dichas Reglas (artículos 2 y 4 del Reglamento), ya que su aplicación no es automática.

7. También se presentan problemas a la hora de determinar cuál es la función que desempeñan las agencias estatales o subdivisiones políticas que en ocasiones sirven como receptores de capitales,<sup>2</sup> en la medida en que éstas actúan en ejercicio de una atribución propia del Estado. Así, se requiere de especiales consideraciones a la hora de analizar si el consentimiento del Estado receptor fue debidamente otorgado de conformidad con el derecho de dicho Estado. Así, respecto al Estado y sus entes se pueden generar tres tipos de problemas: la facultad de convenir el arbitraje, la capacidad para firmar una cláusula compromisoria y la condición de disponer sobre la arbitrabilidad en contratos de inversión. Estas condiciones de arbitrabilidad subjetiva son importantes ya que podrían provocar tanto la inadmisibilidad del arbitraje como la nulidad del mismo. Como todo contrato, los contratos de Estado son producto de un acuerdo de voluntades entre dos o más personas y, en consecuencia, el consentimiento entre las partes es una condición necesaria para la existencia del contrato.

8. En relación con el primer problema, la facultad de comprometer al Estado en arbitraje, está referida a la determinación de la facultad para manifestar el consentimiento arbitral en nombre de la entidad jurídica del Estado, lo cual es esencialmente el resultado de un procedimiento jurídico, si no se ha observado dicho procedimiento, no hay consentimiento.<sup>3</sup> Los apartados (1) y (3) del artículo 25 del Convenio de Washington estipulan que una subdivisión u organismo público de un Estado Contratante podrá, con el permiso de este Estado, someterse a la jurisdicción del CIADI para los efectos de resolver una diferencia jurídica que surja de una inversión entre esa subdivisión o ese organismo público y un nacional de otro Estado Contratante. Tales disposiciones son opcionales y no se aplican a diferencias entre el propio Estado Parte y un nacional de otro Estado Parte que puedan relacionarse con un contrato de inversión entre una subdivisión u organismo público de ese Estado y dicho nacional. En otras palabras, el artículo 25(3) no restringe la jurisdicción material del tribunal; más bien, crea eficiencias potenciales en las operaciones del CIADI al establecer, con la aprobación del gobierno central, el derecho de tales organismos públicos o subdivisiones de ser parte en un procedimiento arbitral CIADI.

Lo anterior encuentra su precedente en la historia de las negociaciones del Convenio de Washington, cuyas disposiciones fueron diseñadas para responder a la preocupación de aquellos Estados que ejercían sus funciones en materia de inversión por medio de entidades jurídicas separadas, incluyendo organismos públicos, subdivisiones y empresas propiedad del Estado.

9. En cuanto a la capacidad para firmar un compromiso arbitral, segundo problema planteado, debemos tener en cuenta que el concepto de competencia en derecho público y de capacidad en derecho privado tienen idéntico significado, ya se trate de una persona estatal o de una persona privada: poder legal o aptitud de obrar o de ejecutar determinados actos. Sin embargo, ambos conceptos no tienen el mismo alcance: en el derecho privado, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; en el derecho público el principio es todo lo contrario, se requiere siempre de una disposición legal expresa para que se repute la competencia. En efecto, la autoridad pública que emite el consentimiento de someterse a arbitraje debe tener competencia legal para ello.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> N. GONZÁLEZ MARTÍN, «Un acercamiento al CIADI: el caso Ecuador», en N. GONZÁLEZ MARTÍN y S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (coords.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, UNAM-Editorial Porrúa, 2007, pp. 171-173. A. VINCZE, «Jurisdiction ratione personae in ICSID arbitration», *European Integration Studies, Miskolc*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 113-114.

<sup>3</sup> P. REUTER, *Introducción al Derecho de los Tratados*, México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed., 2001, p. 216.

<sup>4</sup> A. R. BREWER-CARIAS, *Contratos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, pp. 61-62.

10. En el tercer problema se plantea la necesidad de que la materia sometida a arbitraje deba ser arbitrable, lo cual cae bajo la noción de inversión adoptada por las partes en el instrumento mediante el cual se constituye la relación de inversión, pero también debe estar comprendida dentro de aquellas que el Estado puede someter a arbitraje internacional, de conformidad con su sistema normativo interno.<sup>5</sup>

11. En materia de objeciones a la jurisdicción arbitral CIADI por razón de los sujetos un nuevo problema se planteó frente a China en el año 2007, en el primer caso en el cual interviene un nacional de este Estado contratante desde el año 1993, cuando China se hizo parte del Convenio de Washington. Se trata de un inversor de Hong Kong, quien solicitó el arbitraje CIADI alegando que el gobierno de Perú había expropiado su empresa destinada a la fabricación de productos alimenticios derivados del pescado y su exportación a mercados asiáticos. La cuestión principal se centró en determinar si el Tribunal CIADI tenía jurisdicción para conocer de la disputa planteada por un nacional de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, para lo cual era necesario determinar si el TBI China-Perú (1994) resultaba directamente aplicable a éste, ya que se trata de «un país, con dos sistemas».<sup>6</sup>

## 2. Inversor nacional de otro Estado Contratante

12. La noción de «inversor» (persona física o jurídica) es un tema fundamental en los tratados de inversión ya que sólo quien califica como tal puede encontrarse protegido por el tratado en cuestión. Además, cuando el Estado ha realizado una oferta de consentimiento para someter las disputas que surjan con relación a una inversión a la jurisdicción arbitral CIADI, no lo hace frente a un número indiscriminado de personas, esta oferta sólo puede ser aceptada por aquel que califica como inversor de acuerdo con los términos del Convenio de Washington y el tratado de inversión respectivo. Este requisito en apariencia sencillo presenta innumerables complejidades.

13. Generalmente, se admite que el vínculo de nacionalidad entre el Estado y los inversores, confiere al Estado la obligación de protección de los intereses de sus nacionales en el extranjero. Los inversores que deseen beneficiarse de los derechos y ventajas de los tratados bilaterales de inversiones (en adelante TBIs) deben tener la nacionalidad del Estado Parte cuya protección invocan.

14. Las objeciones a la jurisdicción arbitral CIADI vinculadas con el inversor nacional de otro Estado Contratante consisten en determinar si quien inicia un arbitraje ante el CIADI puede ser considerado un nacional de otro Estado Contratante. En todos los tratados de inversión se define el concepto de «inversor», planteándose en general dos aspectos: los tipos de entidades que pueden considerarse como inversores (personas físicas y jurídicas) y los criterios para determinar la nacionalidad del inversor, en virtud de que el tratado sólo se aplica a los inversores que tenga la nacionalidad del otro Estado Parte.

15. La primera problemática gira en torno a la determinación de la nacionalidad de la persona que realiza la inversión para lo cual debe distinguirse entre persona natural y persona jurídica. En los tratados de inversión la definición típica de «inversor» persona física hace referencia a un «nacional de una Parte» reconocida como nacional o ciudadano por el ordenamiento jurídico interno de esa Parte. Además, en algunos tratados de inversión la noción de inversor también comprende a los residentes permanentes de dicho Estado Parte. Así, el tema de la nacionalidad de las personas físicas en el arbitraje de inversiones no presenta mayores particularidades para el Derecho internacional de inversiones, por lo cual le corresponde al sistema jurídico del Estado del cual es nacional el inversor fijar los extremos que determinan su nacionalidad.

<sup>5</sup> N. CUOMO, «La validez del acuerdo arbitral en materia de inversiones extranjeras e hidrocarburos en Bolivia», *Revista Boliviana de Derecho*, Santa Cruz, Fundación Iuris Tantum, n° 11, enero 2011, pp. 233-236, en [http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista\\_direito/article/viewArticle/922](http://seer.uscs.edu.br/index.php/revista_direito/article/viewArticle/922)

<sup>6</sup> Asunto Tza Yap Shum vs. Perú (ICSID Case n° ARB/07/6), decisión sobre jurisdicción del 19/06/2009.

**16.** En los supuestos de determinación de la nacionalidad de la persona física el problema más común es el de doble nacionalidad y la determinación de cuál de las nacionalidades debe prevalecer. En la práctica internacional esta problemática ha llevado, en algunos casos, a la adopción de la noción de «nacionalidad real y efectiva». Sin embargo, la formulación de criterios para delimitar que se entiende por «real y efectiva» no es tarea fácil. Sin embargo, en algunos casos los tratados de inversión abordan esta problemática y en alguno de ellos, como por ejemplo el TBI Uruguay-EE.UU., se considera a las personas con doble nacionalidad como nacionales del Estado de su «nacionalidad dominante y efectiva». Las cuestiones sobre doble nacionalidad han sido abordadas en los casos *Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Árabes* y *caso Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile*<sup>7</sup>, por ejemplo.

**17.** En el caso *Tza Yap Shum*, se considero la disposición del TBI según la cual: «El término ‘inversionistas’ significa: Con respecto a la República Popular China: (a) Personas naturales que tengan la nacionalidad de la República Popular China de conformidad con sus leyes». En atención a los alegatos de las partes y sus respectivos expertos, el Tribunal llega a la conclusión que es la Ley de Nacionalidad de la República Popular China, la que gobierna la adquisición y pérdida de la nacionalidad china y que la misma tiene vigencia en la Región Administrativa Especial de Hong Kong<sup>8</sup>, en consecuencia el inversionista ostenta la nacionalidad China de conformidad con dicha Ley. En sentido contrario, An Chen, profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Xiamen, China, tomando en consideración la «jurisprudencia» del CIADI, opina que la decisión del Tribunal es «incorrecta, irracional e inaceptable», ya que desconoce las circunstancias históricas y legales de Hong Kong, antes y después de su retorno a China.<sup>9</sup> Esta decisión desconoce la autonomía de Hong Kong con respecto a las relaciones internacionales y la celebración de tratados, lo cual resulta patente en la participación de éste en la OMC como un Estado Parte, distinto a China.<sup>10</sup>

**18.** En relación a la nacionalidad de las personas jurídicas, el artículo 25(2)(b) contiene dos supuestos: En la primera frase se refiere a que una persona jurídica será considerada como «nacional de otro Estado Contratante» si se trata de una «persona jurídica que...tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte en la diferencia.» Este supuesto no plantea mayores problemas más allá de los derivados del Derecho internacional privado en cuanto a la determinación de la nacionalidad de las personas jurídicas, en los cuales será necesario determinar el factor de conexión aplicable en esta materia (lugar de constitución, sede social, sede real, domicilio, etc.).<sup>11</sup>

**19.** La segunda frase del artículo se refiere a una situación adicional: se considerara nacional de otro Estado contratante a «las personas jurídicas que, teniendo...la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero.» Es este supuesto, el que mayor polémica ha generado en el arbitraje de inversión. Se refiere a una sociedad que tiene la nacionalidad del Estado Parte en la diferencia (Estado receptor de la inversión) y que, por tal razón, podría estar impedida de reclamar en contra de su propio Estado, por lo cual el criterio de control extranjero le permite reclamar como si fuese una sociedad de nacionalidad de la otra Parte Contratante, en la medida en que así se haya acordado entre los Estados Partes involucrados.<sup>12</sup>

Esta segunda parte del artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington involucra a su vez dos aspectos. El primero es el relativo al alcance de la disposición y si éste establece un requisito autónomo de

<sup>7</sup> Asunto *Hussein Nuaman Soufraki vs. Emiratos Arabes Unidos* (ICSID Case n° ARB/02/7), laudo del 07/07/2004; Asunto *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende vs. Chile* (ICSID Case n° ARB/98/2), laudo del 08/05/2008, párrafo 573.

<sup>8</sup> Asunto *Tza Yap Shum vs. Perú* (ICSID Case N° ARB/07/6), decisión sobre jurisdicción del 19/06/2009, párrafos 52-66.

<sup>9</sup> A. CHEN, «Queries to the Recent ICSID Decision on Jurisdiction Upon the Case of *Tza Yap Shum v. Republic of Peru: Should China-Peru BIT 1994 Be Applied to Hong Kong SAR under the «One Country Two Systems» Policy»*, *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, n° 6, 2009, pp. 832-845.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 836-838.

<sup>11</sup> J. SCHOKKAERT Jan e Y. HECKSCHER, «Protected Investors Nationality», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 10, n° 5, 2009, pp. 699 y ss.

<sup>12</sup> Asunto *Camuzzi vs. Argentina* (ICSID Case N° ARB/03/7), decisión sobre jurisdicción del 11/05/2005, párrafos 28-30.

jurisdicción o una opción adicional a otras. El segundo aspecto, se refiere a las modalidades del ejercicio del control societario y la alternativa de un control mediante un pacto de accionistas. Estos aspectos han originado innumerables objeciones por parte de los Estados demandados, especialmente en los casos incoados contra Argentina tras la última crisis económica que azotó a este país<sup>13</sup>, y que dieran origen a más de 49 demandas contra el Estado latinoamericano iniciadas por diversos inversores extranjeros nacionales de Estados con los cuales Argentina había celebrado un TBI.<sup>14</sup>

**20.** Así, la mayoría de los tratados de inversión reconocen que un inversionista de uno de los Estados Parte puede constituir en el otro Estado Parte una entidad que le sirva de «vehículo» para llevar a cabo su inversión, lo cual es una práctica frecuente dado que el Estado receptor de la inversión en muchas ocasiones impone a los inversionistas extranjeros la obligación de constituir una persona jurídica local.<sup>15</sup> El problema que plantea este supuesto es la determinación de la expresión «controladas directa o indirectamente» sobre lo cual se han planteado diversos puntos de vistas en los tribunales arbitrales CIADI y, en consecuencia, las diversas soluciones interpretativas han causado preocupación, ya que el Convenio de Washington prefirió evitar dar precisiones sobre su contenido dejándose a las partes en los acuerdos o contratos que llegaren a celebrar.<sup>16</sup>

**21.** La legalidad de la inversión no debe confundirse con la forma jurídica que adoptan las personas a través de las cuales se realiza la inversión. En efecto, los inversores pueden elegir libremente el vehículo a través del cual realizan sus inversiones siempre y cuando cumplan con los requisitos para participar en la economía del Estado receptor. Así, por ejemplo, en la decisión de Tokios Tokelés vs. Ucrania, el Tribunal se negó a descalificar a la supuesta inversión, ya que no encontró abuso en el procedimiento. Se trataba de una reclamación contra Ucrania por una empresa lituana propiedad de nacionales ucranianos y la cuestión debatida consistía en determinar si la empresa podría ser considerada como un inversor extranjero. En su decisión, dos árbitros, de los tres, reconocieron que «ninguna conducta de la demandante con respecto a su condición de entidad de Lituania constituye un abuso de la personalidad jurídica». El demandante manifiesta no haber creado Tokios Tokelés con el fin de acceder al arbitraje del CIADI, en el marco del TBI con Ucrania, ya que la empresa se fundó seis años antes de la entrada en vigor del TBI. Por otra parte, no se evidencia en el expediente que el demandante hubiera utilizado su nacionalidad para algún «propósito impropio».<sup>17</sup>

<sup>13</sup> El primer laudo en contra de Argentina se produjo en el caso CMS, el 12 de mayo de 2005. S. HAROUT, «Five years later: The CMS award placed in the context of the Argentine financial crisis and the ICSID arbitration boom», *The University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 38, n° 3, 2006-2007, pp. 667-697. A. REINISCH, «Necessity in International Investment Arbitration – An unnecessary split of opinion in recent ICSID?», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 8, n° 2, 2007, pp. 192-195. Durante el gobierno de Kirchner se implementó una estrategia heterogénea centrada en tres acciones: renegociación, reestatización y creación empresarial. Esta estrategia perseguía tres objetivos: 1) interrumpir los procesos judiciales que muchas empresas privatizadas llevan adelante en el CIADI; 2) evitar un «tarifazo», limitando la inflación y buscando mantener el nuevo esquema de precios relativos favorable a la producción de bienes transables; y 3) aumentar la influencia del Estado en determinadas áreas. *cf.*: J. C. GAMBINA, B. RAJLAND, D. CAMPIONE (compiladores), *Hegemonía y proceso de acumulación capitalista en Latinoamérica hoy (2001-2007). El caso argentino*, Buenos Aires, Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 2011, p. 55.

<sup>14</sup> S. VERBANAZ, «Tratados bilaterales de inversión, privatizaciones y régimen de convertibilidad en la Argentina. Las semillas de las demandas ante el CIADI», *Papeles de Europa*, vol. 22, 2011, pp. 138-169.

<sup>15</sup> Asunto LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. vs. Argentina (ICSID Case N° ARB/02/1), decisión sobre jurisdicción del 30/04/2004.

<sup>16</sup> L. KLESTA, «La nazionalità delle società: il criterio del controllo nel sistema arbitrale ICSID», *Il Risparmio*, n° 6, 1994, pp. 61-62.

<sup>17</sup> Ver Asunto Tokios Tokelés vs. Ucrania (ICSID Case n° ARB/02/18), decisión sobre jurisdicción, 29/04/2004, párrafo 56. Este caso tiene su origen en una acusación de Tokios Tokelés contra el Gobierno del entonces Presidente Leonid Kuchma por el cargo de acoso político a su empresa lituana de publicidad, Taki Spravy, después de la publicación de materiales de una campaña de oposición política, así como de un libro que se oponía al político Yulia Tymoshenko. En 2002, Tokios Tokelés inició un procedimiento de arbitraje CIADI, alegando varias violaciones del TBI Lituania-Ucrania por parte del Gobierno de Ucrania. Sin embargo, en un fallo con fecha del 26/07/2007, el tribunal del CIADI falló por mayoría (2 a 1) que Ucrania no se encontraba en violación de sus obligaciones asumidas en el TBI. Véase, A. ALEXEYEV y S. VOITOVICH, «Tokios Tokelés Vector: Jurisdictional issues in ICSID case Tokios Tokelés v. Ukraine», *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 9, n° 6, 2008, pp. 519-549.

El laudo en cuestión inició un periplo normativo para identificar la norma aplicable de cara a la definición de inversor y, a partir de allí, confrontar los hechos concretos con el supuesto abstracto de la normativa aplicable. Analizado el artículo 25 del Convenio de Washington concluyó que este no establecía el método para definir la nacionalidad de las entidades jurídicas, tema que dejaba a la discreción de los Estados en sus tratados bilaterales, y el supuesto de ese artículo sólo era relevante para los casos en los que el inversionista extranjero hubiera asumido forma de entidad jurídica doméstica. Esta situación había sido prevista por los redactores del Convenio para salvaguardar la verdadera naturaleza extranjera del inversionista. Igualmente, determinó que el supuesto en comento no había sido consagrado con relación al «supuesto inversor», vale decir, aquel en el cual el inversionista local se disfraza de extranjero.

Finalmente, el Tribunal rechazó los argumentos de Ucrania afirmando que el artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington no era aplicable para restringir la jurisdicción del Centro. Por lo anterior, concluyó que la sociedad lituana debió ser tratada como «nacional de otro Estado». Paralelamente, declaró que las acciones que esta poseía en la subsidiaria localizada en el Estado demandado constituían una inversión, sin importar de dónde había proveniendo el capital para efectuarla.<sup>18</sup>

La conclusión del Tribunal coincide con la elaborada en el caso *Aucoven vs. Venezuela*, en tanto que el concepto del control extranjero como el de la nacionalidad de las empresas únicamente se define con ayuda del levantamiento del velo societario, con tal de ampliar el ámbito de aplicación del Convenio de Washington y no viceversa.<sup>19</sup>

**22.** En distintas decisiones los tribunales arbitrales han analizado qué tan lejos debería llegar el análisis de un tribunal para determinar si existe o no control extranjero. En el caso *AMCO vs. Indonesia*, el Tribunal consideró que debía llegar en su análisis hasta el nivel siguiente al de la nacionalidad del Estado receptor;<sup>20</sup> en el caso *SOABI vs. Senegal*, el Tribunal buscó el control efectivo y avanzó otro paso hasta llegar al control intermedio es decir, hasta los accionistas mayoritarios de la sociedad que poseía las acciones de la entidad constituida localmente.<sup>21</sup> En el caso *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia* se llegó a la conclusión que cuando «una entidad posee capital accionario mayoritario y es propietaria de la mayoría de los derechos de voto, existe un control en los términos del contenido del TBI según el cual están «controladas directa o indirectamente.»<sup>22</sup>

**23.** Otra objeción a la jurisdicción vinculada con las personas jurídicas puede traducirse en la siguiente interrogante: ¿puede un accionista reclamar por sus derechos en una sociedad extranjera en forma independiente de los derechos de esta sociedad? y, en caso afirmativo ¿estos derechos se refieren únicamente a su condición de accionista o incluyen derechos sustantivos relacionados con el desempeño jurídico y económico de su inversión en la persona jurídica? La referencia en el artículo 25(2)(b) del Convenio de Washington al control extranjero, en cuanto a considerar a una sociedad de la nacionalidad del Estado Contratante como nacional de otro Estado Contratante, está dirigida a favorecer el acuerdo entre las partes, evitando así que la personalidad jurídica de la sociedad pudiese interferir con la protección de los intereses reales asociados a la inversión. El mismo resultado se puede alcanzar mediante las disposiciones del tratado de inversión, donde el consentimiento puede incluir accionistas que no son controladores o que son minoritarios.<sup>23</sup>

Se ha considerado que el Derecho internacional actual permite reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad, sin importar si esos accionistas son minoritarios o no controla-

<sup>18</sup> Ver Asunto Tokios Tokeles, párrafo 56, *cit. nota* 16.

<sup>19</sup> Asunto *Aucoven vs. Venezuela* (ICSID Case n° ARB/00/5), decisión sobre jurisdicción del 27/09/2001. En el mismo sentido Asunto *Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador y Petroecuador* (ICSID Case n° ARB/08/6), decisión sobre jurisdicción 30/06/2011, párrafo 71.

<sup>20</sup> Asunto *AMCO vs. Indonesia*, (ICSID Case n° ARB/81/1) decisión sobre jurisdicción del 25/09/1983, en *ICSID Report*, 1993, pp. 389 y ss.

<sup>21</sup> Asunto *Société Ouest Ahcaine des Bétons Industriels vs. Senegal* (ICSID Case n° ARB/82/1), laudo del 25/02/1988, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 10, 1991.

<sup>22</sup> Asunto *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia* (ICSID Case N° ARB/02/3), decisión sobre jurisdicción del 21/10/2005, párrafo 264.

<sup>23</sup> Asunto *CMS vs. Argentina* (ICSID Case n° ARB/01/8), decisión sobre jurisdicción del 17/07/2003, párrafo 41.

dores. Sin embargo, ello es más bien el resultado de la *lex specialis* y de arreglos contenidos en tratados específicos de inversión que lo han autorizado.<sup>24</sup> Desde el caso Antoine Goetz y otros vs. Burundi, se reconoció esta tendencia al considerar que no se limita la capacidad de acción a las personas jurídicas, sino también a los accionistas de esas personas, que son los verdaderos inversionistas.<sup>25</sup>

## II. Objeciones por razón de la materia

24. Cuando se trata de la jurisdicción *ratione materiae* el tribunal arbitral deberá establecer si la reclamación planteada por el demandante se enmarca en la manifestación de consentimiento del demandado de someterse al arbitraje CIADI. Las objeciones a la jurisdicción que suelen presentarse vinculadas con estos aspectos consiste en determinar si la reclamación planteada es una «diferencia de naturaleza jurídica» y si esta surge «directamente de una inversión», en los términos del artículo 25(1) del Convenio de Washington; si la controversia versa sobre materias que han sido excluidas por el Estado demandado de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio; o bien si coexisten más de un mecanismo de resolución de controversias entre las partes contenido en instrumentos distintos.

### 1. Diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión

25. El artículo 25(1) del Convenio de Washington dispone que la «jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión» ¿Qué significado tienen esta frase? El término «directamente» en este artículo se relaciona con la «diferencia» y no con la «inversión». En consecuencia, la jurisdicción puede existir aún con respecto a las inversiones que no son directas, siempre y cuando la diferencia surja directamente de dicha transacción.<sup>26</sup> Cuando el Convenio de Washington establece como condición para acceder a la jurisdicción arbitral CIADI que se trate de una controversia en materia de inversión, en la práctica, la determinación de dicha condición plantea innumerables dificultades.

26. Adicionalmente, las inversiones son usualmente operaciones compuestas por varias transacciones interrelacionadas. Las transacciones por sí mismas pueden no calificar como una inversión. Sin embargo, cuando una disputa es llevada ante el CIADI, el tribunal debe analizar toda la operación y no sólo la transacción en cuestión. Si la operación en su conjunto puede ser calificada como una inversión, aun cuando no sea una inversión directa y si la disputa ha surgido directamente de esa operación a través de esa transacción, entonces el CIADI tendrá jurisdicción. Dicho esto, quedan tres aspectos a considerar dentro de esta excepción por razón de la materia: el primero ¿Qué es una controversia? El segundo ¿Qué es una diferencia de naturaleza jurídica? y tercero ¿Cuándo una diferencia jurídica surge directamente de una inversión?

27. En las decisiones arbitrales se ha reconocido a la expresión «controversia» el significado comúnmente aceptado, esto es, una controversia es «un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de puntos de vista jurídicos o de intereses entre las partes», o una «situación en que dos partes sostienen posiciones claramente opuestas con respecto a la cuestión del cumplimiento o incumplimiento» de una obligación jurídica. En definitiva, puede considerarse que existe una controversia cuando las partes mantienen reclamaciones de derecho o de hecho contrapuestas referentes a sus respectivos derechos u obligaciones, o cuando «la reclamación de una parte se opone positivamente a la de la otra».<sup>27</sup>

<sup>24</sup> *Ibidem*, párrafo 48.

<sup>25</sup> Asunto Antoine Goetz y otros vs. Burundi (ICSID Case N° ARB/95/3), laudo final del 10/02/1999, párrafo 80.

<sup>26</sup> Asunto Fedax, N. V. vs. Venezuela (ICSID Case n° ARB/96/3), decisión sobre jurisdicción del 11/07/1997.

<sup>27</sup> Asunto Empresas Lucchetti, S.A. y Lucchetti Perú, S.A. vs. Perú (ICSID Case n° ARB/03/04), laudo del 07/02/2005, decisión sobre anulación 05/09/2007.

**28.** Es importante recordar que el Convenio de Washington no está destinado a crear un foro de solución de controversias puramente políticas. La controversia debe cumplir dos criterios para estar comprendida en la jurisdicción *ratione materiae* del Centro: (i) ser una «diferencia de naturaleza jurídica», y (ii) debe emanar directamente de una «inversión». Sin embargo, el Convenio no define ninguno de los dos términos destacados, pero su intención es revelada en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial, presentado a los gobiernos junto con el Convenio, según el cual:

La expresión «diferencia de naturaleza jurídica» se ha utilizado para dejar aclarado que están comprendidos dentro de la jurisdicción del Centro los conflictos de derechos, pero no los simples conflictos de intereses. La diferencia debe referirse a la existencia o al alcance de un derecho u obligación de orden legal, o a la naturaleza o al alcance de la reparación a que dé lugar la violación de una obligación de orden legal.<sup>28</sup>

**29.** En ese sentido se puede observar en el caso Maffezini, que el Tribunal estableció diferencias entre la disputa y la demanda. El Tribunal citó a la Corte Internacional de Justicia en el caso Timor Oriental<sup>29</sup> y concluyó que la disputa era un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho susceptible de ser presentado como una demanda específica (controversia).<sup>30</sup>

**30.** Este aspecto también se consideró en el caso Tradex, ante lo cual el Tribunal dejó claro que las disputas surgen usualmente antes que las demandas. En consecuencia, si la fecha de registro de la demanda es anterior a la fecha del consentimiento de las partes, el tribunal no tiene jurisdicción. El Tribunal estableció que una diferencia puede surgir antes de la entrada en vigor de la ley -en este caso, el consentimiento de Albania fue otorgado en una ley local- y eso no debería afectar la jurisdicción del CIADI, si la demanda es presentada oportunamente. Al respecto, el Tribunal señaló por cuanto, según los términos de la ley local, había necesidad de tratar de arreglar las disputas amigablemente antes que la demanda fuera presentada al Centro, la disputa debía necesariamente surgir antes que la demanda. Luego, el tiempo de las disputas y de las demandas es diferente. El Tribunal extendió su jurisdicción a disputas que surgieron antes de la entrada en vigor de la ley local, siempre y cuando la demanda fuese presentada después de ese momento.<sup>31</sup>

**31.** Esta objeción a la jurisdicción por razón de la materia está íntimamente vinculada a la noción de inversión ya que para determinar si se trata de una «diferencia de naturaleza jurídica que surja directamente de una inversión» previamente deberá determinarse que se está en presencia de una inversión a la luz del Convenio de Washington y del contrato o TBI respectivo.

**32.** Es muy común que la parte demandante en un arbitraje Inversor-Estado aduzca la existencia de un derecho que encuentra su fuente en obligaciones que, según sostiene, asumió el Estado demandado y, en consecuencia, reclama reparación por su supuesto incumplimiento. También es común encontrarse con reclamaciones en las cuales lo que se discute es el significado de las normas dispositivas contenidas en el tratado de inversión, ya sea que se trate de determinar si se está en presencia de una diferencia de naturaleza jurídica que pueda ser sometida a arbitraje internacional y si las partes han consentido ese procedimiento. Sin duda alguna, una controversia sobre la existencia de esas obligaciones o sobre el significado y alcance de las mismas constituye una diferencia jurídica, y ésta emana directamente de una inversión.

**33.** En el caso Perenco Ltd. vs. Ecuador y Petroecuador en la decisión sobre jurisdicción se planteó la necesidad de delimitar si una controversia sobre materia técnica o económica constituía una

<sup>28</sup> Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, párrafo 26, en <http://icsid.worldbank.org>

<sup>29</sup> Corte Internacional de Justicia, Asunto Timor oriental (Portugal vs. Australia), sentencia del 30/06/1995, en *ICJ Reports*, 1995, pp. 90-106.

<sup>30</sup> Asunto Emilio Agustín Maffezini vs. España (ICSID Case n° ARB/97/7), decisión sobre jurisdicción del 25/01/2000.

<sup>31</sup> Asunto Tradex Hellas S.A. vs. Albania (ICSID Case n° ARB/94/2), decisión sobre jurisdicción 24/12/1996.

controversia «jurídica», ante lo cual el tribunal consideró que no debía contraponerse «legal» a «técnico o/y económico», con lo cual la interpretación parece conducirnos a incluir éstas últimas en las primeras.<sup>32</sup> Sin embargo, no considero bajo su jurisdicción la reclamación sobre «violación a la Constitución Ecuatoriana, sus disposiciones sobre confiscación, discriminación y retroactividad de leyes» por no ser «esencialmente asuntos legales» y, en consecuencia no cubierta por el consentimiento de las partes.<sup>33</sup> A nuestros entender se trataba de dos aspectos diferentes, aunque directamente relacionados, por una parte, la determinación de si las disputas técnicas o económicas eran controversias legales y no meramente políticas o conflictos de intereses, y por el otro, cuales controversias jurídicas habían sido sometidas por las partes al arbitraje CIADI.

**34.** En todo caso, la determinación definitiva sobre si corresponde o no admitir la existencia de los derechos aducidos por la demandante dependerá de la decisión sobre el fondo de la diferencia. Así, con independencia de la cuestión relativa al consentimiento que el Estado demandado haya dado o no al arbitraje en el caso concreto, el tribunal arbitral, en la oportunidad de decidir sobre su propia jurisdicción, sólo está llamado a declarar si la reivindicación de los referidos derechos ha dado lugar a una diferencia comprendida dentro de la jurisdicción del Centro, conforme a lo estipulado en el artículo 25(1) del Convenio de Washington.

**35.** En el caso *Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca* (en adelante caso ČSOB) el Tribunal señaló que aunque tenía jurisdicción sobre la disputa por cuanto ésta surgió directamente de una inversión a través de una transacción específica, la jurisdicción se extendía solamente a la disputa según los términos del consentimiento de las partes.<sup>34</sup> En consecuencia, el Tribunal no había adquirido jurisdicción en relación con cada uno de los contratos realizados para implementar la inversión.

**36.** Hay que destacar que cuando se presenta una objeción a la jurisdicción en la cual se discute si la materia sometida a arbitraje constituye o no una inversión, el Tribunal debe decidir, tomando en consideración el artículo 46 del Convenio de Washington y la Regla de Arbitraje 40, si esas reclamaciones surgen directamente de la materia controvertida, si se encuentran dentro del alcance del consentimiento de las partes y, en consecuencia, dentro de la jurisdicción del Centro. Lo que el tribunal debe examinar es la naturaleza de la controversia o controversias; sus antecedentes pueden ser diferentes pero, nuevamente, lo que importa es si las reclamaciones emanan directamente de la misma materia.<sup>35</sup> Tampoco es relevante si la inversión ya no existe para el momento de la presentación de la solicitud de arbitraje, ya sea que el contrato de concesión hubiere terminado cuando se registró, como sucedió en el caso *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto*.<sup>36</sup>

## 2. Materias excluidas mediante la notificación del Estado Parte

**37.** El artículo 25(4) del Convenio de Washington establece que «[l]os Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción... Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.» Esto es, esta notificación no limita ni amplía la jurisdicción del Centro por razón de la materia y, ante un conflicto entre esta declaración y un consentimiento por escrito, prevalece éste último. A la fecha pocos países han hecho uso de esta disposición, sin embargo, en varios laudos CIADI se han decido objeciones a la jurisdicción fundadas en este supuesto.

<sup>32</sup> Asunto *Perenco Ecuador Ltd. vs. Ecuador y Petroecuador*, párrafo 134, *cit.* nota 18.

<sup>33</sup> *Ibidem*, párrafo 137.

<sup>34</sup> Asunto *Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca* (ICSID Case n° ARB/97/4), decisión sobre jurisdicción del 24/05/1999, en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 14, 1999.

<sup>35</sup> Asunto *CMS*, párrafo 107-127, *cit.* nota 22.

<sup>36</sup> Asunto *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto* (ICSID Case n° ARB/05/19), decisión sobre jurisdicción del 17/10/2006.

38. Así, en los casos *Alcoa Minerals of Jamaica vs. Jamaica*,<sup>37</sup> *Kaiser Bauxite Company vs. Jamaica*,<sup>38</sup> y *Reynolds Jamaica Mines Ltd. y Reynolds Metal Company vs. Jamaica*,<sup>39</sup> se rechazó la objeción a la jurisdicción del CIADI por parte de los respectivos tribunales arbitrales, ya que la notificación realizada por Jamaica de su deseo de no someter sus diferencias en materia de inversiones sobre minerales y otros recursos naturales no podía considerarse como una retirada del consentimiento otorgado con anterioridad en sus compromisos contractuales. Más recientemente, en el caso *PSEG Global* se presentó esta objeción y el tribunal tuvo que analizar la notificación realizada por Turquía en 1989.<sup>40</sup> En concreto, la discusión en torno a esta objeción consiste en determinar la naturaleza y el efecto de las notificaciones realizadas por los Estados Partes. Existe consenso en que estas notificaciones no son reservas realizadas por los Estados al texto del tratado.<sup>41</sup>

En este punto resulta de interés destacar la práctica internacional, cada vez más común, de sustituir en los tratados las reservas por las declaraciones. Estas declaraciones no cambian los derechos legales y obligaciones del tratado, tampoco enmiendan sus disposiciones. Ellas son simplemente un instrumento que permite a los Estados expresar cuestiones de política que los vinculan y no crean derechos para las otras Partes. Este es un asunto de información llamado a resolver necesidades nacionales.

### 3. Interrelación de varios mecanismos de resolución de controversias

39. La distinción entre una reclamación basada en un contrato y aquella basada en un tratado, tiene consecuencias directas en las cláusulas de resolución de controversias. Así como una controversia meramente contractual deberá ser sometida al foro previsto en el contrato, igualmente una controversia amparada en la protección de un tratado deberá ser sometida a los mecanismos que este prevé. Esta distinción no contradice el principio básico según el cual una controversia puede originarse en un contrato y tener al mismo tiempo un efecto sobre el tratado. En todo caso, el consentimiento puede ser expresado en términos generales, esto es, abarcando la totalidad de los puntos controvertidos existentes entre las partes, o bien de manera que den su consentimiento sólo respecto a algunos de los puntos controvertidos entre ellas.<sup>42</sup>

40. Para que una excepción a la jurisdicción del tribunal arbitral basada en la existencia de otra cláusula de elección de foro entre las partes prospere, ésta última debe vincular a las mismas partes y referirse a los mismos asuntos y necesariamente contener obligaciones contrapuestas en cuanto al foro elegido por las partes. Luego, el tribunal arbitral deberá entrar a analizar qué efecto tiene la cláusula de elección de foro invocada sobre su competencia. En consecuencia, esta excepción se refiere a la interrelación de cláusulas de selección de foro en relaciones contractuales y la disponibilidad de mecanismos de resolución de controversias como el arbitraje CIADI en el marco de un tratado de inversión.

41. Esta objeción se ha presentado en varias oportunidades, y sólo para ejemplificar su tratamiento hacemos mención a algunos casos resueltos en los últimos años. El primero, el caso *Lanco*, en el cual el Tribunal consideró que la cláusula de elección de foro contenida en el contrato en cuestión no creaba una obligación incompatible con la jurisdicción del Centro. El Tribunal llegó a la conclusión de que dicha cláusula no constituía «una disposición preacordada sobre solución de diferencias» en el sen-

<sup>37</sup> Asunto *Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. vs. Jamaica* (ICSID Case n° ARB/74/2), laudo sobre jurisdicción del 06/07/1975.

<sup>38</sup> Asunto *Kaiser Bauxite Company vs. Jamaica* (ICSID Case CIADI n° ARB/74/3), laudo sobre jurisdicción del 06/07/1975.

<sup>39</sup> Asunto *Reynolds Jamaica Mines Limited and Reynolds Metals Company vs. Jamaica* (ICSID Case n° ARB/74/4), no se emitió laudo el proceso se cerró por aplicación de la Regla 44.

<sup>40</sup> «sólo las disputas que surjan directamente de una inversión que han obtenido el permiso necesario, conforme a la legislación de la República de Turquía sobre capital extranjero, y que efectivamente hubieren comenzado estarán sujetas a la jurisdicción del Centro». Ver notificación de Turquía en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

<sup>41</sup> Asunto *PSEG Global Inc. y Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi vs. Turquía* (ICSID Case n° ARB/02/5), decisión sobre jurisdicción del 04/06/2004, párrafo 143.

<sup>42</sup> S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, *El Sistema Arbitral del CIADI*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana-UNAM, 2006., p. 380. E. SAVARESE, «Il concorso di giurisdizioni nelle controversie tra stati e private stranieri in materia d'investimenti: a proposito di due contrastanti stentenze dell'ICSID», *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 18, n° 4, 2004, pp. 955-957.

tido del TBI aplicable, ya que «en lo contencioso administrativo no puede seleccionarse la competencia ni renunciarse a ella.»<sup>43</sup> En el fondo, las razones que llevan al Tribunal a estas conclusiones es que la cláusula bajo análisis no podía considerarse como exclusiva, por lo cual no implicaba una renuncia al arbitraje internacional.<sup>44</sup>

En el segundo, el caso Aguas del Aconquija, es importante destacar, a los efectos del contenido de la objeción bajo estudio, dos aspectos: primero, la selección de un tribunal determinado se califica expresamente como exclusiva; segundo, las partes, al elegir exclusivamente el tribunal, delimitan expresamente los asuntos que le asignan para su conocimiento, en concreto la «interpretación y aplicación de este Contrato»<sup>45</sup>. En efecto, el Tribunal consideró que la cláusula del Contrato de Concesión no le impide al inversor proceder al amparo del Convenio de Washington en contra de Argentina con una reclamación por violación del TBI Argentina-Francia.<sup>46</sup> En el mismo sentido, el Tribunal en el caso Impregilo S.p.A. vs. Pakistán concluyó que no tenía jurisdicción sobre los reclamos contractuales, ya que el contrato tiene su propio sistema de resolución de disputas.<sup>47</sup>

Por su parte, el Comité de Anulación en el caso Aguas del Aconquija consideró que la cláusula de resolución de controversias contenida en el TBI Francia-Argentina, mediante la cual el inversor podía elegir la jurisdicción ante la cual someter «toda controversia relativa a las inversiones» (jurisdicción estatal o arbitral), no distingue entre reclamaciones derivadas de un contrato y reclamaciones derivadas de un tratado. De esta manera, el Comité considera como «evidente que una diferencia particular relativa a inversiones puede a un mismo tiempo implicar cuestiones de interpretación y aplicación de las normas del TBI y cuestiones contractuales»<sup>48</sup>.

**42.** En el caso Aguas del Tunari, el artículo 42.1 del contrato de concesión invocado por la demandada no se refería de manera exclusiva a la jurisdicción de los tribunales bolivianos. Además, la cláusula de elección de foro analizada, de llegar a considerarse como exclusiva, no comprende las mismas obligaciones ni a las mismas partes que se encuentran vinculadas por el TBI.<sup>49</sup>

**43.** Por último, en el caso Aguas Argentinas, el Tribunal dejó a salvo el hecho de «convenir en una cláusula de solución de controversias dentro del contrato de concesión no significa que las partes hayan renunciado a la jurisdicción del CIADI». Más aún, la falta de conexión de dicha cláusula, «en la cual no se hace ninguna referencia al TBI ni al tratamiento que el TBI garantiza a los inversores,» mal puede afectar la jurisdicción del CIADI al amparo del Convenio de Washington y del TBI aplicable, ni mucho menos «dar pie a ninguna inferencia de que dicha cláusula de solución de controversias significa la renuncia a los derechos de los inversores en el marco del TBI.»<sup>50</sup>

**44.** En consecuencia, del análisis de los casos anteriores, es posible concluir que las partes de mutuo acuerdo pacten un mecanismo de resolución de controversias distinto al CIADI, y este pacto podría ser incompatible con la jurisdicción del Centro y producir en su caso la renuncia o modificación del mecanismo previamente establecido entre las mismas partes. Más, la sola existencia de dichas cláusulas no crea la incompatibilidad, para lo cual deberán analizarse en cada caso concreto.

<sup>43</sup> Asunto Lanco vs. Argentina (ICSID Case n° ARB/97/06), decisión sobre jurisdicción 08/12/1998, párrafos 6 y 26.

<sup>44</sup> O. SPIERMANN, «Individual rights, state interest and the power to waive ICSID jurisdiction under Bilateral Investment Treaties», *Arbitration International*, vol. 20, n° 2, 2004, pp. 179-191.

<sup>45</sup> Asunto Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal vs. Argentina (ICSID Case n° ARB/97/3), laudo del 21/11/2000, párrafo 27.

<sup>46</sup> *Ibidem*, párrafos 54-55.

<sup>47</sup> Asunto Impregilo S.p.A. vs. Pakistán (ICSID Case n° ARB/03/3), decisión sobre jurisdicción 22/04/2005, párrafos 54-55.

<sup>48</sup> *Ibidem*, párrafo 60.

<sup>49</sup> Asunto Caso Aguas del Tunari, párrafos 112-114, *cit.* nota 21.

<sup>50</sup> Asunto Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal, S.A. vs. Argentina (ICSID Case n° ARB/03/19), resolución en respuesta a la petición de transparencia y participación en calidad de *amicus curiae*, del 19/05/2005, párrafo 45.

45. En la práctica, se constata la posibilidad que tribunales arbitrales puedan conocer de controversias meramente contractuales sobre la base del lenguaje empleado en las cláusulas de solución de controversias del tratado de inversión de que se trate. En efecto, se pueden distinguir varias cláusulas de solución de controversias. En primer lugar, aquellos tratados de inversión con cláusulas de resolución de controversias en las cuales claramente se señala que los tribunales arbitrales deben basar su competencia en la cláusula del tratado de inversión y que sólo podrán decidir de las acciones convencionales que se fundamenten en la violación de las obligaciones asumidas por un Estado en dicho tratado (por ejemplo, el artículo 1116(1) del TLCAN). En segundo lugar, los tratados de inversión en los cuales las cláusulas de resolución de controversias establecen claramente que los tribunales arbitrales son competentes para conocer tanto de las acciones convencionales como de las contractuales (por ejemplo, artículo 24.1 del TBI modelo de EE.UU.). Un tercer grupo, en el cual se distinguen cláusulas «amplias» en relación con el ámbito material del consentimiento otorgado por el Estado en el tratado de inversión (por ejemplo, la cláusula prevista en el artículo 9 del TBI Perú-Dinamarca).

### III. Objeciones por razón del tiempo

46. Para que CIADI pueda tener jurisdicción, la demanda debe ser sometida a la consideración del Centro en fecha posterior a la manifestación de consentimiento de las partes. Es este el llamado criterio de jurisdicción *ratione temporis*, el cual hace referencia tanto al ámbito temporal de aplicación del tratado como al cumplimiento de los plazos establecidos en la cláusula de resolución de controversias.

#### 1. Ámbito de vigencia temporal del tratado

47. En relación con el ámbito temporal de aplicación de los tratados se hará referencia en particular a los TBIs, sin embargo las siguientes consideraciones también resultan aplicables a cualquier otro tratado bilateral, multilateral o regional en materia de inversión, según las particulares previsiones del mismo. En primer lugar, debemos distinguir la entrada en vigor y la duración del TBI y, en segundo lugar, como consecuencia directa de lo primero, la aplicabilidad o no a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigencia y aquellas realizadas durante su vigencia pero que continúan existiendo y desarrollándose después de la terminación del tratado, ya sea porque expiró su vigencia o porque una de las Partes lo ha denunciado.

48. La modalidad y fecha de entrada en vigor de un tratado se determina normalmente por las disposiciones del tratado en cuestión o por un acuerdo entre los Estados y las organizaciones internacionales negociadoras. En su defecto, el tratado entra en vigor cuando el consentimiento de todas las Partes ha quedado establecido. Así, en los casos de tratados bilaterales, estos entran en vigor después del intercambio de los instrumentos o de la notificación del consentimiento de cada una de las Partes; la entrada en vigor de los tratados multilaterales depende del consentimiento de todos los Estados u organizaciones negociadoras, o de algunos de ellos solamente, o de cierto número de ellos, según lo que se establezca en el texto del tratado en referencia.<sup>51</sup>

49. En cuanto a su terminación, los TBIs generalmente se establecen para un período inicial de 10 años, aunque es posible que se celebren por menos tiempo. Estos plazos, por lo general, son prorrogables, aun cuando se trate de la denuncia del tratado por alguna de las partes. Se aplicarán a las inversiones realizadas durante su vigencia por un período igual o menor, según sea el caso, al establecido en el período inicial. En los casos de denuncia, por lo general, se prevé que la misma deba hacerse con 6 meses de anticipación a la fecha de finalización del acuerdo.

<sup>51</sup> P. REUTER, *Introducción al Derecho...op. cit.*, pp. 92-93.

**50.** En cuanto a la aplicabilidad del tratado a las inversiones realizadas antes de su entrada en vigor o aquellas que se mantienen después de la denuncia del mismo, debemos tener en cuenta, como hilo conductor en la materia, el interés protector de las inversiones.<sup>52</sup>

En consecuencia, los TBIs incluyen una cláusula de retroactividad mediante la cual se extiende su protección a las inversiones realizadas con anterioridad a su entrada en vigor. Pero, como el tiempo necesario para el desarrollo de la inversión puede llegar a prolongarse más allá del tiempo previsto en su vigencia, en los TBIs se suele incluir una disposición por la cual se extiende el ámbito temporal de aplicación por encima de la terminación o la denuncia, por lo general se establecen 10, 15 o 20 años después de los eventos mencionados. Esto es, la retroactividad en los TBIs es la regla, sin embargo no todos los Estados aceptan incluirla o la incluyen con ciertos límites.<sup>53</sup> Así, algunos TBIs aclaran que la retroactividad no significa que se aplique el tratado a las controversias surgidas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado. Esto es, se reconoce la retroactividad de las inversiones, pero no de las controversias. En este último aspecto se centra el análisis de las objeciones a la jurisdicción por razón del tiempo.

**51.** La eventual consideración en los arbitrajes de inversión de ciertos actos del Estado receptor, anteriores a la entrada en vigor del tratado de inversión, ha sido abordada en innumerables oportunidades.<sup>54</sup> En la decisión sobre objeciones a la jurisdicción en el caso *Marvin Roy Feldman Karpa vs. México*, el Tribunal CIADI en atención al TLCAN señaló que tenía jurisdicción solamente en relación con los actos u omisiones que hubieran ocurrido después de la entrada en vigor del tratado trilateral y no sobre actos u omisiones previos a su vigencia<sup>55</sup>. Pero si los actos u omisiones eran una continuación de actos u omisiones previos, el tribunal podría tener jurisdicción con relación a éstos que ocurrieron después de la entrada en vigencia del TLCAN.

**52.** En *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. México* se enfatizó que constituye un principio básico de Derecho internacional, salvo que surja una interpretación distinta del tratado o se establezcan disposiciones en contrario, que el texto no se aplica en relación con los actos o hechos que tuvieron lugar o una situación que dejó de existir antes de la fecha de entrada en vigor del instrumento internacional. La prueba de la existencia de cualquier excepción al principio de irretroactividad allí consagrado recae naturalmente en quien la invoque. Sin embargo, los hechos y situaciones anteriores a la entrada en vigencia del tratado constituyen «antecedentes» respecto de la controversia surgida con posterioridad a la entrada en vigor, con lo cual pueden ser relevantes para determinar si se violó el tratado, pero para ello es necesario poder identificar conductas u omisiones posteriores a la entrada en vigor que constituyan violaciones del tratado.<sup>56</sup>

<sup>52</sup> La regla consuetudinaria sobre la aplicación de las disposiciones de un tratado en el tiempo se encuentra recogida en el artículo 28 de la Convención de Viena, según el cual «...las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.»

<sup>53</sup> Mientras que en el Derecho internacional general la regla es la irretroactividad, en el Derecho internacional de las inversiones se ha consagrado la retroactividad. La irretroactividad de la aplicación de las normas internacionales ha sido considerada un principio general de Derecho Internacional fundamentada en la necesidad de seguridad jurídica que debe amparar a todas las situaciones o derechos adquiridos en virtud de la norma antigua o con anterioridad a la aparición de una norma. Este principio no tienen carácter absoluto y, en ocasiones, motivos de moralidad y justicia o necesidades concretas y determinadas hacen imprescindible que la nueva norma despliegue efectos retroactivos. Esto es, se trata de supuestos en los que la seguridad jurídica cede ante la justicia o ante la voluntad de los sujetos implicados en la aplicación de la norma, como ocurre en los tratados de inversión que admiten la irretroactividad. *cf.* E. ORIHUELA CALATAYUD, *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 21-33.

<sup>54</sup> Para un exhaustivo análisis de las decisiones sobre el comienzo de la entrada en vigor de los TBIs. *cf.* N. GALLUS, «Recent BIT decisions and composite acts straddling the date a treaty comes into force», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n° 3, 2007, pp. 491-514.

<sup>55</sup> Asunto *Marvin Roy Feldman Karpa vs. México* (ICSID Case n° ARB(AF)/99/1), laudo del 16/12/2002, párrafos 152-153.

<sup>56</sup> Asunto *Técnicas Medioambientales Tecmed vs. Estados Unidos Mexicanos* (ICSID Case N° ARB(AF)/00/2), laudo del 29/05/2003, párrafos 63-66. Para un breve resumen véase M. RÁBAGO DORBECKER, «México y el arbitraje en materia de

53. En el caso *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. vs. Egipto*, el Tribunal declaró que la disposición sobre el ámbito de aplicación temporal del tratado sólo tenía por finalidad excluir las controversias «generadas» antes de la entrada en vigencia del tratado bilateral.<sup>57</sup> Un enfoque más elaborado es el que se plantea en la decisión del caso *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto* con relación al TBI Dinamarca-Egipto que entró en vigor el 29 de enero de 2000. En este caso se plantearon tres posibles hipótesis para considerar si una disputa se encuentra dentro del ámbito de aplicación temporal del tratado. La primera, que la disputa se concrete después de la fecha de entrada en vigor del tratado con fundamento único en divergencias anteriores, en cuyo caso queda claramente excluida la aplicación del tratado; la segunda, que la disputa surja después del 29 de enero de 2000 basada en discrepancias posteriores a esa fecha, lo que coloca a la controversia dentro del ámbito temporal del tratado; y, la tercera, que una controversia sea la continuación de divergencias anteriores pero transformando su naturaleza, de manera que la causa de la disputa ya no son las que existieron antes, sino las que continuaron lo que hace que caigan dentro del ámbito del tratado.<sup>58</sup>

54. La determinación del ámbito de aplicación temporal del tratado se vuelve especialmente relevante cuando hechos distintos forman parte de una misma controversia, pero parte o alguno de esos hechos ocurren antes de la entrada en vigor del tratado. En el caso *Lucchetti* se especificaron los extremos a cumplir para esa determinación («*Lucchetti test*»): primero, se debe establecer en qué medida los hechos que son la causa real de las dos controversias difieren entre sí o son idénticos; segundo, si ambas controversias tienen identidad de objeto; y tercero, si los hechos o consideraciones que dieron lugar a la controversia anterior «han seguido ocupando una posición central en la controversia anterior.»<sup>59</sup>

55. En el caso *MCI* el Tribunal dictaminó que ciertas partes de la demanda recaían fuera del período de vigencia del TBI Ecuador-EE.UU., limitando así la jurisdicción del tribunal sobre ciertos reclamos alegados por los demandantes estadounidenses. En esta oportunidad, Ecuador planteó varias objeciones a la jurisdicción del tribunal, argumentando que el TBI, el cual entró en vigor el 11 de mayo de 1997, no podría ser aplicado de manera retroactiva. De acuerdo con Ecuador, los dos incidentes que dieron origen a la diferencia ocurrieron antes de la entrada en vigor del TBI.

56. En todo caso, el análisis de los casos antes descritos nos permiten concluir que existe una tendencia en los TBIs de amparar a las inversiones realizadas antes de la entrada en vigor del mismo, pero no de las controversias que pudieren suscitarse antes o después de dicha vigencia. Esto es, si bien todo tratado de inversión tiene un inicio y un fin, el ámbito de aplicación temporal del mismo queda fijado por su entrada en vigor y su terminación (expiración de su vigencia o denuncia), periodo dentro del cual pueden generarse controversias en materia de inversión amparadas por dicho tratado.

## 2. Requerimientos previos al arbitraje

57. Los mecanismos de resolución de controversias pueden prever la necesidad del cumplimiento de ciertas condiciones antes de acceder al arbitraje. Estas condiciones suelen ser el agotamiento de la etapa de negociación y consulta amistosa y el agotamiento de los recursos jurisdiccionales internos del Estado receptor.

---

inversiones», en N. GONZÁLEZ MARTÍN y S. RODRÍGUEZ JIMÉNEZ (coords.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, UNAM-Editorial Porrúa, 2007, pp. 204-206.

<sup>57</sup> Asunto *Jan de Nul N.V. y Dredging International N.V. vs. Egipto* (ICSID Case n° ARB/04/13), decisión sobre jurisdicción del 16/06/2006.

<sup>58</sup> Asunto *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto* (ICSID Case n° ARB/05/19), decisión sobre jurisdicción del 17/10/2006. En el mismo sentido, Asunto *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. vs. Congo* (ICSID Case n° ARB/05/21), decisión sobre jurisdicción del 29/07/2008.

<sup>59</sup> Asunto *Lucchetti*, laudo final del 07/02/2005, párrafo 50, *cit.* nota 26. Véase, S. LÓPEZ ESCARCENA, «La falta de jurisdicción *ratione temporis* en el caso *Lucchetti*. Comentario a un laudo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 7 de febrero de 2005», *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33, n° 1, 2006, pp. 159 - 165.

**58.** Cuando el tratado de inversión mediante el cual se accede al CIADI, establece un período de negociaciones y consultas como primera etapa a transitar dentro del mecanismo de resolución de disputas acordado entre las partes, es muy común que el demandado alegue como objeción a la jurisdicción del Centro que el demandante no ha cumplido con dicha etapa y, en consecuencia, ha accedido de manera indebida a la jurisdicción arbitral del CIADI al violar lo pactado entre las partes.

**59.** Todo dependerá de la redacción de la cláusula mediante la cual las partes establecen el mecanismo de resolución de controversias. Sin embargo, los tribunales arbitrales CIADI se han inclinado por considerar que alcanzar un acuerdo amistoso implica simplemente «la existencia de razones para la demanda y el deseo de resolver estos asuntos fuera del tribunal.»<sup>60</sup> Con lo cual se ha considerado que el anuncio del inicio de un período de negociación y consultas no constituye un pre requisito a la jurisdicción arbitral del CIADI.<sup>61</sup> Aunque esto pareciera ser contrario a la intención de las partes al establecer la cláusula de resolución de controversias.

**60.** Esta interpretación es necesario confrontarla con la propia redacción de las cláusulas de resolución de controversias prevista en los tratados, de las cuales, en la mayoría de los casos, no parecen desprenderse semejantes interpretaciones.

Es muy común que el Estado demandado admita haber dado su consentimiento al arbitraje pero que el mismo estaba condicionado a que el inversor recurriera previamente a la jurisdicción nacional y, en virtud de que dicha condición no se cumple el CIADI carece de jurisdicción para conocer del caso sometido a su consideración. Sin embargo, la redacción del artículo 26 del Convenio de Washington deja claro que si un Estado Contratante no ha condicionado su consentimiento para acceder al arbitraje CIADI al agotamiento previo de recursos internos, tal requisito no será aplicable. De esta manera, el artículo 26 invierte la tradicional regla jurídica internacional, que supone exigible el requisito del agotamiento de recursos a menos que se renuncie a ellos en forma expresa o tácita.<sup>62</sup>

En general, cuando un tratado garantiza ciertos derechos y dispone el agotamiento de los recursos internos antes que la controversia relativa a dichas garantías pueda someterse a un tribunal internacional, las partes en la controversia mantienen el derecho de someter el caso a ese tribunal en la medida que se hayan agotado los recursos disponibles, independientemente del resultado del proceso nacional. Las partes mantienen ese derecho a recurrir porque es el tribunal internacional, y no el tribunal nacional, el que decide en definitiva sobre el significado y el alcance de las obligaciones internacionales que sean motivo de controversia.<sup>63</sup>

**61.** Estas condiciones establecidas en las cláusulas de resolución de controversias en materia de inversión cumplen dos funciones importantes. Primero, permite que cualquier parte en una controversia acceda al tribunal nacional competente. Segundo, garantiza que la parte que presenta su caso ante el tribunal nacional no se vea impedida ni pueda impedir, que el caso se someta al arbitraje internacional una vez expirado el plazo establecido en el tratado como prudencial para la espera de una decisión por parte de la jurisdicción estatal. Ello es así, independientemente de que el tribunal nacional haya dictado o no una sentencia.<sup>64</sup>

**62.** En el caso Maffezini, el Tribunal indicó que de acuerdo con el artículo 26 del Convenio de Washington, un Estado contratante puede condicionar su consentimiento al arbitraje CIADI al agotamiento previo de los recursos locales. En su defecto, este requerimiento no será aplicable y las disputas

<sup>60</sup> Asunto Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Marruecos (ICSID Case n° ARB/00/4), decisión sobre jurisdicción del 23/07/2001, ver texto francés en *Journal du droit International*, n° 129, 2002, p. 196; y traducción inglesa en *International Legal Materials*, n° 42, 2003, p. 609; también en *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, n° 6, 2004, p. 400.

<sup>61</sup> Asunto Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Pakistán (ICSID Case CIADI n° ARB/03/29), decisión sobre jurisdicción 14/11/2005, párrafos 100-102.

<sup>62</sup> Asunto Caso Maffezini, *cit.* nota 29, laudo final del 13/11/2000, párrafo 22.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párrafo 29.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párrafo 33.

se podrán someter al arbitraje CIADI, sin de dicho requisito previo. Además, si el requisito del agotamiento de los recursos internos es incluido como una condición para la jurisdicción del CIADI, su ausencia no evitaba fatalmente la presentación de la disputa por ante el CIADI. La condición pactada por las partes, sólo habría creado un paso adicional que debía ser completado antes de poder presentar la disputa al Centro.

#### IV. Alegación acumulativa de fuentes de jurisdicción

**63.** Esta objeción se presenta cuando el demandante ha invocado más de una fuente normativa para fundamentar la jurisdicción arbitral CIADI, de manera acumulativa y aplicable cada una de estas fuentes en sus respectivos ámbitos materiales. Esto es, dado que la controversia involucra tanto aspectos contractuales como aspectos vinculados con un tratado y este último no comprende las reclamaciones contractuales, el demandante invoca tanto la cláusula arbitral del contrato como la cláusula de resolución de las controversias del tratado, en ambos casos se ha pactado la jurisdicción CIADI, pero para controversias distintas.

**64.** El caso Duke resuelto en agosto del año 2008 nos permitirá ilustrar esta excepción a la jurisdicción arbitral CIADI. El Tribunal ante la objeción presentada por Ecuador señaló que «no encuentra nada en el Convenio CIADI que le impida seguir un procedimiento teniendo en cuenta bases acumulativas de jurisdicción.» Con lo cual, lo que importa es el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje CIADI, el cual puede expresarse en una cláusula de arbitraje, cuyo único requisito es que dicho consentimiento conste por escrito. Si el consentimiento puede verificarse en un contrato y en un tratado, nada parece impedir basarse conjuntamente en distintos instrumentos en los que se exprese dicho consentimiento.<sup>65</sup>

En nuestra opinión esta decisión es acorde con el caso ČSOB (segunda decisión sobre objeciones a la jurisdicción) en el cual se sostuvo el «principio de la efectividad y finalidad de la jurisdicción», aunque la situación analizada era diferente. En el caso Duke el demandante alegó varias fuentes de las cuales derivaba la jurisdicción del CIADI para las diversas materias que en su conjunto configuraban una misma diferencia. Por su parte, en el caso ČSOB se trató de la jurisdicción del tribunal para el conocimiento de cuestiones incidentales vinculadas con la controversia pero sobre la base de una única cláusula arbitral. Así, en este caso, el Tribunal admitió que el principio de efectividad de la jurisdicción implicaba que cuando un tribunal tiene jurisdicción sobre una materia, ésta puede ser extendida a cuestiones secundarias o incidentales siempre que sean necesarias para resolver la disputa sobre la cual tiene jurisdicción. No obstante, este principio no puede derogar la regla básica según la cual la jurisdicción arbitral está basada en el consentimiento de las partes.<sup>66</sup>

Mientras que en el caso Duke se alegaban acumulativamente una cláusula de resolución de controversias incluida en un contrato y otra en un TBI, en el caso Itera International Energy LLC e Itera Group NV vs. Georgia los demandantes alegaron que las medidas adoptadas por Georgia configuraron las violaciones de varias disposiciones del TBI Georgia-EE.UU. y el TBI Georgia-Reino de los Países Bajos.<sup>67</sup>

**65.** Por su parte, en el Informe Anual CIADI correspondiente al ejercicio 2009 se señala que en cuatro de los nuevos casos registrados durante ese período los demandantes invocaron alternativamente una ley de inversiones o un contrato de inversiones entre un inversionista y un Estado receptor. Para el periodo 2010 en dos de los nueve casos en los cuales se invocaron cláusulas contenidas en una ley o en un contrato, se invocó alternativamente un TBI. Finalmente, para el periodo 2011, en tres de los nuevos

<sup>65</sup> Asunto Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. vs. Ecuador (ICSID Case n° ARB/04/19). La temática de este caso es la generación de energía. Laudo del 18/08/2008. párrafos 156 y 162.

<sup>66</sup> Asunto Československa obchodní banka, a.s. vs. República Eslovaca, *cit.* nota 33.

<sup>67</sup> Asunto Itera International Energy LLC and Itera Group NV vs. Georgia (ICSID Case n° ARB/08/7), decisión sobre la admisibilidad de las reclamaciones accesorias del 04/12/2009.

casos registrados los demandantes fundamentaron la jurisdicción del CIADI en dos fuentes alternativas y, en otro caso, el demandante trató de establecer la jurisdicción del CIADI en 3 fuentes normativas distintas.

## V. Consideraciones finales

**66.** La práctica arbitral se ha enfrentado a innumerables problemas interpretativos a la hora de establecer directrices a la jurisdicción sobre la base del artículo 25 del Convenio y del instrumento específico bajo el cual se alega dicha jurisdicción, ya sea un contrato, una ley interna o un tratado de inversión.

**67.** Si bien la mayoría de las inversiones se establecen a través de un contrato de Estado celebrado con el Estado receptor, la proliferación de tratados de inversión contentivos de garantías de promoción y protección de inversiones con características generales, las cuales dejan un amplio margen al intérprete, ha generado confusiones a la hora de delimitar cuándo se está en presencia de una controversia en materia de inversión amparada por una cláusula de resolución de controversias contenida en un tratado de inversión que le permite al inversor el acceso directo al CIADI.

**68.** En la resolución de controversias en materia de inversión la «jurisprudencia» arbitral ha dejado dos importantes enseñanzas. La primera, el aumento en el número de diferencias en materia de inversión ha puesto en duda la conveniencia de negociar tratados de inversión con disposiciones amplias e imprecisas que deleguen en los tribunales arbitrales la labor de interpretar su significado. La segunda, se centra en replantear la necesidad de los países en atender no sólo a la redacción del tratado sino también a la relación de éste con los convenios de arbitraje contenidos en el mismo y en los contratos entre el inversor y el Estado receptor, a la hora de negociar un acuerdo de inversión.

# UN NUEVO EJEMPLO DE LA ACTIVIDAD PROFILÁCTICA DEL TRIBUNAL DE LUXEMBURGO: A PROPÓSITO DE LA STJCE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2011 (ASUNTO *VAN ARDENNEN*)

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 29.11.2011 / Aceptado: 07.12.2011

**Resumen:** El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado en la sentencia *van Ardennen* para interpretar, restrictivamente, las facultades con las que cuentan los Estados para limitar las garantías económicas de los trabajadores en caso de insolvencia. Así, se ha entendido que resulta contraria a la Directiva 80/987 una regla nacional que reduce la suma garantizada por la Directiva cuando el trabajador no cumple la obligación de registrarse como demandante de empleo dentro de un determinado plazo.

**Palabras clave:** insolvencia empresarial, garantías económicas, jurisprudencia comunitaria.

**Abstract:** The Court of Luxembourg has pronounced in the sentence *van Ardennen* to interpret, restrictively, the faculties with which the States count in order to limit the economic guarantees of the workers in case of insolvency. Thus, it has been understood that the Directive 80/987 precludes a national rule decreasing the sum guaranteed by the Directive when the worker did not register as a job seeker within the prescribed time limit.

**Key words:** insolvency of employer, economic guarantees, European Case-Law.

**Sumario:** I. El asunto *van Ardennen*. 1. El litigio principal y las cuestiones prejudiciales planteadas. 2. Pronunciamiento del Tribunal. II. ¿La *vis expansiva* de las garantías económicas de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia? III. O ¿el rechazo tácito por el Derecho Comunitario de la imbricación de instituciones jurídicas por las legislaciones nacionales?

## I. El asunto *van Ardennen*

1. La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 2011 en el asunto C 435/10, que tenía por objeto una petición de decisión prejudicial presentada con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (mediante resolución de 8 de septiembre de 2010) por el *Centrale Raad van Beroep* (Países Bajos). Dicha petición fue recibida en el Tribunal de Justicia el 13 de septiembre de 2010<sup>1</sup> y se refiere al procedimiento desarrollado entre J. C. *van Ardennen* y *Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*.

2. En esta sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2011, *van Ardennen* (la sentencia *van Ardennen*, en adelante), se resuelve una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de los artículos 4, 5 y 10 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (*DO* L 283, p. 23) en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (*DO* L 270, p. 10), (en lo sucesivo Directiva 80/987). Esta petición

<sup>1</sup> Asunto C-435/10, *DOUE* C 317 de 20 de noviembre de 2010.

se planteaba en el marco de un litigio interpuesto por el Sr. Van Ardennen contra el *Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen* (Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores por cuenta ajena), en relación con la negativa de éste a pagarle la totalidad de la prestación por insolvencia por considerar que no se había registrado como demandante de empleo en la *Centrale organisatie voor Werk en Inkomen* (Organización central para el empleo y las rentas de trabajo, o también, CWI en adelante) dentro del plazo señalado.

## 1. El litigio principal y las cuestiones prejudiciales planteadas

3. El litigio principal se suscita a partir de los siguientes hechos que se refieren al recurrente, el Sr. van Ardennen. De un modo más preciso, desde el 1 de agosto de 1985, el Sr. van Ardennen trabajaba para la empresa Sellers International B.V.. Esta empresa es declarada en quiebra el 28 de noviembre de 2006.

Al Sr. van Ardennen se le han abonado íntegramente sus salarios, por lo que no había atrasos salariales. Después de intentar crear su propia empresa, algo en lo que no tuvo éxito, el Sr. van Ardennen, se registró el 15 de mayo de 2007 en la CWI y presentó el 20 de mayo de 2007 una solicitud de prestación de desempleo; y, sin embargo no se registró como demandante de empleo hasta el 29 de mayo de 2007. Por otra parte, el 7 de junio de 2007, el Sr. van Ardennen presentó una solicitud de prestación por insolvencia<sup>2</sup> ante el Instituto de Gestión de Seguros para los Trabajadores por cuenta ajena (UWV en adelante).

4. Mediante decisión de 11 de septiembre de 2007, el UWV reconoció al Sr. van Ardennen una prestación por insolvencia por créditos impagados relativos al período comprendido entre el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007<sup>3</sup>. Dicha prestación incluía las siguientes cantidades: una remuneración bruta de 26.505,15 euros en concepto de salario, gastos de viaje, paga de vacaciones y complemento de vacaciones así como una remuneración neta de 1.200 euros en concepto de devolución de los gastos profesionales. Alegando que el Sr. van Ardennen no se hubiera registrado como demandante de empleo dentro de plazo<sup>4</sup>, el UWV redujo la cantidad de prestación de insolvencia calculada conforme a las reglas generales en un 20 %, por incumplimiento de la obligación de registrarse en plazo como demandante de empleo, como establece la normativa neerlandesa<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> El capítulo IV de la *Werkloosheidswet* (Ley neerlandesa de desempleo (WW)) regula la asunción de las obligaciones derivadas de la relación laboral en caso de incapacidad de pago del empresario. Con arreglo al artículo 61 de la WW, incluido en el citado capítulo IV, el trabajador tendrá derecho a una prestación si puede reclamar el pago del salario, de la paga de vacaciones o del complemento de vacaciones a un empresario que haya sido declarado en quiebra.

<sup>3</sup> Período que corresponde al plazo de preaviso establecido en el artículo 64, apartado 1, letra b), de la WW. A estos efectos, el artículo 64 de la WW prevé que «1. *El derecho a la prestación prevista en el presente capítulo comprende: a) la retribución correspondiente a un máximo de trece semanas, inmediatamente anteriores a: la fecha en que se extinga, mediante despido, la relación laboral; la fecha en que se extinga, por acuerdo mutuo, la relación laboral; la fecha en que se extinga de pleno derecho la relación laboral, o la fecha de resolución del contrato. b) la retribución correspondiente, como máximo, al plazo de preaviso aplicable al trabajador (...); c) la paga de vacaciones, el complemento de vacaciones y los importes que el empresario adeude a terceros en virtud de la relación laboral con el trabajador...*»

Ese plazo de preaviso queda concretado en el artículo 40, apartado 1, de la *Faillissementswet* (Ley neerlandesa de quiebras), que establece que: «1. *Los trabajadores al servicio del empresario quebrado podrán resolver el contrato de trabajo y, por otra parte, éste podrá ser declarado resuelto por el síndico de la quiebra, en observancia de los plazos pactados o legales, en el bien entendido de que en cualquier caso el contrato de trabajo podrá resolverse observando un plazo de preaviso de seis semanas (...)*»

<sup>4</sup> El artículo 2, apartado 1, del Decreto relativo al registro en la CWI (*Besluit registratie CWI, Nederlandse Staatscourant 2002, n° 229*) establece que para que el trabajador que tenga derecho a una prestación en virtud del capítulo IV de la WW deberá registrarse como demandante de empleo en la CWI como muy tarde el primer día hábil siguiente a la fecha de expiración del plazo de preaviso establecido en el artículo 64, apartado 1, letra b), de la WW.

<sup>5</sup> A tenor del artículo 65 de la WW: «1. *Del importe de la prestación mencionada en el artículo 64 se descontarán en su integridad: a) las rentas del trabajo percibidas como trabajador y las procedentes de actividades por las cuales no pueda ser considerado trabajador, desarrolladas durante el período mencionado en el artículo 64, apartado 1, letras a) y b). ...*»

Sin embargo, en otra norma, el artículo 3 del *Maatregelenbesluit UWV* (Decreto sobre medidas que el UWV puede aplicar) se establece que, «...a menos que baste con una advertencia, la cuantía y la duración, en caso de incumplimiento o incumplimiento defectuoso de una obligación (como la de inscribirse como demandante de empleo)...» se podrá descontar «...c) el 20 % sobre el período de demora, con un máximo de 52 semanas si se excede el plazo establecido...»

5. El Sr. Van Ardennen presenta la pertinente reclamación, que fue desestimada por el UWV mediante resolución de 18 de diciembre de 2007, por considerar asimismo que la WW imponía la obligación de registrarse como demandante de empleo en la CWI y de renovar ese registro. Contra esta resolución el Sr. Van Ardennen presenta un recurso ante el *Rechtbank* que es desestimado por infundado. De nuevo, contra la resolución desestimatoria, el Sr. van Ardennen interpuso recurso de apelación ante el *Centrale Raad van Beroep*.

6. Al albergar dudas sobre la compatibilidad con las disposiciones de la Directiva (CEE) 80/987 del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario<sup>6</sup> (Directiva 80/987 en lo sucesivo) de la obligación de registro como demandante de empleo para tener acceso a la prestación por insolvencia y de la reducción del importe de esa prestación en caso de no haberse registrado dentro de plazo, el *Centrale Raad van Beroep* decide suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse la Directiva [80/987], en particular sus artículos 4, 5 y 10, en el sentido de que se opone, con carácter general, a una normativa nacional que obliga a los trabajadores, en caso de insolvencia de su empresario, a registrarse como demandantes de empleo a más tardar el primer día hábil siguiente a la fecha en la que se resolvió la relación laboral o en la que razonablemente ésta debería haberse resuelto, para que puedan ejercitar (plenamente) su derecho al pago de los créditos salariales impagados?»

En caso de respuesta negativa:

2) ¿Debe interpretarse la Directiva [80/987], en particular sus artículos 4, 5 y 10, en el sentido de que se opone a una normativa nacional que también impone esta obligación de registro a los trabajadores que durante el plazo de preaviso desarrollen actividades empresariales o profesionales por cuenta propia?»

3) ¿Debe interpretarse la Directiva [80/987], en particular sus artículos 4, 5 y 10, en el sentido de que se opone a una normativa nacional en virtud de la cual el incumplimiento (dentro de plazo) de esta obligación de registro puede dar lugar a un pago parcial de la prestación por insolvencia, de forma que para establecer la cuantía y la duración de la medida también es determinante el momento en que tal obligación es finalmente cumplida?»

## 2. Pronunciamiento del Tribunal

7. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si las disposiciones de la Directiva 80/987 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que exige a los trabajadores cuyo empresario se encuentra en situación de insolvencia, como condición para ejercitar plenamente el derecho al pago de los créditos salariales impagados, el cumplimiento en plazo de una obligación de registrarse como demandante de empleo.

8. En orden a resolver esa primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la finalidad social de la Directiva 80/987 consiste en garantizar a todos los trabajadores por cuenta ajena un mínimo de protección en la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario, mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente a un período determinado<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> DO L 283, de 28 de octubre de 1980, p.23.

<sup>7</sup> SSTJCE de 4 de marzo de 2004, *Barsotti y otros*, C 19/01, C 50/01 y C 84/01, Rec. p. I- 2005, apartado 35, y de 19 de junio de 2009, *Visciano*, C-69/08, Rec. p. I-6741.

9. A estos efectos, el artículo 3 de la Directiva 80/987<sup>8</sup>, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren el pago de esos créditos impagados de los trabajadores asalariados. En este sentido, en el caso objeto del litigio, de los autos que obran en poder del Tribunal de Justicia se desprende que la solicitud presentada por el Sr. van Ardennen al fondo de garantía se basa en gran medida en la existencia de un crédito no discutido y reconocido por la normativa nacional neerlandesa, a saber, el artículo 64, apartado 1, letra b), de la WW. El pago de ese crédito, objetivamente adeudado por el empresario que se declaró en quiebra, sí se halla comprendido en el artículo 3 de la Directiva 80/987 y está garantizado por ésta.

10. En consonancia con esa finalidad esencial, el Tribunal de Justicia entiende que los Estados miembros sólo excepcionalmente tienen la facultad, en virtud del artículo 4 de la Directiva 80/987, de limitar la obligación de pago prevista en el artículo 3 de ésta. Tal limitación puede referirse tanto a la duración del período que dé lugar al pago, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva como al límite de ese pago, con arreglo al artículo 4, apartado 3, de la misma Directiva. Y, del mismo modo, la Directiva 80/987 requiere, en ese mismo artículo 4, apartado 3, que cuando un Estado miembro haga uso de la facultad de establecer ese límite, lo comunique a la Comisión<sup>9</sup>.

11. Pues bien, el Tribunal recalca que el artículo 4 de la Directiva 80/987 debe interpretarse de manera restrictiva y conforme a su finalidad social<sup>10</sup>, que es garantizar un mínimo de protección a todos los trabajadores; y, a tal efecto, se recuerda que la Directiva 80/987 enumera limitativamente los casos en los que está permitido circunscribir la obligación de pago de las instituciones de garantía, y entre ellos no se encuentra la posibilidad de establecer obligaciones de registro como demandante de empleo.

12. A partir de estas precisiones, en primer lugar, el Tribunal ha de analizar de modo instrumental, si la norma nacional referida al descuento de ciertas cantidades de la prestación por insolvencia es compatible con la Directiva 80/987. Y ha de proceder a ese análisis (aunque no resulte aplicable al supuesto litigioso) porque la norma que prevé el descuento de cantidades percibidas en concepto de rentas del trabajo se imbrica indisolublemente con otra norma (que sí genera directamente el litigio) referida a la obligación de registro como demandante de empleo en un plazo determinado cuyo incumplimiento se traduce en una disminución de la prestación por insolvencia.

13. Esa imbricación se produce porque la obligación de registro como demandante de empleo tácitamente objetivaría una situación en la que el trabajador, cuyos créditos están garantizados en caso de insolvencia empresarial, no está desempeñando ninguna actividad productiva de la que eventual-

<sup>8</sup> En virtud del artículo 3 de la Directiva 80/987, «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno. Los créditos tenidos en cuenta por la institución de garantía serán las remuneraciones impagadas correspondientes a un período situado antes o, en su caso, después de una fecha determinada por los Estados miembros, o antes y después de la misma».

<sup>9</sup> El artículo 4.1º de la Directiva dispone que «Los Estados miembros tendrán la facultad de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía prevista en el artículo 3.» Facultad que cuenta con ciertos condicionantes; y así, en el segundo párrafo de ese artículo 4 se establece que «cuando los Estados miembros hagan uso de la facultad prevista en el apartado 1, establecerán la duración del período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía. Esa duración no podrá, sin embargo, ser inferior a un período correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral situados antes y/o después de la fecha contemplada en el artículo 3. Los Estados miembros podrán incluir ese período mínimo de tres meses en un período de referencia cuya duración no podrá ser inferior a seis meses. Los Estados miembros que establezcan un período de referencia de al menos dieciocho meses podrán limitar a ocho semanas el período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía. En ese caso, para el cálculo del período mínimo se considerarán los períodos más favorables para el trabajador. Además, los Estados miembros podrán establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía. Esos límites no podrán ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la presente Directiva. Cuando los Estados miembros hagan uso de esta facultad, comunicarán a la Comisión los métodos utilizados para establecer dicho límite».

<sup>10</sup> Como ya había mantenido en idéntico sentido en la STJCE de 14 de julio de 1998, *Regeling*, C 125/97, Rec. p. I 4493, apartado 20.

mente obtengan rentas del trabajo; antes al contrario, pretende encontrar un nuevo empleo. Porque si un trabajador, cuyos créditos están garantizados en caso de insolvencia de su empresario, obtiene rentas del trabajo (derivadas de una actividad profesional por cuenta propia o ajena) referidas al periodo durante el que se tiene derecho a la prestación por insolvencia, la legislación neerlandesa prevé que se habrían de descontar de dicha prestación.

**14.** Así resulta preciso resolver la cuestión de si la prohibición de acumulación de cantidades garantizadas por insolvencia con otras cantidades recibidas por el trabajador resulta compatible con la Directiva 80/987. Y para ofrecer una solución se alude a la Sentencia de 10 de julio de 1997, *Maso y otros*<sup>11</sup>, en la que el Tribunal de Justicia declara que un Estado Miembro no puede prohibir la acumulación de las cantidades garantizadas por la Directiva 80/987 con prestaciones que *no* se deriven del contrato relacionado por el empresario insolvente.

**15.** Así, puede deducirse, *a contrario*, que cabe prohibir esa acumulación si se trata de remuneraciones devengadas por el desempeño de actividades ejecutadas durante el periodo de referencia protegido por las garantías de insolvencia. O dicho de otro modo, el artículo 4.3º de la Directiva 80/987 no prohíbe genéricamente la adopción de una norma que tenga por objeto la prohibición de acumulación; porque, habida cuenta del objetivo de la Directiva, parece justificado descontar del importe de la prestación neerlandesa por insolvencia las rentas efectivamente percibidas por el trabajador durante el plazo de preaviso; durante el cual, en la legislación neerlandesa, se devengan cantidades garantizadas en caso de insolvencia.

**16.** Conclusión, la anterior, que resulta respetuosa con el otorgamiento de una protección mínima en caso de insolvencia porque, en realidad, no se estaría mermando en modo alguno la protección en caso de insolvencia empresarial, sino que se pretendería evitar situaciones de sobreprotección: aquéllas que se producirían si una Institución Nacional de Garantía abonase cuantías -correspondientes a los periodos de preaviso de extinción contractual en caso de apertura de procesos de quiebra o insolvencia- que resultaran compatibles con actividades remuneradas durante ese periodo de preaviso garantizado. Durante esos periodos, en definitiva, un trabajador podría tener dos fuentes de ingresos referidas a un mismo periodo, a saber: las cuantías garantizadas en caso de insolvencia y las rentas del trabajo. Algo que no se inscribe en la finalidad social de la Directiva 80/987.

**17.** Pues bien, en este contexto, el Tribunal de Justicia procede a interpretar los límites del artículo 10 de la Directiva 80/987<sup>12</sup>, en el sentido de que, si bien permite a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para evitar abusos, éstos han de acreditar que las eventuales medidas que se adopten tienen esa finalidad.

**18.** La entidad nacional (UWV) encargada de la gestión de la prestación por insolvencia (que, por otra parte, confirma que la justificación de esa obligación no descansaba en modo alguno en el citado artículo 10) alega que la obligación de registro como demandante de empleo tiene por objeto aumentar las oportunidades de que el trabajador en cuestión obtenga un empleo durante ese periodo y, por lo tanto, minimizar las cargas del fondo de garantía; por cuanto de la prestación por insolvencia se descuentan la totalidad de las rentas del trabajo obtenidas durante ese periodo. De ahí que pudiera entenderse justificado que la normativa nacional neerlandesa penalice el retraso en el registro como demandante de empleo.

<sup>11</sup> C-373/95, Rec. p. I 4051.

<sup>12</sup> Como cláusula de cierre, se establece en el artículo 10 de la Directiva 80/987 que «*La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros: a) de adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos; b) de rechazar o de reducir la obligación de pago citada en el artículo 3, o la obligación de garantía citada en el artículo 7, si resulta que el cumplimiento de la obligación no se justifica en razón de la existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario y de intereses comunes concretados mediante un pacto colusorio entre ellos; c) de rechazar o reducir la obligación de pago citada en el artículo 3, en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades*».

19. Sin embargo, en esta fase argumentativa, el Tribunal de Justicia entiende que no hay elementos objetivos que demuestren la existencia de un abuso que la obligación de registro controvertida en el asunto principal pueda tener por objeto impedir. Tácitamente, el Tribunal entiende que se trata de una obligación –la de registrarse– que sólo *eventualmente* puede conllevar que el trabajador afectado por la insolvencia empresarial pueda encontrar un nuevo empleo; cuyas rentas podrían descontarse de la cantidad total abonada por la entidad de garantía. De ahí que la aplicación automática del descuento no esté justificada, porque penalizaría una eventualidad (la de encontrar empleo si hay una inscripción como demandante de empleo); algo sobre lo que se volverá más adelante.

20. Además, el Tribunal de Justicia considera que una obligación de registro como demandante de empleo en un plazo determinado como la controvertida en el litigio principal, y cuyo incumplimiento se traduce en una disminución de la prestación por insolvencia abonada, no es comparable con un plazo de caducidad o de prescripción para presentar una solicitud de prestación por insolvencia.

21. En suma, respecto de la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia entiende que resulta contrario a la finalidad de la Directiva 80/987 interpretar ésta, y en particular sus artículos 3 y 4, de modo que un trabajador que se encuentre en la situación del demandante en el asunto principal quede sujeto, debido al incumplimiento de la obligación de registro como demandante de empleo en un plazo dado previsto en la norma nacional controvertida en el asunto principal, a una disminución a tanto alzado y automática, del pago de sus créditos salariales y, por lo tanto, no pueda obtener la garantía por las pérdidas de salarios que sufrió efectivamente durante el período de referencia.

22. De ahí que el Tribunal de Justicia falle en el sentido de concluir *que los artículos 3 y 4 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que supedita la posibilidad para los trabajadores cuyo empresario se encuentre en situación de insolvencia de ejercitar plenamente su derecho al pago de los créditos salariales impagados, como los controvertidos en el litigio principal, a la obligación de registrarse como demandante de empleo*<sup>13</sup>.

## II. ¿La *vis expansiva* de las garantías económicas de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia?

23. En la sentencia *Van Ardennen*, el Tribunal de Justicia parece mantener una línea interpretativa continuista. En efecto, esta sentencia engrosaría una jurisprudencia comunitaria caracterizada, en materia de insolvencia empresarial, por una cierta *vis expansiva* de las garantías diseñadas en las –sucesivas– directivas de insolvencia<sup>14</sup>, que se fundamentan en la finalidad social de dicha normativa comunitaria.

24. Además, si se observa, en esta sentencia el Tribunal de Luxemburgo procede, quizás no de un modo expreso y voluntario, a realizar una labor de depuración última en lo que respecta a ciertas instituciones jurídicas. Aquí, esa actividad profiláctica concluye con la disociación entre requisitos formales ligados a políticas de empleo *amplo sensu* y los términos de las garantías económicas de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial.

<sup>13</sup> Y, en vista de la respuesta afirmativa dada a la primera cuestión, no procede responder a las cuestiones segunda y tercera, que se planteaba para el supuesto de que hubiera una respuesta negativa a aquélla.

<sup>14</sup> La Directiva 80/987 ha sido modificada por la Directiva CE 2002/74, de 23 de septiembre (DO L 270, de 8 de octubre de 2002 p. 10), y ha sido codificada, por la Directiva CE 2008/94 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, versión codificada (DO L 283, de 28 de octubre de 2008, p. 36).

25. La sentencia *Van Ardenne* contiene en síntesis, una regla interpretativa que no permite descuentos en las cantidades a abonar por la institución neerlandesa de garantía en caso de insolvencia. O, se podría decir de otro modo, contiene un límite a las facultades que la Directiva 80/987 en sus diferentes versiones, pre- y post-codificación otorga a los Estados Miembros para limitar cuantitativamente las garantías económicas de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. Sería éste un nuevo límite comunitario, en sede interpretativa, a las facultades legislativas nacionales.

26. No obstante, no es este el primer ejemplo de una actitud jurisprudencial de constricción de las facultades nacionales de implementación de la legislación comunitaria. Antes al contrario el Tribunal de Justicia parece haber adoptado, *grosso modo*, una línea interpretativa protectora de la finalidad social de la Directiva 80/987; que se ha plasmado, en diferentes direcciones, en la exaltación del principio de efectividad de la garantía de los créditos salariales de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial. De ahí que la actividad jurisprudencial ofrezca ejemplos, por una parte, de reglas interpretativas que restringen las facultades con las que cuentan los Estados (*ex Art. 4, 5 y 10 de la Directiva 80/987*) para limitar las garantías, y, por otra parte, de reglas que confirman aquellas reglas limitativas nacionales que han sido respetuosas con la concepción comunitaria.

27. En algunos pronunciamientos, el Tribunal de Luxemburgo ha procedido a fijar reglas generales de (in)compatibilidad entre los créditos garantizados y otras cantidades que pudiera recibir el trabajador asalariado que reclama la protección económica garantizada por la normativa comunitaria en caso de insolvencia. Así, en primer lugar, no se pueden declarar incompatibles con las cantidades garantizadas en caso de insolvencia, aquellas rentas/percepciones que, aunque se devenguen con ocasión de la situación de insolvencia, no tienen como finalidad garantizar créditos salariales, sino otras finalidades sociales (prevención de la exclusión social, por ejemplo)<sup>15</sup>.

28. En lo que se refiere a esa vertiente material, independientemente de que se remita a la legislación nacional la determinación del concepto de créditos y de retribución<sup>16</sup>, se ha precisado que la exigibilidad de los créditos se ha de fijar en la normativa nacional atendiendo a la naturaleza del crédito en caso de insolvencia, y no a la procedimentalización de su conformación como crédito exigible a las instituciones de garantía<sup>17</sup>.

29. Paralelamente desde la jurisprudencia comunitaria se ha tratado de contener la facultad que la Directiva 80/987 ofrece a los Estados para fijar topes máximos a las cantidades por las que las entidades nacionales de garantía han de responder (*ex Art. 4*). Y esa contención se ha traducido en la imposibilidad de englobar, en el concepto de tope máximo, reglas de descuento a la hora de fijar el *quantum* garantizado.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> STJCE de 10 de julio de 1997, *Maso y otros*, 373/95. En esta resolución, el Tribunal se pronunciaba respecto de una indemnización de reinserción otorgada en la normativa nacional, a la que tiene derecho un trabajador en Italia durante los tres meses siguientes a su despido. En este caso, el Tribunal concluye que un Estado Miembro no puede prohibir su acumulación con las cantidades garantizadas por la directiva. Parece que se ha de atender a la finalidad de las instituciones: garantía de cantidades adeudadas antes/durante el procedimiento de insolvencia *VERSUS* cantidades con otras finalidades (reinserción, etc.).

<sup>16</sup> STJCE, de 16 de diciembre de 2004, *Olaso Valero*, C-520/03.

<sup>17</sup> STJCE de 7 de septiembre de 2006, *Cordero Alonso*, C 81/05. En este pronunciamiento se establece que el principio general de igualdad exige que, cuando según la normativa nacional en caso de insolvencia la institución de garantía se haga cargo del pago de las indemnizaciones legalmente debidas establecidas por una sentencia judicial, las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre empresario y trabajador celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial (acto de conciliación) deben recibir el mismo trato.

<sup>18</sup> STJCE de 4 de marzo de 2004, *Barsotti y otros*, 19/01, 50/01, 84/01. de un modo mas preciso en esta resolución, el Tribunal dota de protagonismos a la finalidad social de la Directiva. Y asume que «...la finalidad social consiste en garantizar a los trabajadores asalariados un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, mediante el pago de los créditos impagados que resulten del contrato o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente a un periodo determinado...»; periodo que se puede limitar. Asimismo, mantiene el Tribunal que los Estados Miembros, pueden establecer un tope para la garantía de pago de los créditos impagados pero están obligados a garantizar, con el límite de dicho tope el pago integro de los créditos impagados. En consecuencia, si los trabajadores hubieran recibido de sus empresarios

**30.** Si bien la Directiva 80/987 permite a los Estados miembros fijar las modalidades de la organización, de la financiación y del funcionamiento de las instituciones de garantía<sup>19</sup> en opinión del Tribunal no sería posible incardinar ahí el establecimiento de plazos de prescripción para el ejercicio de la acción para reclamar las cantidades garantizadas que dificultaran o imposibilitaran la protección última de los créditos.<sup>20</sup>

**31.** En una dirección análoga, en la jurisprudencia comunitaria se han diseñado reglas de conflicto que completan la que contiene el Art. 9 de la Directiva 2008/94<sup>21</sup>, y que introducen un punto de conexión sustentado en mayor favorabilidad de las legislaciones nacionales que colisionan en materia de insolvencia.<sup>22</sup>

**32.** Sin embargo, del mismo modo que se han circunscrito las posibilidades de los Estados miembros en ciertas direcciones, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia hay ejemplos en los que se confirman como acordes al Derecho Comunitario aquellas reglas que excluyan del sistema de garantías a ciertos sujetos, sobre la base de que la finalidad de la directiva no alcanza a posiciones subjetivas ligadas a la situaciones misma de la insolvencia<sup>23</sup>.

---

anticipos a cuenta de los créditos correspondientes, habrán de deducirse de las cantidades efectivamente adeudadas. Sin embargo, no cabe deducir esas cantidades del tope máximo que se aplique legalmente, de forma que resulte un tope inferior más restrictivo; porque eso resultaría contrario al mínimo de protección asegurado. En realidad en este caso el Estado italiano introducía legalmente un límite a las prestaciones, y pretendía que las cantidades anticipadas redujeran, no el crédito, sino ese límite/tope. En este caso, en síntesis, el TJCE niega margen de maniobra estatal para limitar la garantía.

<sup>19</sup> A tenor del artículo 5 de la citada Directiva, «Los Estados miembros fijarán las modalidades de la organización, de la financiación y del funcionamiento de las instituciones de garantía, observando en especial los principios siguientes: a) el patrimonio de las instituciones deberá ser independiente del capital de explotación de los empresarios, y estar constituido de tal forma que no pueda ser embargado en el curso de un procedimiento en caso de insolvencia; b) los empresarios deberán contribuir a la financiación, a menos que ésta esté garantizada íntegramente por los poderes públicos; c) la obligación de pago de las instituciones existirá independientemente del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación».

<sup>20</sup> STJCE de 16 de julio de 2009, *Visciano*, 69/08. se mantiene en esta sentencia que los artículos 4, 5 y 10 de la Directiva 80/987 permiten que los Estados Miembros fijen las modalidades de la organización, de la financiación, y del funcionamiento de la institución de garantía, pero no prevé, ni una limitación temporal para el ejercicio de los derechos que se reconocen a los trabajadores asalariados, ni limitaciones a la posibilidad de que los Estados establezcan un plazo de prescripción. Se mantiene así la doctrina contenida en la STJCE de 18 de septiembre de 2003, *Pflücke*, C-125/01 (Rec. p. I-9375). En estas circunstancias los Estados serían libres para establecer disposiciones que fijasen un plazo de prescripción para la presentación de la solicitud para obtener el pago de la garantía en caso de insolvencia; siempre que las disposiciones no fuesen menos favorables que las correspondientes a reclamaciones similares de Derecho interno, (conforme al principio de equivalencia), y siempre que no estuviesen articuladas de tal manera que hiciera imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico comunitario conforme al principio de efectividad.

<sup>21</sup> 1. Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia...la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados será la del Estado miembro en cuyo territorio éstos ejerzan o ejercieran habitualmente su trabajo (...)

<sup>22</sup> TJCE de 10 de marzo de 2011, *Defossez*, C-477/09. El Tribunal de Luxemburgo, a falta de regla aplicable, resuelve afirmativamente la cuestión de si un trabajador que presta habitualmente sus servicios en un Estado distinto de aquel en el que su empresa tiene el domicilio social (sin que esta empresa tenga también establecimiento en aquel Estado en el que presta servicios el trabajador, de lo que resultaría aplicable el Art. 9 de la Directiva 2008/94), puede acogerse a las garantías del Estado de prestación de servicios (*lex loci laboris*) si resultaran más favorables que la del Estado de la institución competente por razón del domicilio social de la empresa. Se observa un principio subyacente potente: el de efectividad de la garantía, como mayor protección del trabajador.

Esta sentencia del año 2011, contiene un pronunciamiento más protector que el de una resolución referida a una cuestión análoga. En efecto, en la STCE de 16 de octubre de 2008, *Svenska Staten genom Tillsynsmyndigheten i Konkursen vs Anders Holmqvist*, C-310/07, se interpreta el Art. 8 bis de la directiva en su versión revisada por la Directiva 2002/74 para interpretar estrictamente la cláusula que sirve de punto de conexión «empresa establecida en un Estado Miembro que tiene actividades en el territorio de otro Estado y no tiene filial o establecimiento permanente», en el sentido de que la mera entrega de mercancías en un Estado por un trabajador ligado a una empresa de transportes no permite concluir que esa empresa tiene presencia económica permanente en dicho Estado a efecto de aplicar una normativa más favorable en materia de insolvencia empresarial.

<sup>23</sup> STJCE de 10 de febrero de 2011, *Andersson* 30/10. En esta sentencia se interpreta el Art. 10. c) de la Directiva, en el sentido de considerar conforme al ordenamiento comunitario la regla nacional que limita la protección de los créditos en caso de trabajadores que haya sido propietarios de una parte esencial de la empresa y hayan ejercido una influencia considerable en sus actividades en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso de dicha empresa.

33. En esta línea de interpretación extensiva de la finalidad social de la Directiva, en orden a garantizar los créditos salariales de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial, se insertaría, *a priori*, de un modo obvio, la sentencia *van Ardennen*. Por cuanto considera contraria a la Directiva 80/987 la regla de Derecho Interno neerlandés que establece el descuento de cantidades garantizadas por la Directiva en los casos en que se incumpla el plazo establecido para cumplir la obligación de registro como demandante de empleo. Porque esa obligación de registro no trata de evitar un fraude, ni el plazo exigido para cumplirla puede ser considerado un plazo de prescripción, ni la cantidad acordada de descuento es equivalente a un tope máximo.

### III. O ¿el rechazo tácito por el Derecho Comunitario de la imbricación de instituciones jurídicas por las legislaciones nacionales?

34. No obstante lo anterior, y sin que se manifieste como una de las finalidades del Tribunal, parece que *de facto* la sentencia *Van Ardennen* incorpora un intento no expreso de deslindar ciertas instituciones jurídicas. Instituciones que, en la legislación nacional podrían aparecer entrelazadas; como es el caso de la insolvencia empresarial que concluye con extinciones contractuales, y la protección por desempleo. Pero que no es pertinente confundir en la vertiente comunitaria. Tanto más cuanto se trata de materias que no responden de un modo homogéneo a la distribución competencial del Derecho Originario.

35. En el caso resuelto por la sentencia *van Ardennen* se presenta el siguiente supuesto de imbricación jurídica: en la legislación neerlandesa se prevé que las rentas del trabajo que se perciban durante un periodo coincidente con un periodo cubierto por las garantías en caso de insolvencia, se han de descontar del *quantum* garantizado. Y esto no deja de tener lógica, atendiendo a las reglas de compatibilidad establecidas por el Tribunal. Pero, simultáneamente, se incorpora en esa estructura un elemento ajeno a la situación de insolvencia, cual es la obligación de registro como demandante de empleo.

36. En puridad, la situación de insolvencia es cierto que puede generar una situación de desempleo respecto de los trabajadores de una determinada empresa, en la medida en que la insolvencia puede conllevar la extinción de relaciones laborales preexistentes. Pero eso no justificaría en modo alguno que las garantías económicas se hayan de limitar (mediante descuentos) atendiendo a si ha habido un acto formal de registro como demandante de empleo.

37. Si bien es cierto que la obligación de registro como demandante de empleo forma parte del tracto jurídico de la protección por desempleo en la mayoría de los ordenamientos nacionales<sup>24</sup>, no tiene lógica en un marco como el de la protección de los créditos salariales en caso de insolvencia empresarial.

38. Independientemente de que la insolvencia concluya con una extinción contractual, incluso independientemente de que el trabajador asalariado afectado por la insolvencia de su empresarial tenga o no voluntad de encontrar un nuevo empleo, lo cierto es que hay, previamente a la insolvencia, un crédito salarial; que como consecuencia de la insolvencia corre el riesgo de no ser satisfecho al acreedor. Y en este sentido la normativa comunitaria exige la intervención de los Estados Miembros, para que actúen como garantes.

---

<sup>24</sup> En efecto, es habitual, sin que proceda mayor detalle, que las legislaciones nacionales de Seguridad Social contengan plazos para el cumplimiento de la obligación de registro como demandante de empleo, pero a efectos de la percepción de una prestación de desempleo. En efecto, en ese tracto prestacional, la inscripción como demandante de empleo forma parte de los mecanismos de objetivación de la situación protegida (el desempleo) y eliminan zonas de inseguridad jurídica. Porque el sujeto que se inscribe como demandante de empleo una vez extinguida una relación laboral previa deviene merecedor de una prestación económica sustitutiva de las rentas del trabajo que deja de percibir. Y es merecedor de esa protección porque pretende abandonar la situación de desempleo, para lo cual se inscribe como demandante de empleo. En esa lógica, en los ordenamientos de Seguridad Social, es habitual que el desempleado que se retrasa en el cumplimiento en plazo de la obligación de registro como demandante de empleo vea mermada su prestación. Porque se penaliza su falta de diligencia y la falta de voluntad de abandonar la situación de desempleo.

**39.** Por eso, pareciera que el Tribunal de Justicia tiene la intención de mantener la pureza de las instituciones y de la legislación comunitaria (insolvencia y garantías de los trabajadores en el marco de la armonización de legislaciones nacionales), sin admitir que se mezclen otras instituciones propias de otros ámbitos competenciales propios de los Estado Miembros (legislaciones de Seguridad Social y empleo).

**40.** Entremezclar esas instituciones se justifica dentro de un ordenamiento nacional considerado como un sistema normativo autista, porque permite (como afirma la entidad neerlandesa que gestiona las prestaciones de insolvencia en la sentencia *van Ardennen*) con un margen de eventualidad muy amplio, evitar cargas al fondo de insolvencia: si un trabajador afectado por una situación de insolvencia no se registra en plazo como demandante de empleo tiene, en teoría, menos oportunidades de encontrar una nueva ocupación de la que obtener rentas del trabajo. Y así, sus créditos garantizados por el fondo de insolvencia no podrían ser reducidos en esas cantidades.

**41.** En cambio, en un contexto en el que los ordenamientos no son compartimentos estancos, no encuentra justificación jurídica condicionar la efectividad plena de las garantías en caso de insolvencia empresarial, al cumplimiento de una obligación formal. O dicho dentro modo, no solo ha de primar la vertiente material o sustantiva, sobre la adjetiva o procedimental, sino que no cabe instrumentalizar de modo alguno la obligación de registro como demandante de empleo para enervar la finalidad social de la Directiva 80/987. Porque pertenecen a esferas distintas (Empleo *vs.* Insolvencia empresarial)<sup>25</sup>.

**42.** La obligación de inscribirse formalmente como demandante de empleo traduce una obligación abstracta de diligencia del trabajador que ha perdido involuntariamente su empleo, y pretende encontrar uno nuevo. Y el cumplimiento de dichas obligaciones tiene una consecuencia jurídica (prestación de Seguridad social, por ejemplo) que recompensa la diligencia y compensa la pérdida de ingresos *pro futuro*. Pero no es menos cierto que esos elementos no guardan una relación natural con la insolvencia empresarial y las garantías de los créditos no satisfechos.

**43.** Por su parte, la insolvencia tampoco es una situación fáctica/jurídica provocada por el trabajador, pero la prestación por insolvencia diseñada en la legislación neerlandesa no es una prestación que compense la pérdida, *hacia el futuro*, de rentas del trabajo. Sino que concreta la garantía estatal de unos créditos salariales, nacidos antes de la situación de insolvencia y que no han sido satisfechos por el empresario. O dicho de otro modo, la prestación por insolvencia permite mantener la integridad patrimonial última del trabajador cuyo empresario es declarado en situación de insolvencia. Por eso no tiene justificación el descuento de cantidad alguna en caso de retraso en el cumplimiento de una obligación accesoria en materia de (des)empleo. Y sólo no esta justificado sino que atenta con la finalidad social de la Directiva 80/987.

**44.** En suma, en la sentencia *van Ardennen*, el Tribunal mantiene, expresa y tácitamente, con la insistencia jurisprudencial histórica, que hay un principio axiológico que ha de guiar cada uno de los intentos legislativos nacionales de implementación de la Directiva 80/987: la finalidad social de la protección en caso de insolvencia que exige mantener un mínimo de protección. Y con esta premisa, las distintas legislaciones nacionales parecen encorsetadas en los términos de las habilitaciones que contienen los artículos 4, 5 y 10 de la Directiva.

**45.** Por esta razón, quizás, se puede entrever que el Tribunal pretenda mantener la pureza jurídica de las instituciones concurrentes. Como consecuencia de la atribución de competencias en el Derecho Originario, la Unión no cuenta con facultades jurídicas expresas en materia de Seguridad Social o Empleo. Pero sí es garante de la homogeneidad de la protección de derechos laborales de los trabajadores.

---

<sup>25</sup> Pareciera que la causa de la confusión que se hace patente en la sentencia *van Ardennen* tiene que ver con el hecho que la UVW es la entidad que gestiona las prestaciones por insolvencia, y además llevaría a cabo la gestión del (des)empleo.

Derechos que no pueden verse mermados como consecuencia de la infiltración de lógicas exógenas. El derecho a la garantía de los créditos salariales (topados o limitados como permite la Directiva 80/987) no ha de verse conformado por elementos propios de la protección del desempleo.

46. La sentencia *van Ardennen*, entonces, contiene subrepticamente una labor de profilaxis jurídica, a través de una nueva consideración del mínimo de protección en el que se concreta la finalidad de la Directiva 80/987. Y, mediante su labor hermenéutica diseña un nuevo concepto de mínimo social, que sin dejar de ser cuantitativo (porque no cabe aplicar descuentos que impidan una protección plena de los créditos impagados), perfila una perspectiva más cualitativa. Y no es admisible que elementos formales ajenos a la lógica protectora de la normativa comunitaria en materia de insolvencia (inscripción como demandante de empleo) condicionen la ganantía económica misma.

47. Para concluir, si la Unión no puede atribuirse competencias en ciertas materias, los Estados miembros –entiende el Tribunal de Luxemburgo– no pueden pretender valerse de cualesquiera instrumentos para organizar sus ordenamientos internos.

# EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL DEL DEMANDANTE Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA: EL ASUNTO LINDNER

M<sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Prof. Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 17.01.2012 / Aceptado: 23.01.2012

**Resumen:** En la Sentencia de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10, *Lindner*, el TJUE establece que el Reglamento 44/2001 no se opone a la aplicación de una normativa nacional de un Estado miembro que permite la tramitación de un procedimiento contra personas sin domicilio conocido. Asimismo el Tribunal de Justicia reitera que la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I requiere un elemento de extranjería, ofreciendo una particular interpretación del foro previsto en el art. 16.2 del Reglamento con la finalidad de evitar una denegación de justicia del demandante.

**Palabras clave:** competencia judicial internacional, consumidores, notificación de la demanda a un curador *ad litem* designado por el órgano jurisdiccional, domicilio desconocido del demandado, derechos de defensa.

**Abstract:** In its judgment of 17 November 2011, C- 327/10, *Lindner*, the ECJ established that Regulation 44/2001 does not oppose the application a provision of national law of a Member State enables proceedings to be brought against persons whose domicile is unknown. Also the Court reiterates that the application of the rules of jurisdiction of the Brussels I Regulation requires the existence of an international element, offering a particular interpretation of the forum article 16(2) of the Regulation with a view to avoiding situations of the denial of justice of the applicant.

**Key words:** international jurisdiction, consumers, notification of the action served on a guardian *ad litem* appointed by the court, persons whose domicile is unknown, rights of defence.

**Sumario:** I. Introducción. II. Los hechos y las cuestiones planteadas al Tribunal. III. La internacionalidad del litigio como presupuesto de aplicación del Reglamento Bruselas I. IV. Los foros de competencia en el caso *Lindner*. La particular interpretación del art. 16.2 del Reglamento Bruselas I. V. Los distintos sistemas de notificación y la protección de los derechos de defensa.

## I. Introducción

1. En la Sentencia objeto del presente comentario el TJUE resuelve la polémica cuestión de la compatibilidad del Reglamento 44/2001 con las distintas legislaciones estatales de los Estados miembros que prevén modos de notificación por sustitución (o ficticios) en aquellos supuestos en los que no es posible localizar el domicilio del demandado. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente checo pregunta al Tribunal si las normas del Reglamento se oponen a la aplicación de una normativa nacional en virtud de la cual, al interponerse una demanda contra un demandado sin domicilio conocido, puede designarse un curador *ad litem* que represente a dicho demandado en el marco de un procedimiento.

Junto a esta cuestión el Tribunal nos ofrece una interpretación teleológica del foro del domicilio del consumidor previsto en el art. 16.2 RBI para de evitar una denegación de justicia al demandante. El difícil equilibrio entre los derechos de defensa del demandado y el derecho a la tutela judicial del demandante se encuentra latente en todo el razonamiento del Tribunal, que pasamos a analizar.

## II. Los hechos y las cuestiones planteadas al Tribunal

2. El asunto se presenta en el marco de un litigio entre Hypotecni banka a.s y el Sr. Lindner, nacional alemán con domicilio actual desconocido, con la finalidad de obtener el pago de una cantidad (aproximadamente 4'4 millones de coronas checas) correspondiente a cuotas impagadas de un crédito hipotecario que dicho banco había concedido al Sr. Lindner, en virtud de un contrato de préstamo hipotecario celebrado el 19 de agosto de 2005, para financiar la compra de un inmueble. En la fecha de celebración del contrato el Sr. Lindner estaba domiciliado en la República Checa. Según lo estipulado el Sr. Lindner se comprometió a informar al banco de todo cambio de domicilio, acordando las partes en una cláusula del contrato que, en caso de controversia, sería competente el tribunal de la localidad donde estaba sita la demandante, determinado según el domicilio social de ésta inscrito en el Registro Mercantil en el momento de la presentación de la demanda.

El 16 de septiembre de 2008 la demandante en el procedimiento principal presenta demanda contra el Sr. Lindner. Según consta en la resolución de remisión en la fecha de celebración del contrato el supuesto domicilio del Sr. Lindner distaba más de 150 Km de Praga, sede del órgano jurisdiccional de competencia general correspondiente al banco designado por las partes contratantes. No obstante, el banco alega que ejercitó la acción ante el «*órgano jurisdiccional de competencia general correspondiente al demandado*», en vez de ante «*el órgano jurisdiccional de competencia general correspondiente al domicilio social del banco*», porque, cuando presentó la demanda, no pudo, por motivos ajenos a su voluntad, aportar el contrato original y cumplir con ello el requisito legal para la presentación de una demanda ante este último órgano jurisdiccional.

En octubre de 2008 el órgano jurisdiccional remitente expide requerimiento de pago mediante el que ordenaba al demandado abonar a la demandante la cantidad reclamada más los intereses de demora, condenándolo en costas. No obstante, dicho requerimiento de pago fue posteriormente anulado al no poder ser notificado personalmente al demandado, tal como exige el art. 173.1 de la Ley Enjuiciamiento Civil checa<sup>1</sup>.

Como el demandado no residía en ninguna de las direcciones conocidas por el órgano jurisdiccional remitente y como este tribunal no consiguió averiguar otro lugar de residencia del demandado en territorio checo, se nombró, mediante resolución de 3 de junio de 2009, un curador para representar al demandado (a quien se consideró persona con domicilio desconocido)<sup>2</sup>. Mediante escrito de 26 de octubre de 2009 el primer acto procesal tramitado por el curador *ad litem* fue formular oposición en cuanto al fondo con respecto a las pretensiones del banco en materia de intereses.

3. En estas circunstancias el órgano jurisdiccional remitente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) *El hecho de que una de las partes de un procedimiento judicial sea nacional de un Estado distinto del Estado en que se tramita el procedimiento, ¿tiene una repercusión transfron-*

<sup>1</sup> A tenor de lo dispuesto en el art. 173, apartado 1, de la Ley de Enjuiciamiento Civil checa, el requerimiento de pago deberá notificarse al demandado personalmente, quedando excluida cualquier otra modalidad de notificación.

<sup>2</sup> Conforme a lo previsto en el art. 29.3 de la Ley de Enjuiciamiento checa, el Presidente de Sala, si no adopta otras medidas, podrá nombrar a un curador para una parte cuyo domicilio se desconozca. El órgano jurisdiccional remitente aportó una sentencia, de 31 de marzo de 2005, en la que el Tribunal Constitucional checo estableció que: «*La función del curador fue establecida al objeto de defender los intereses del rebelde hasta la resolución del litigio del mismo modo que lo debería hacer un representante contractual... Sin embargo, cuando un tribunal designa un curador como representante de una parte procesal, es responsable de velar por que el curador defienda los derechos e intereses legítimos de ésta...*».

- riza en el sentido del art. 81 (anteriormente art. 65) del Tratado, que constituye uno de los requisitos para que el Reglamento n° 44/2001 sea aplicable?
- 2) ¿Se opone el Reglamento n° 44/2001 a la aplicación de disposiciones de Derecho nacional que permiten la tramitación de un procedimiento contra personas sin domicilio conocido?
  - 3) Si la respuesta a la segunda cuestión de negativa, ¿las alegaciones realizadas por un curador del demandado, designado judicialmente para el caso de autos, pueden considerarse en sí mismas un sometimiento del demandado a la competencia del tribunal a efectos del art. 24 del Reglamento n° 44/2001, incluso cuando el objeto de la controversia sea una reclamación derivada de un contrato celebrado con un consumidor y los tribunales de la República Checa no tengan competencia, conforme al artículo 16, apartado 2, de dicho Reglamento, para resolver dicha controversia?
  - 4) ¿Puede considerarse que un pacto sobre la competencia territorial de un determinado órgano jurisdiccional determina la competencia internacional del órgano jurisdiccional elegido a efectos del artículo 17, punto 3, del Reglamento n° 44/2001, y, de ser así, se aplica también aunque el pacto sobre competencia territorial no sea válido por ser contrario al art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13?»

### III. La internacionalidad del litigio como presupuesto de aplicación del Reglamento Bruselas I

4. Condición *sine qua non* para la aplicabilidad de las reglas de competencia del Reglamento Bruselas I es la internacionalidad del litigio. Y precisamente, con la primera cuestión prejudicial, lo que el órgano jurisdiccional remitente trata de dilucidar es si dicho carácter internacional puede consistir en que el demandado en el procedimiento principal sea nacional de otro Estado.

5. Para responder a la pregunta formulada el Tribunal de Justicia recuerda que, tal y como estableció en el caso *Owusu*, para que exista un elemento de extranjería en el litigio es suficiente con que un tribunal de un Estado miembro se plantee cuestiones relativas a su competencia en el orden internacional<sup>3</sup>. Por tanto, la cuestión relativa a la competencia judicial internacional de un órgano puede plantearse en un supuesto, como el presente, en el que el demandado es nacional de otro Estado miembro y se desconoce su domicilio.

En contra de la aplicabilidad del Reglamento Bruselas I se habían mostrado los Gobiernos húngaro, danés y neerlandés puesto que, a su juicio, en el diseño de las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento la nacionalidad del demandado no tiene ninguna importancia al estar vinculadas al criterio del domicilio. No obstante, este planteamiento es erróneo porque una cosa es saber cuándo se aplican las reglas de competencia del Reglamento Bruselas I y otra distinta es la relativa a los criterios en que se basa la competencia internacional conforme a dichas reglas. Tal y como afirma la Abogado General, en el punto 65 de sus conclusiones, «*las disposiciones que invocan estos Gobiernos incluyen los criterios en los que se basa la competencia internacional, en tanto resultan aplicables las reglas de competencia del Reglamento. De dichos criterios, por el contrario, no cabe deducir cuándo se aplican las reglas de competencia del Reglamento*».

Y las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro no sólo se plantean cuando los domicilios de las partes estén en distintos Estados o por el lugar donde ocurre el hecho controvertido del litigio, sino que también pueden suscitarse en el caso de que el demandado es nacional de otro Estado miembro y el órgano jurisdiccional desconoce su domicilio<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Sentencia de 1 de marzo de 2005, asunto C-281/02, *Owusu*, Rec. 2005, p. I-01383. Vid, entre otros, G. PALAO MORENO, «El *forum non conveniens* es incompatible con el Convenio de Bruselas», *La Ley* 2005, núm. 6306, pp. 1-5.

<sup>4</sup> Tal y como afirma el Informe *Jenard al Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, p. 129, el elemento de extranjería que determina la aplicación de las reglas de competencia del Convenio no está definido, dependiendo de las circunstancias concretas del litigio presentado ante el tribunal. Un elemento de extranjería podría darse en el caso del que el demandado fuera extranjero.

6. Por todo ello afirma el Tribunal que el Reglamento 44/2001 «*debe interpretarse en el sentido de que la aplicación de las reglas establecidas en dicho Reglamento presupone que la situación controvertida en el litigio del que conoce un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda plantear cuestiones relativas a la determinación de la competencia internacional de dicho órgano jurisdiccional. Tal situación se produce en un caso como el del litigio principal, en el que un tribunal de un Estado miembro conoce de una demanda presentada contra un nacional de otro Estado miembro cuyo domicilio desconoce dicho tribunal*».

#### IV. Los foros de competencia en el caso *Lindner*. La particular interpretación del art. 16.2 del Reglamento Bruselas I

7. Siendo aplicable el Reglamento Bruselas I la cuestión a dilucidar es qué foro o criterio de competencia judicial internacional es operativo en un supuesto, como el que analizamos, en el que el domicilio del demandado es desconocido. Y aquí la sorpresa del razonamiento del Tribunal se encuentra en el dato de que no entra a analizar ni la competencia basada en el foro de la comparecencia –art. 24 RBI–, ni la posible aplicación del foro de la autonomía de la voluntad ex art. 17.3 del Reglamento (recuérdese que las partes en una cláusula del contrato habían acordado que, en relación con las eventuales controversias derivadas del contrato, sería competente el órgano jurisdiccional de competencia general correspondiente al banco, determinado según el domicilio social de éste inscrito en el Registro Mercantil en el momento de presentación de la demanda). En contraposición tanto la Abogado General como todas las partes que presentaron alegaciones, sí entraron en el análisis de dichas disposiciones<sup>5</sup>.

De esta forma el Tribunal de Justicia elude responder a las dos últimas cuestiones prejudiciales planteadas puesto que, a su juicio, tratándose de un contrato celebrado con un consumidor en el sentido del art. 15.1.c) del Reglamento, el único foro a barajar es el del art. 16.2 RBI<sup>6</sup>. Ahora bien y dada las peculiaridades del supuesto –demandado sin domicilio conocido– el Tribunal se ve en la obligación de reinterpretar el foro consagrado en la norma<sup>7</sup>.

8. Conforme a lo que establece el art. 16.2 del Reglamento Bruselas I «*la acción entablada contra el consumidor por la otra parte contratante sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor*», por lo que la primera cuestión que debió verificar el órgano checo era saber si el demandado estaba domiciliado en su territorio, aplicando para ello, con arreglo al art. 59.1 del Reglamento, su propio derecho. Si, como sucede en el litigio principal, el juez

<sup>5</sup> Por lo que se refiere a la tercera cuestión prejudicial la Abogado General, Sra. Verica Trstenjak, consideró que si es cierto que el art. 24 RBI es aplicable a los contratos celebrados por los consumidores hay que precisar, no obstante, que la comparecencia de un curador designado para un demandado sin la voluntad ni el consentimiento de éste no supone una comparecencia del demandado en el sentido de dicha norma y, por consiguiente, no fundamenta la competencia del órgano jurisdiccional ante el que comparece el curador.

Sobre la cuarta cuestión la Abogado afirmó que «*si de un pacto sobre la competencia territorial de un tribunal también se infiere la voluntad de las partes de celebrar un pacto tácito sobre la competencia internacional de los tribunales del Estado miembro en cuestión, tal pacto tácito puede fundamentar la competencia internacional de un tribunal de ese Estado miembro conforme al artículo 17.3 del Reglamento 44/2001. El hecho de que el pacto sobre la competencia territorial no sea vinculante debido a su carácter abusivo conforme al artículo 3, apartados 1 y 6, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, normalmente no afecta al pacto sobre la competencia internacional, salvo que de la voluntad de las partes se deduzca algo distinto*».

<sup>6</sup> Para una valoración de los foros de competencia en materia de consumidores vid. entre otros, R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968», *REDI*, núm. 1, 1996, pp. 39-70; E. FERNÁNDEZ MASÍ, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm. 63, octubre de 2002, pp. 10-37; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol II, 10ª ed, Comares, Granada, 2009-2010, pp. 651-684; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores», en S. CÁMARA LAPUENTE (dir), *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, Colex, Madrid, 2011, pp. 2339-2353.

<sup>7</sup> A juicio de la Abogado General sólo sería posible que el órgano jurisdiccional remitente aplicase el art. 16.2 RBI cuando no pudiera fundamentar su competencia sobre la base de los arts. 24 y 17.3 del Reglamento. En el supuesto de que no pudiera determinar el domicilio del demandado, debería acudir al art. 4 del Reglamento.

nacional llegó a la conclusión de que el demandado carecía de domicilio en su Estado, debió dilucidar si el demandado estaba domiciliado en otro Estado miembro, conforme al derecho de ese otro Estado miembro (art. 59.2 RBI). Y si hubiera llegado a la conclusión de que estaba domiciliado fuera del territorio de la Unión debió haber aplicado el art. 4 del Reglamento.

Tal y como se desprende de los hechos relatados el tribunal de origen únicamente pudo deducir, de todas las comprobaciones realizadas, que el demandado no estaba domiciliado en la República Checa, aunque no pudo saber con certeza cuál era su lugar de residencia (si en otro Estado miembro o en un tercer Estado)<sup>8</sup>. Por tanto, siendo imposible localizar al demandado y llegando al convencimiento de que no estaba domiciliado en su Estado, el art. 16.2 del Reglamento devenía inaplicable. Pero como tampoco sabía si estaba domiciliado en un tercer Estado, no aplicó el art. 4 del Reglamento (que quizás es, como apunta la Abogado General, lo que debería haber realizado)<sup>9</sup>.

9. Y es ante esta situación, demandado ilocalizable, cuando el Tribunal de Justicia se plantea si podría interpretarse el art. 16.2 del Reglamento en el sentido de que «*en un supuesto como el descrito, la regla de competencia de los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el domicilio del consumidor; establecida en este último precepto, comprende igualmente el último domicilio conocido del consumidor*» (nótese que, a diferencia de lo que ocurre en sede de ley aplicable, el foro del art. 16.2 RBI no se concreta en el tiempo)<sup>10</sup>. Para poder comprender este planteamiento hay que tener en cuenta dos datos muy importantes: de un lado, que en el contrato existía una cláusula conforme a la cual el demandado estaba obligado a comunicar a la demandante cualquier cambio de domicilio; y por otra parte, que al ser imposible localizar al demandado se impediría determinar el órgano jurisdiccional competente, lo que supondría privar al demandante de su derecho a la tutela judicial.

A juicio del Tribunal de Justicia esa interpretación de la norma es la más conveniente puesto que responde a la lógica del Reglamento y encaja en el marco del sistema que establece. En primer lugar, y como afirma en el motivo 44, dicha solución sería conforme con el objetivo del Reglamento consistente en reforzar la protección jurídica de las personas domiciliadas en la Unión ya que permite al demandante determinar fácilmente el tribunal ante el que puede interponer su acción y posibilita al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado<sup>11</sup>. De otro lado, al privilegiar la aplicación de las reglas uniformes establecidas en el Reglamento frente a las divergentes soluciones nacionales, la regla propuesta permite evitar que el hecho de que sea imposible localizar el domicilio actual del demandado impida determinar el órgano jurisdiccional competente y prive al demandante de su derecho a la tutela judicial (motivo 45).

En el caso que analizamos ¿ante qué tribunal presenta el banco la demanda si el Sr. Lindner renuncia a su domicilio antes de interponerse acción en su contra, siendo imposible localizarlo?, ¿cómo se hace efectivo el derecho a la tutela del demandante?

<sup>8</sup> En efecto, el demandado ya no residía en la dirección que la demandante en el procedimiento principal había indicado como su domicilio. En una comunicación proporcionada por el Departamento de extranjería de la policía checa consta que el demandado tampoco residía en la dirección que en el Registro civil central aparecía como residencia permanente del demandado en el procedimiento principal. Según la información policial el demandado en sus estancias en la República Checa vive únicamente en pensiones o apartamentos privados. Según la información del servicio de prisiones el demandado no había cumplido ninguna condena de prisión ni había estado detenido en el territorio de la República Checa. El órgano jurisdiccional remitente tampoco pudo comprobar si el demandado tenía algún familiar en dicho país que pudiera aportar información sobre su lugar de residencia. De todo ello infiere el órgano jurisdiccional remitente que el demandado no estaba domiciliado en el territorio de la República Checa.

<sup>9</sup> Téngase en cuenta que una de las novedades que se prevé en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I es ampliar las normas de competencia judicial a los demandados domiciliados en terceros Estados. *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Documento (COM) 748, 14 de diciembre de 2010. Para una valoración de la reforma propuesta vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, «Extensión de los foros de protección del consumidor a demandados domiciliados en terceros Estados», *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. IX, 2009, pp. 285-306.

<sup>10</sup> En virtud de lo dispuesto en los arts. 6 y 19 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) puede deducirse que la residencia habitual (del consumidor) es la determinada en el momento de la celebración del contrato. Para su estudio vid. B. AÑOVEROS TERRADAS, *Los contratos de consumo intracomunitarios (Cuestiones de Derecho aplicable)*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, p. 209.

<sup>11</sup> En este punto el Tribunal cita su Sentencia de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising GmbH/X y otros* (aún no publicada).

10. De este modo el criterio del último domicilio conocido del consumidor permite garantizar un justo equilibrio entre los derechos del demandante y los del demandado. Es cierto que el demandado-consumidor, como parte débil del contrato, debe tener un *plus* de protección y por ello se justifica el foro del Estado miembro de su domicilio. Ahora bien, una cosa es establecer un foro de protección y otra muy distinta vaciarlo de contenido, dando amparo a comportamientos fraudulentos.

Sobre la base de todas estas consideraciones el Tribunal de Justicia concluye que: «*en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que un consumidor que ha firmado un contrato de préstamo inmobiliario de larga duración, el cual establece la obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio, renuncia a su domicilio antes de la interposición de una acción en su contra por incumplimiento de sus obligaciones contractuales, los tribunales del Estado miembro en el que se encuentre el último domicilio conocido del consumidor son competentes, en virtud del art. 16, apartado 2, de dicho Reglamento para conocer de esta acción en caso de que no logren determinar; con arreglo al artículo 59 del mismo Reglamento, el domicilio actual del demandado ni dispongan tampoco de indicios probatorios que les permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea*».

11. A nuestro juicio, la interpretación teleológica de la norma debe entenderse en función de las circunstancias del supuesto y aplicarse sólo en casos excepcionales (funcionando como un *forum necessitatis*). La regla general es que la demanda contra un consumidor tiene que presentarse ante los tribunales del Estado miembro donde está domiciliado y sólo cuándo sea totalmente imposible localizar su domicilio podrá ser demandado en el Estado miembro en el que se encuentra el último domicilio conocido. Corresponderá al tribunal de origen realizar, con la mayor diligencia posible, esa labor de verificación y sólo cuando llegue al estricto convencimiento de que no puede localizar al demandado (ni en su Estado, ni en otro Estado miembro, ni en un tercer Estado) podrá fundamentar su competencia en el sentido propuesto<sup>12</sup>.

12. Ahora bien, siendo competente un tribunal de un Estado miembro para conocer del litigio ¿puede seguirse el procedimiento? ¿se opone el Reglamento a la aplicación de la disposición checa que, en tales circunstancias, prevé la designación de un curador *ad litem*? Y aquí se manifiesta, de nuevo, la tensión entre el derecho de defensa del demandado y el derecho a la tutela judicial del demandante.

## V. Los distintos sistemas de notificación y la protección de los derechos de defensa

13. Mediante la segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho interno de un Estado miembro que permite la tramitación de un procedimiento contra personas sin domicilio conocido.

Es la primera vez que el Tribunal de Justicia entra de lleno a valorar la delicada cuestión de la compatibilidad de los distintos sistemas de notificación ficticios con el Reglamento Bruselas I planteándose otra vez la necesidad de establecer un equilibrio entre el derecho de defensa del demandado y la tutela judicial del demandante. Recuérdese, por ejemplo, que la pregunta ya fue formulada al Tribunal en el asunto *Scania*, con ocasión de la normativa francesa de «*remise au parquet*», aunque no fue respondida<sup>13</sup>; y que cuestiones similares se han planteado en el asunto C-292/10 (pendiente de ser resuelto)<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Tal y como afirma la Abogado General como el Reglamento no regula los requisitos relativos a la ejecución de esa labor de comprobación, el tribunal de origen deberá realizarla aplicando sus normas (vid. puntos 118-121 de las Conclusiones).

<sup>13</sup> STJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C-522/03, *Scania Finance France SA/ Rockinger*, Rec. 2005, p. I-08639. Vid. nota de M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *REDI*, núm. 2, 2005, pp. 981-985.

<sup>14</sup> En dicho asunto se pregunta acerca de si el art. 6 TUE, en relación con el art. 47.2 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se opone a la normativa alemana que prevé una notificación pública (en concreto, por exposición durante un mes de la comunicación de la notificación en el tablón de anuncios del órgano jurisdiccional que acuerda la notificación), en el supuesto de que no sea posible la notificación por falta de residencia del demandado en la dirección indicada, siendo imposible localizar su paradero.

14. El Tribunal comienza recordando que el Reglamento Bruselas I no tiene por finalidad unificar las normas procesales de los distintos Estados miembros, sino únicamente fijar las normas de competencia judicial internacional para la solución de litigios en materia civil y mercantil y facilitar la eficacia de las resoluciones judiciales<sup>15</sup>. Ahora bien, la unificación de las reglas de competencia y la simplificación de las formalidades del reconocimiento y el exequátur no se han conseguido debilitando de la forma que sea los derechos de defensa. En efecto, si hacemos un repaso a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desde la Sentencia *Denilauler* hasta el asunto *Gambazzi*, observamos como una constante ha sido afirmar que todas las resoluciones judiciales deben adoptarse respetando el derecho de defensa.

No obstante, hay que tener en cuenta que el cumplimiento de este requisito debe realizarse respetando, igualmente, el derecho del demandante a acudir a un órgano jurisdiccional para que se pronuncie acerca del carácter fundado de sus pretensiones (art. 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea). Sobre este aspecto no puede olvidarse que, en algunas ocasiones, la interpretación excesivamente amplia del derecho de defensa ha perjudicado a muchos demandantes que confiaron en el sistema establecido por el Reglamento<sup>16</sup>. Por ello el derecho fundamental de defensa no puede concebirse como una prerrogativa absoluta sino que, tal y como indicó el Tribunal de Justicia, en la Sentencia *Gambazzi*, puede implicar restricciones (restricciones que deben responder a objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se trate y no constituir un menoscabo desproporcionado del derecho de defensa)<sup>17</sup>. Un objetivo de interés general podría ser evitar la situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante cuando sea imposible localizar al demandado (como ya declaró el TJUE en la citada Sentencia *Gambazzi* –motivos 31 a 33-).

15. En función de este planteamiento, la cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿el art. 29 de la Ley de Enjuiciamiento Civil checa tiene como objetivo general evitar la situación de denegación de justicia en que se encuentra el demandante cuando es imposible localizar al demandado, sin que exista un menoscabo desproporcionado del derecho de defensa?

Una afirmación que no suscita dudas es que la notificación de la demanda prevista en la norma checa (realizada al curador *ad litem* designado por el órgano jurisdiccional tramitándose el procedimiento sin conocimiento del demandado), implica claramente una restricción del derecho de defensa, tal y como reconoce el propio Tribunal (motivo 53 de su argumentación) y la Abogado General (punto 129 de sus conclusiones)<sup>18</sup>. Cuestión distinta es valorar si, en función de las circunstancias, dicha restricción está o no justificada.

Y aquí tanto el Tribunal de Justicia como la Abogado General conectan la materia con el art. 26.2 del Reglamento de modo que la restricción del derecho de defensa sólo estaría justificada cuando el tribunal de origen se haya cerciorado de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para localizar al demandado. Ante la incomparecencia del demandado el tribunal de origen está obligado, en virtud de lo dispuesto en el art. 26.2 RBI, a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir la demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin. La nor-

<sup>15</sup> Afirmación ya realizada, por ejemplo, en la Sentencia de 5 de febrero de 2004, asunto C-18/02, *DFDS Torline, Rec.* 2004, p. I-01417.

<sup>16</sup> Recuérdese que una de las razones que motivó la reforma del art. 27.2 del Convenio de Bruselas de 1968 fue la necesidad de evitar los comportamientos abusivos de algunos demandados. La interpretación extensiva de dicha norma por parte del Tribunal en las Sentencias de 3 de julio de 1990, asunto C-305/88, *Lancray/Peters (Rec. 1990, p. I-02725)* y de 12 de noviembre de 1992, asunto C-123/91, *Minalmet/Brandeis (Rec. 1992, p. I-05661)* fomentaba la pasividad o, incluso, la mala fe de algunos demandados, situación que fue objeto de duras críticas por parte de la doctrina. Vid, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión del demandado*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pp. 75-97 (y bibliografía allí citada).

<sup>17</sup> Sentencia de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Marco Gambazzi/DaimlerCrysler Canada Inc y CIBC Mellon Trust Company, Rec.* 2009, p. I-02563.

<sup>18</sup> Recuérdese que el propio Tribunal de Justicia en la Sentencia de 11 de junio de 1985, asunto C-49/84, *Carlos Debaecker/Bouwman (Rec. 1985, p. I-1779)*, ya había constatado que en las legislaciones de los distintos Estados miembros existen sistemas de notificación ficticios, aplicables a los casos en que el demandado no tiene domicilio conocido y que la probabilidad de que el demandado tenga conocimiento de la notificación (o haya tenido posibilidad de tener conocimiento de ella), varía razonablemente según el sistema de notificación previsto por cada ordenamiento jurídico.

ma no exige el conocimiento efectivo por parte del demandado del emplazamiento ya que si así fuese, el procedimiento de origen quedaría paralizado sin justificación alguna y es por lo que, tutelando los derechos del demandante, permite al juez de origen continuar con el procedimiento y dictar resolución en rebeldía.

16. Así pues, el art. 26.2 del Reglamento no se opone, en principio, al art. 29 de la Ley de Enjuiciamiento civil checa (interpretación que, según la Abogado General, también sería compatible con los derechos de defensa del demandado establecidos por el derecho primario en el art. 47.2 de la Carta). No obstante, el órgano jurisdiccional remitente debe garantizar que previamente se han realizado todas las investigaciones que exigen la diligencia y la buena fe para buscar el demandado. Realizadas estas comprobaciones el tribunal puede continuar con el procedimiento puesto que, de lo contrario, el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva correría el riesgo de quedar privado totalmente de eficacia. Además, y como apunta la Abogado General, podrían cometerse abusos consistentes en el abandono o cambio regular de domicilio conscientes por parte de demandados que desean eludir la demanda.

Basándose en estos argumentos el Tribunal responde a la segunda cuestión prejudicial afirmando que el Reglamento Bruselas I «no se opone a la aplicación de una disposición procesal interna de un Estado miembro que, con el fin de evitar una denegación de justicia, permite la tramitación de un procedimiento en contra y en ausencia de una persona con domicilio desconocido, siempre y cuando el órgano jurisdiccional que conoce del litigio se haya cerciorado, antes de pronunciarse acerca del mismo, de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado»<sup>19</sup>.

Es el tribunal de origen el que deberá valorar si el concreto modo de notificación previsto en su ordenamiento produce un menoscabo desproporcionado de los derechos del demandado o si, por el contrario, la restricción del derecho de defensa quedaría justificada por la necesidad de tutelar al demandante.

17. Ahora bien, si de la teoría pasamos a la práctica hay que reconocer que esta afirmación puede suscitar muchos problemas en sede de eficacia de las resoluciones dictadas sobre la base de estas normas procesales internas que restringen el derecho de defensa. El propio Tribunal de Justicia deja entrever el problema cuando afirma que el demandado siempre tendrá la posibilidad de ejercitar su derecho de defensa oponiéndose, conforme al art. 34.2 del Reglamento, al reconocimiento de la sentencia dictada en su contra (motivo 54)<sup>20</sup>.

Se plantearán supuestos, como de hecho ya ha sucedido, en los que el tribunal de origen cumpla con el mandato del art. 26.2 RBI y, posteriormente, el tribunal requerido rechace la eficacia de la resolución al haberse producido una lesión de los derechos de defensa. De nuevo el resultado al que se llega es que el demandante ve mermado su derecho a la tutela judicial al no poder beneficiarse de los mecanismos de reconocimiento y exequátur previstos en el Reglamento. La propia jurisprudencia del TJUE corrobora esta afirmación<sup>21</sup>.

Corresponderá al tribunal del Estado miembro requerido ponderar si, en función de las circunstancias del caso, el demandado sufrió lesión de su derecho de defensa o si estuvo justificada la

<sup>19</sup> La Abogado General y todas las partes procesales que presentaron observaciones consideraron que tal disposición es compatible con los requisitos del derecho de la Unión Europea. Hay que recordar que el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la compatibilidad del principio de igualdad y las normas procesales de los Estados miembros (entre otras, Sentencia de 10 de junio de 1994, asunto C-398/92, *Mund & Fester/Hartrex*, Rec. 1994, p. I-00467; Sentencia de 22 de junio de 1999, asunto C-412/97, *EDSrl/Italo Fenocchio*, Rec. 1999, p. I-03845).

<sup>20</sup> En sentido análogo, los Gobiernos neerlandés y húngaro afirmaron que una decisión dictada en aplicación de una disposición nacional como la checa no podría reconocerse ni ejecutarse en otro Estado miembro en virtud del art. 34.2 del Reglamento. La Comisión también afirmó que el art. 34.2 podría ser aplicable.

<sup>21</sup> Por ejemplo, el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 15 de julio de 1982, asunto C-228/81, *Pendy Plastic/Pluskpunt*, Rec. 1982, p. I-02723, afirmó que el juez del Estado requerido puede rechazar el reconocimiento y ejecución de una resolución incluso si la jurisdicción del Estado de origen ha tenido por establecido (en aplicación del, por entonces, art. 20 del Convenio de Bruselas) que el demandado que no ha comparecido había tenido la posibilidad de recibir la comunicación de la cédula de emplazamiento en tiempo suficiente para defenderse.

restricción de ese derecho<sup>22</sup>. Está claro que el Reglamento no ampara comportamientos fraudulentos ni a demandados que no fueron diligentes en el procedimiento de origen pero ¿que ocurrirá, por ejemplo, si el demandado estaba ilocalizable por una causa de fuerza mayor?

La cuestión no es baladí puesto que el motivo de denegación del reconocimiento que más problemas ha planteado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido el de la lesión de los derechos de defensa, derechos que, como se sabe, también son protegidos por la cláusula del orden público (Sentencias *Krombach* y *Gambazzi*). Y precisamente la protección de los derechos de defensa del demandado ha sido el principal argumento invocado en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I en contra de una supresión total del exequátur. Junto al derecho que tiene el demandado de interponer ante el tribunal del Estado miembro de origen un recurso que permita la revisión de la resolución dictada en su contra, se establece la posibilidad de interponer, en supuestos excepcionales, otro recurso en la fase de ejecución (arts. 45 y 46 de la Propuesta de Reglamento)<sup>23</sup>.

**18.** Las circunstancias y elementos de cada caso son los que determinarán la respuesta en un sentido u otro.

---

<sup>22</sup> El propio Tribunal en la citada Sentencia *Gambazzi* afirmó que «corresponderá al órgano jurisdiccional remitente ponderar esos elementos con el fin de apreciar si, a la luz del objetivo de una administración eficaz de la justicia perseguido por la High Court, cabe considerar que la exclusión del Sr. Gambazzi del procedimiento constituye un menoscabo manifiesto y desproporcionado de su derecho a ser oído».

<sup>23</sup> Vid, entre otros, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Review of the Brussels I Regulation: Complete abolition of exequatur?», en *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011, pp. 153-174.

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).