

ESTUDIOS	El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos <i>European Union Private International Law in front of antitrust damages actions</i> ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	7
	La prueba de la condición de heredero en el Derecho europeo de sucesiones: el Certificado Sucesorio Europeo <i>The proof of the condition of heir in the European Succession Law: the European Certificate of Succession</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	179
	Reexaminando la noción de Resolución Alternativa de Disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia 'no jurisdiccional' <i>Reexamining the notion of Alternative Dispute Resolution (ADR) in the context of the right of access to 'non-jurisdictional' justice</i> JULIO-CÉSAR BETANCOURT	211
	Crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y Derecho extranjero Marital crisis, imperativeness of the choice of law rule and Foreign Law LUIS F. CARRILLO POZO	249
	Competencia judicial internacional respecto de actos desleales con los competidores <i>International Jurisdiction in respect of unfair acts with competitors</i> ÁNGEL ESPINIELLA MENENDEZ	276
	Nullità e conformazione dei contratti di impresa ad opera delle autorità indipendenti <i>Nullity and conformation of business contracts by authorities</i> DOMENICO FAUCEGLIA	306
	Alternativas e incertidumbres de las cláusulas de solución de controversias en la contratación marítima internacional <i>Alternatives and uncertainties of the dispute settlement clauses in international maritime contracts</i> JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS	333
	Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión <i>Freedom of testation and freedom of choice of the law applicable to the succession</i> JOSEP MARÍA FONTANELLAS MORELL	376
	El abandono de la gente de mar y el recurso al aseguramiento privado vía P&I: una visión desde España <i>The abandonment of seafarers and their protection through Private Insurance via P&I: a vision from Spain</i> OLGA FOTINOPOULOU BASURKO	409
	Información engañosa sobre un producto y derecho antitrust <i>Misleading information about a product and antitrust law</i> JAVIER FRAMIÑÁN SANTAS	439

The role of party autonomy under the regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships. Some remarks on the coordination between the legal regime established by the new regulations and other relevant instruments of European Private International Law <i>Il ruolo dell'autonomia della volontà nei regolamenti sui rapporti patrimoniali tra coniugi e sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate. Alcune considerazioni sul coordinamento tra il regime giuridico stabilito dai nuovi regolamenti e altri strumenti di diritto internazionale privato europeo</i>	457
CRISTINA GRIECO	
La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos <i>The determination of the habitual place of work as jurisdiction rule and as connecting point in the European regulations</i>	477
JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL	
Environmental taxation and the need for tax limits in the EU legal system <i>Fiscalidad ambiental y la necesidad de límites tributarios en el ordenamiento jurídico de la UE</i>	497
CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR	
Comentarios sobre el Orden Público Internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho internacional público <i>Some reflections regarding International Public policy in international arbitration, its functionality and its interdependence with Public International Law</i>	516
LUIS A. LÓPEZ ZAMORA	
La respuesta europea a las “empresas buzón”: normas y jurisprudencia en el ámbito social, tributario y de transporte <i>A European response to “letterbox companies” in social, tax and transport: rules and case law</i>	536
MIREIA LLOBERA	
State liability and the enforcement of arbitral awards infringing EU law, a zero-sum game after Tomášová? <i>Responsabilidad del estado por inejecución de laudos arbitrales que violan el derecho de la UE, ¿un juego de suma cero tras Tomášová?</i>	567
CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ	
Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe <i>La autonomía de la voluntad y la ley aplicable a los regímenes matrimoniales en Europa</i>	579
ELENA ALINA OPREA	
Dimensión consular de la gestación por sustitución en Derecho internacional privado <i>Consular aspects of surrogate gestation under International Private Law</i>	597
LUIS PERTUSA RODRÍGUEZ	
Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores <i>The implementation of the Istanbul Convention in the recasting of the Brussels II Bis Regulation and its impact on the international child abduction</i>	615
CARMEN RUIZ SUTIL	
Hacia la recuperación de la adopción simple en el Derecho español <i>To the recovery of simple adoption in Spanish Law</i>	642
M ^a JESÚS SÁNCHEZ CANO	
La aplicación del primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos a las prestaciones sociales ¿freno para las reformas de seguridad social? <i>The application of the first additional protocol of the European Human Rights Convention to social benefits, brake for social security reforms?</i>	676
CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO	
Fundamentos de la actividad probatoria en el proceso civil español <i>Fundamentals of the probative activity in the Spanish Civil process</i>	698
JULIO SIGÜENZA LÓPEZ	

Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado <i>Poligamy in Morocco and pension in Spain. The Spanish Supreme Court and the public policy exception</i> MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ - JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ	718
Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas de extranjería <i>A critical view to restoring family legal ties in the Council Directive 2003/86/EC and in the Spanish Immigration Law</i> MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA	732
Measure and discipline in world procurement markets <i>Medición y reglas de los mercados mundiales de contratación pública</i> PABLO ZAPATERO MIGUEL - MARC PETZ	752

VARIA

Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva? <i>Matrimonial property regimen, succession rights of the surviving spouse and European Certificate of Succession: an explosive combination?</i> ISABEL ANTÓN JUÁREZ	769
Crónica de jurisprudencia laboral internacional julio / diciembre 2017 <i>Chronicle of international labor jurisprudence july / december 2017</i> ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ	781
Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, De 29 de junio <i>Child abduction and the Hague Convention on 1980. Comment on the judgment of the Spanish Court of Appeal of Las Palmas de Gran Canaria (Section 3) number 377/2017 of 29th june</i> CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS - PABLO QUINZÁ REDONDO	795
Cambio de apellidos y otros efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª) núm. 319/2017, de 14 de septiembre <i>Change of family names and other effects derived from the dissolution of the marriage. Comment on the judgment of the Spanish Court of appeal of Granada (Section 5) number 319/2017 of 14th september</i> CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS - PABLO QUINZÁ REDONDO	802
La reinterpretación del Forum Societatis: nota a la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-560/16, e.On <i>Forum Societatis revisited: commentary to the ECJ Judgment of 7 march 2018, c-560/16, e.On</i> ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS	811
Derogatio fori, sociedades mercantiles y pluralidad de demandados <i>Derogatio fori, commercial companies and plurality of defendants</i> JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR	821
La notificación en el extranjero de documentos extrajudiciales: los documentos privados <i>The service abroad of extrajudicial documents: private documents</i> MARÍA JESÚS ÉLVIRA BENAYAS	827
La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión <i>The application in Spain of the opinions of international committees: STS 1263/2018, an important turning point</i> CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA	836
Personal de vuelo de las compañías aéreas: tribunal internacionalmente competente en materia de contrato individual de trabajo. (Algunas reflexiones en torno a la STJUE 14 septiembre 2017 asuntos acumulados Crewlink y Ryanair <i>Jurisdiction over individual contracts of employment. (Some reflections on the judgment of the ECJ september 14, 2017, in joined cases Crewlink and Ryanair)</i> AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	852

El arbitraje de inversión en España tras la reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea <i>Investment arbitration in Spain in light of recent jurisprudence from the European Union Court of Justice</i> IBON HUALDE LÓPEZ - VICTORIA SÁNCHEZ POS	866
Foreign overriding mandatory provisions under the regulation (EC) No 593/2008 (Rome I Regulation). Judgment of the European Court of Justice of 18 October 2016, case C-135/15 <i>Leyes de policía de terceros estados en el ámbito del reglamento (CE) No 593/2008 (Reglamento Roma I). Comentario a la STJUE de 18 de octubre de 2016, asunto C-135/15</i> ALEXANDER KRONENBERG	873
El centro de intereses de la persona jurídica: comentario a la sentencia del TJUE de 17 de octubre de 2017, Bolagsupplysningen Oü, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel ab, C-194/16 <i>Centre of interests of that person: comments to the CJUE judgement of 17 October 2017, Bolagsupplysningen Oü, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel ab, C-194/16</i> ANTONIO MERCHÁN MURILLO	887
The temporal scope of the European Succession Regulation and the (in-)validity of joint wills under Polish law. Commentary on the judgment of the Schleswig Higher Regional Court of 25 April 2016, 3 Wx 122/15 <i>El ámbito temporal del Reglamento Europeo de Sucesiones y la (in)validez de las voluntades conjuntas en atención al derecho polaco. Comentario a la sentencia del Schleswig Higher Regional Court del 25 de abril de 2016, 3 Wx 122/15</i> LAURA NASSE	896
Reglamento 1215/2012: foro de sumisión del artículo 25 y foro especial por razón de la materia del artículo 7.1. En relación a un contrato verbal de concesión mercantil internacional. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 8 marzo 2018, Saey Home, C-64/17 <i>Regulation 1215/2012: prorogation of jurisdiction and special jurisdiction of Article 7.1, Regarding verbal commercial concession agreement. Commentary of Judgment of the Court, 8 marzo 2018, saey home, C-64/17</i> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	906
Las nuevas propuestas interpretativas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control del uso laboral de la tecnología de la empresa: Barbulecu y López Ribalda <i>The new interpretative proposals of the European Court of Human Rights on the control of the labor use of the company's technology: Barbulecu and López Ribalda</i> CARLOTA M ^a RUIZ GONZÁLEZ	915
Adopción en España de menores en situación de Kafala y Ley Nacional del Adoptando <i>Adoption in Spain and National Law of the Adopting</i> M ^a JESÚS SÁNCHEZ CANO	931
Croatian public notaries under European Civil Procedure law. A commentary on the judgment of the Court of Justice of the European Union (second chamber) March 9, 2017, case C-551/15 - Pula Parking <i>Notarios públicos croatas bajo el Derecho Procesal Civil Europeo. Un comentario sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala segunda) 9 de marzo de 2017, asunto C-551/15 - Pula Parking</i> LUCIENNE SCHLÜRMAN	947
Normas de publicación en la revista	954

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

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

Directores

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

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

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

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FRANCESCA C. VILLATA
(Univ. Degli Studi di Milano)

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

ILARIA PRETELLI
Institut Suisse de Droit Comparé

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

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)

ANGELO DAVÌ
Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

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 MANSSEL
(Univ. Köln)

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

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

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

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

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

GIAN PAOLO ROMANO
(Univ. de Genève)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

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

MARTA REQUEJO ISIDRO
(Max Planck Institute Luxembourg
for International, European and
Regulatory Procedural Law)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBETTI
(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
(Univ. de La Rioja)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU

(Univ. degli studi di Cagliari)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
(Univ. de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.11

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 95 13

Correo electrónico: isabel.anton@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: Juan Carlos López Martínez - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LAS ACCIONES POR DAÑOS ANTICOMPETITIVOS

EUROPEAN UNION PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN FRONT OF ANTITRUST DAMAGES ACTIONS

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 02.07.2018/Aceptado: 16.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4374>

Resumen: Este trabajo muestra cómo el TJUE y los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE aplican los Reglamentos Bruselas I-bis y Roma II a las acciones de daños por infracción del Derecho antitrust europeo. Este trabajo subraya algunas de las dificultades que está encontrando la aplicación privada del Derecho de la competencia: la frecuente inoperancia de los foros de sumisión, la peculiar interpretación del *forum delicti commissi*, las sorpresas derivadas del *forum connexitatis* y las soluciones contrapuestas a las cuestiones de legitimación procesal activa y pasiva (como, por ejemplo, la responsabilidad de la sociedad matriz por el comportamiento de sus filiales).

Palabras clave: acciones para la indemnización de daños anticompetitivos, acciones autónomas, acciones de seguimiento, acciones declarativas negativas, acciones Torpedo, Competencia judicial internacional, Daños, defensa basada en la repercusión de sobrecostos, Derecho antitrust, Derecho aplicable, Derecho europeo de la competencia, efecto paraguas, *passing-on*, Unión Europea.

Abstract: This essay shows how the CJEU and the national courts of the EU Member States apply the Brussels I-bis and Rome II Regulations to actions for damages for infringement of European anti-trust law. This paper highlights some of the difficulties encountered in the private application of European competition law: the frequent inoperativeness of the submission forums, the peculiar interpretation of the *forum delicti commissi*, the surprises derived from the *forum connexitatis* and the opposing solutions to the issues of active and passive legal standing (as, for example, the responsibility of the parent company for the behavior of its subsidiaries).

Keywords: Antitrust damages actions, Stand-alone actions, Follow-on actions, negative declaratory actions, Torpedo actions, Jurisdiction, Damages (Torts), passing-on defence, Antitrust Law, Applicable Law, European Competition Law, umbrella effect, European Union.

Sumario: I. Introducción. 1. El resarcimiento del daño en el Derecho europeo de la competencia. 2. Del caso *Provimi* a la Directiva 2014/104/UE. 3. Los daños por actos anticompetitivos: sistema de sanciones privadas. 4. Restricciones de la competencia y afectación del comercio entre

Estados miembros. 5. Las dos cuestiones fundamentales de Derecho internacional privado: *forum* y *ius*. II. Competencia judicial internacional. 1. La jurisdicción y los límites territoriales/temporales del art. 101 TFUE. 2. Relación de foros de competencia judicial internacional. 3. Caracteres generales del sistema de competencia judicial internacional. 4. Sumisión de las partes. A) Sumisión expresa. a) Requisitos de validez del acuerdo de sumisión. a') Requisitos de validez procesal. b') Requisitos de validez formal. c') Requisitos de validez sustancial. b) Posibilidades de las partes. c) Efectos jurídicos de la sumisión expresa. a') Efecto de prórroga. b') Efecto de derogación. c') Efectos obligatorios. d') Efectos objetivos. e') Efectos *inter partes*. f') Efectos de la nulidad del contrato sobre el acuerdo de sumisión. g') Patologías de la cláusula de sumisión. B) Sumisión tácita. a) Concepto, existencia y requisitos. b) Régimen jurídico. 5. El foro general del domicilio del demandado. A) Determinación del Estado miembro del domicilio del demandado. a) Domicilio de las personas físicas. b) Domicilio de las personas jurídicas. B) Conflictos de domicilios. a) Conflictos positivos de domicilios de personas físicas. b) Conflictos positivos de domicilios de personas jurídicas. c) Conflictos negativos de domicilios de personas físicas. d) Conflictos negativos de domicilios de personas jurídicas. 6. Los foros especiales. A) El *forum delicti commissi*. a) Doble carácter del foro del lugar del hecho dañoso. b) Acciones cubiertas por el art. 7.2 RB I-bis. c) Factores indiferentes para el funcionamiento del foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis. "Hecho", "daño" y "hecho dañoso" como elementos del foro de competencia. d) Demandas por responsabilidad extracontractual contra varios sujetos. e) Precisión del "lugar del hecho dañoso". a') Lugar del hecho dañoso imprevisible. b') Lugar del daño futuro. c') Precisión del lugar del hecho dañoso y daños por omisión. f) Ilícitos a distancia. a') Concepto y sectores operativos. b') Identificación doble del lugar del hecho. La tesis de la ubicuidad. c') Alcance asimétrico de la tesis de la ubicuidad. d') Elección de tribunal por el demandante. e') Verificación del nexo de causalidad. f') Distintos tipos de ilícitos a distancia. i) Daños patrimoniales directos. ii) Daños derivados de los productos importados y responsabilidad del fabricante. iii) Daños no contractuales causados por un administrador a la sociedad. iv) Difamación por prensa escrita. v) Daños a los derechos de la personalidad en Internet. vi) Infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial en Internet. vii) Daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. g) Daños plurilocalizados. h) Víctimas indirectas y daños indirectos. B) El *forum connexitatis*. a) Régimen general. b) Aplicación a las acciones por daños anticompetitivos. 7. Otras cuestiones procedimentales. A) Las "demandas torpedo". a) Las "torpedo actions". Regulación general. b) La reacción del legislador europeo (2012) contra las "torpedo actions" (art. 31.2-4 RB I-bis). a') La solución de la "preferencia cognitiva" del tribunal designado por un acuerdo atributivo de competencia. b') Otros datos sobre la litispendencia inter-europea. B) La legitimación procesal. a) Legitimación y titularidad del derecho subjetivo. b) Justificación de la aplicación de la *Lex Causae*. c) Excepciones puntuales en favor de la *Lex fori*. d) Legitimación de personas físicas que actúan por cuenta de personas jurídicas. e) Representación de la persona. f) Tratamiento procesal de la legitimación. g) Legitimación activa. a') Los clientes directos. b') Los proveedores de los monopolistas. c') Los competidores de los monopolistas. d') Los clientes indirectos de los monopolistas: *passing-on defense*. e') Los terceros: *the umbrella effect*. f') Algunos cartelistas individuales. h) Legitimación pasiva. El caso especial de los grupos de sociedades. 8. El Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968. A) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007. B) Relaciones entre el Reglamento Bruselas I-bis (2012) y el Convenio de Lugano de II de 30 octubre 2007. C) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y terceros Estados. D) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y la cuestión danesa. E) El Convenio de Lugano I de 16 septiembre 1988. F) Diferencias entre el Reglamento Bruselas I (2000) y el Convenio de Lugano II (2007). G) Vigencia del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 *and a little bit of Brexit*. III. Derecho aplicable. 1. Introducción. 2. Caracteres generales del Reglamento Roma II. 3. Ámbito de aplicación. A) Material. a) Supuestos internacionales. b) Supuestos relativos a obligaciones extracontractuales. B) Espacial. C) Personal. D) Temporal. 4. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general. 5. Ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. 6. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de actos restrictivos de la competencia (actos contra el Derecho antitrust). A) Derecho antitrust, sanciones públicas y Reglamento Roma II. B) Ley aplicable a las consecuencias privadas derivadas de infracciones del Derecho antitrust. a) Primer supuesto: *Lex Mercatus*. b) Segundo supuesto: *Multijurisdiction violations*. c) Datos complementarios sobre el art. 6.3 RR-II. 7. Cuestiones particulares. A) Orden público del foro. a) Aspectos generales. b) Daños punitivos. a') Leyes extranjeras que admiten los daños punitivos y orden público internacional. El sistema del "triple test". b') Reconocimiento y ejecución en España de sentencias extranjeras que conceden *Punitive Damages*. B) El artículo 10.9.I del Código Civil. a) Alcance objetivo actual del art. 10.9 CC. b) Punto de conexión. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. El resarcimiento del daño en el Derecho europeo de la competencia

1. Los actos y acuerdos que alteran la entrada en el mercado de los competidores y/o que persiguen la eliminación de los competidores en el mercado en régimen de libre concurrencia entre los operadores económicos se denominan *actos antitrust*. Estos actos son contrarios a la libertad de acceso al mercado. Por ello, el ordenamiento jurídico los castiga con *dos baterías diferentes de normas*: (a) *Derecho Público antitrust*. Las autoridades administrativas europeas y nacionales imponen sanciones y multas de carácter público, que los infractores deben abonar; (b) *Las normas sobre responsabilidad civil extracontractual* son aplicables, de modo que cualquier sujeto que haya experimentado un daño o perjuicio puede reclamar su reparación. El TJUE proclamó, en los casos *Courage y Manfredi*, un derecho no recogido en los Tratados fundacionales de la (actual) UE: el derecho de “cualquier persona” a obtener, conforme al Derecho nacional de un Estado miembro, una reparación efectiva de los daños que le fueran causados por la infracción del Derecho de la competencia de la UE¹. Además, el Tribunal de Justicia apuntó que ese procedimiento nacional estaría sometido a dos principios del Derecho de la UE: *el principio de equivalencia y el principio de efectividad*². Conforme al primero de ellos, el procedimiento judicial para obtener tales indemnizaciones no puede ser menos favorable para los demandantes de lo que sería un procedimiento de la misma clase en el caso de las demandas conformes al Derecho interno del Estado de que se trate. Conforme al segundo de ellos, el procedimiento nacional previsto para aquellas acciones civiles no debe hacer que los derechos de los particulares sean más difíciles de obtener o, incluso, imposibles³.

2. ➤ *Caso 1. El caso Courage (2001)*. A finales de los años 80, cabía preguntarse cuál era el régimen jurídico de las indemnizaciones de daños y perjuicios por infracción de las normas europeas de competencia. El Derecho europeo rompió su silencio en estas cuestiones con motivo del caso *Courage*.

En 1990, *Courage*, fabricante británico de cerveza, y *Grand Metropolitan*, sociedad con intereses en hostelería y restauración, acordaron fusionar sus establecimientos de bebidas (*pubs*), que ambos daban en arrendamiento. Para ello, transfirieron sus respectivos *pubs* a *Inntrepreneur Estates Ltd*, una sociedad participada a partes iguales por *Courage* y *Grand Metropolitan*. Un acuerdo celebrado entre esta *filial común* y *Courage* preveía que todos los arrendatarios de la filial debían adquirir su cerveza exclusivamente de *Courage*. Ésta estaba obligada a suministrar las cantidades de cerveza solicitadas a los precios fijados en las tarifas aplicables a los locales arrendados por *Inntrepreneur*. *Inntrepreneur* presentaba un contrato tipo de arrendamiento a sus arrendatarios. Sólo la cuantía de la renta podía ser objeto de negociación con el arrendatario potencial. La *obligación de compra exclusiva* y las restantes cláusulas del contrato no eran negociables.

En 1991, el Sr. *Crehan* concluyó con *Inntrepreneur* dos arrendamientos por veinte años con una obligación de compra a favor de *Courage*. El arrendatario del establecimiento debía comprar una determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e *Inntrepreneur* se comprometía a conseguir que los tipos de cerveza especificados fueran suministrados por *Courage* al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de esta última. En 1993, *Courage* demandó al Sr. *Crehan*, reclamándole por impago de los suministros de cerveza. Por su parte, el Sr. *Crehan* afirmó que la obligación de compra con cláusula de exclusividad resultaba contraria al (actual) art. 101 TFUE y reconvino con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios. El Sr. *Crehan* sostuvo que *Courage* vendía su cerveza a los arrendatarios independientes de *pubs* a unos precios sustancialmente más bajos que los que figuraban en

¹ *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa”, *AEDIP*, XVI, 2016, pp. 643-669.

² *Vid.* STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, § 29; STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 62.

³ *Vid., ad ex.*, K.M. MEESSEN, “Überdehnung des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes in *Courage* und *Manfredi*”, en *Schutz von Kreativität und Wettbewerb: Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, München, Beck, 2009, pp. 505-511.

la lista de precios aplicados a los arrendatarios de los locales de *Inntrepreneur*. Como consecuencia de la diferencia de precios, se reducía la rentabilidad de la actividad de los arrendatarios de establecimientos de bebidas sujetos a una cláusula de esta índole y obligados a poner fin a su actividad.

Según el Derecho inglés, la parte en un acuerdo ilícito no podía reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la otra parte. La *Court of Appeal (England & Wales)* planteó varias cuestiones prejudiciales: en esencia, si una parte de un contrato colusorio puede invocar la infracción del art. 101 TFUE ante un tribunal nacional para que éste le proteja contra la otra parte contratante y si el Derecho de la (actual) UE se opone a una norma de Derecho nacional que niega a una persona el derecho a basarse en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Solución → La respuesta del Tribunal de Justicia fue muy matizada: a) *Con carácter general*, cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 101 TFUE, incluso cuando sea parte de este contrato. El *efecto útil* de la prohibición se vería en entredicho, si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio causado. b) *Con carácter especial*, Un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando tenga una *responsabilidad significativa* en la distorsión de la competencia. Para determinar si concurre esa responsabilidad significativa, el órgano jurisdiccional nacional competente deberá considerar los siguientes elementos: a') El *contexto económico y jurídico* en el que se hallan las partes, así como el poder de negociación y el respectivo comportamiento de ambas partes en el contrato. b') Si la parte que alega haber sufrido un perjuicio se hallaba en *posición de inferioridad notoria* con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición. c') En el supuesto de que el contrato forme parte de un conjunto de contratos similares que producen un *efecto acumulativo* sobre el juego de la competencia, quien contrata con el titular de dicho conjunto de contratos similares puede no tener una responsabilidad significativa en la infracción del art. 101 TFUE, en particular cuando, de hecho, los términos del contrato le han sido impuestos por el titular del conjunto (STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, §§ 3 a 7, 11, 13, , 17, 24, 26, 29, 31 a 34 y 36). c) Se reconoció que la infracción del Derecho antitrust europeo puede causar *daños y perjuicios* y, por consiguiente, originar el *deber de indemnizarlos* (STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, § 27). d) El Derecho de la UE, sin embargo, no regula los requisitos para la indemnización de tales daños. Por consiguiente, la fijación del *Derecho aplicable* a estos supuestos corresponde a los respectivos sistemas de DIPr. de los Estados miembros. e) Corresponde al Derecho de cada Estado miembro designar los *tribunales competentes* y regular el *procedimiento* para proteger el derecho a la indemnización por tales daños (STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, § 29), siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la de recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*)⁴.

⁴ Vid. STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, §§ 24-29, comentada, *ad ex.*, por A. ALBORS-LLORENS, *The Cambridge Law Journal*, 2002, pp. 38-41; E. BALLON, *CJEL*, 2002, pp. 499-507; I. BRINKER/J.C. BALSSEN, "Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch für 'jedermann'?", en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2006, pp. 69-80; G.A. CUMMING, "Courage Ltd v. Crehan", *Eur.Compet.L.Rev.*, 2002, pp. 199-204; T. EILMANSBERGER, "Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil Courage/Crehan", *Ecolex*, 2002, pp. 28-31; W. VAN GERVEN, "Crehan and the Way Ahead", *Eur.Bus.L.Rev.*, 2006, pp. 269-274; M.M. HINTERSTEINER, "Gemeinschaftsrechtliche Schadenersatzpflicht bei Verstoß gegen Art. 81 EG", *wbl*, 2001, pp. 554-561; A. JONES/D. BEARD, "Co-contractors, Damages and Article 81: The ECJ finally speaks", *Eur.Compet.L.Rev.*, 2002, pp. 246-256; R. KLAGES, "La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt 'Courage Ltd contre Crehan'", *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4, 2001, pp. 1003-1005; G. MÄSCH, "Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – 'Courage' und die Folgen", *EuR*, 2003, pp. 825-846; ID., "Vitamine für Kartellopfer - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht", *IPRax*, 2005, pp. 509-516; G. MONTI, "Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages", *Eur.L.Rev.*, 2002, pp. 282-302; M. NOVAK, "Schadenersatz im Kartell", *ELR*, 2001, pp. 306-307; O. ODUDU/J. EDELMAN, "Compensatory damages for breach of Article 81", *Eur.L.Rev.*, 2002, pp. 327-339; A. PALMIERI/R. PARDOLESI, "Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: 'chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni'", *Foro it.*, 2002, IV, col. 76-84; S. RAMET, "CJCE, 20 septembre 2001, Courage, aff. C-453/99", *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2002, pp. 1-6; G. ROSSI, "Take Courage! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust", *Foro it.*, 2002, IV, col. 90-100; E. SCODITTI, "Danni da

3. ➤ *Caso 2. El caso Manfredi (2006)*. Se interpusieron acciones contra varias compañías aseguradoras para obtener la devolución de las *primas excesivas* que se les habían pagado. Previamente la autoridad italiana de defensa de la competencia había verificado la existencia de un acuerdo ilícito entre las aseguradoras, que tenía por objeto el *intercambio de informaciones* relativas al sector asegurador. Gracias a este acuerdo, las aseguradoras pudieron coordinar y fijar las primas de los seguros e imponer a los usuarios aumentos de las primas carentes de justificación conforme a las condiciones de los mercados, aumentos a los que era imposible sustraerse.

El tribunal que interpuso la cuestión prejudicial quiso que se le respondiera a las siguientes *cuestiones*: a) Si el acuerdo infringía tanto la ley italiana de defensa de la competencia como el Tratado de Roma, dado que también habían participado en el acuerdo sancionado aseguradoras pertenecientes a otros Estados miembros que también ejercían sus actividades en Italia (= problema de las *relaciones entre el Derecho comunitario de la competencia y los ordenamientos de los Estados miembros*). b) Si los terceros pueden solicitar una indemnización del perjuicio causado por la entente prohibida (= problema de la *acción de indemnización*). c) Si las reglas nacionales, como las del litigio principal, relativas a la designación de los tribunales competentes, los plazos de prescripción de las acciones de indemnización así como el importe de ésta, son contrarias al (actual) art. 101 TFUE (= problema de la *competencia para apreciar las consecuencias de la nulidad*).

Las tres cuestiones planteadas tenían un gran *interés práctico* por los siguientes motivos: a) El *sector asegurador* es esencial para los mercados de capitales. En él, operan grandes empresas con una fuerte vocación de internacionalidad. En ocasiones, es difícil distinguir y valorar los posibles efectos procompetitivos o anticompetitivos de acuerdos y prácticas entre aseguradoras. b) *La víctima* (empresa o particular) de una conducta anticompetitiva puede optar, en principio, entre un contencioso objetivo o *public enforcement* y un contencioso subjetivo o *private enforcement*. El primero se desarrolla ante autoridades especializadas en mantener la libre competencia en los mercados (Comisión, autoridades nacionales de competencia). Ésta es una política pública que responde a un interés general. El segundo se desarrolla ante los tribunales ordinarios con el fin de salvaguardar los intereses de los particulares. La elección depende del resultado que persigue la víctima, de la urgencia de la situación y de los medios de que dispone. En ocasiones, sólo hay un procedimiento. Otras veces, hay dos procedimientos paralelos (para solicitar medidas cautelares y ante la autoridad nacional de competencia). A veces, el perjudicado acude, primero, a la autoridad administrativa, para que investigue una conducta anticompetitiva y, después, a los jueces para que fijen una indemnización (las *follow-on law suits*). Las cuestiones interpuestas ante el TJCE se formularon en el marco de estas últimas. c) *La Comisión* había iniciado el procedimiento para lograr, mediante el ejercicio por particulares de acciones indemnizatorias, mayor observancia de las normas europeas de competencia (*private enforcement*) (Comisión, *Livre vert, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 diciembre 2005, Documento COM [2005] 672 final)⁵. Solución → En el caso *Manfredi*, el Tribunal consideró que: a) Una entente puede violar tanto las normas nacionales como las europeas de defensa de la competencia, si, habida cuenta de las características del mercado nacional en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que dicha entente pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de las pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 52). b) El (actual) art. 101.1 TFUE produce *efectos directos* en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 58). Por consiguiente, cualquier persona puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 101 TFUE y, en consecuencia, hacer valer la nulidad de un acuerdo o una práctica prohibidos por dicho artículo (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 59). El TJCE siguió, pues, la doctrina de *Courage*: reconoce una *legitimación*

intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano", *Foro it.*, 2002, IV, col. 84-90; H. WEYER, *GRUR Int.*, 2002, pp. 57-60.

⁵ J. PHEASANT, "Damages actions for breach of the EC antitrust rules: The European Commission's Green Paper", *Eur. Compet.L.Rev.*, 2006, pp. 365-381.

procesal activa amplia en aras de la eficacia del Derecho europeo de la competencia. c) Ante la falta de normativa europea, correspondía a los Estados miembros designar los tribunales competentes, regular los procesos destinados a asegurar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho europeo y determinar el plazo de prescripción de la acción, así como su cómputo y suspensión, respetando el *principio de equivalencia* y el *principio de efectividad* (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, §§ 62, 72, 81 y 82). d) En cuanto a la *extensión de la reparación*, si en las acciones similares a las basadas en las normas europeas de competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de *carácter disuasorio o punitivo*, en estas últimas acciones también deben poder concederse (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 99). Además, las personas que hayan sufrido un perjuicio deben poder solicitar la reparación no sólo del *daño emergente*, sino también del *lucro cesante*, así como el pago de *intereses* (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 100)⁶.

4. ➤ *Caso 3. El cártel de los camiones*. Entre el 17 enero 1997 y el 18 enero 2011, varias empresas europeas fabricantes de *camiones medios* (entre 6 y 16 toneladas) y de *camiones pesados* (más de 16 toneladas), concluyeron acuerdos de fijación de precios, repercusión de costes de la normativa medioambiental y del calendario para la introducción de ella. Solución → La Comisión estimó que estos acuerdos constituían una *infracción única y continuada* del art. 101 TFUE⁷. Salvo a MAN (que había denunciado a los demás integrantes del cártel), la Comisión impuso multas a Volvo/Renault (670.448.000 €), Daimler (1.008.766.000 €), Iveco (494.606.000 €) y DAF (752.679.000 €) (Dec.Com. 19 julio 2016, Asunto AT.39824-Camiones, *DOUE C* 108 de 6 abril 2017). Poco tiempo después de que esta decisión

⁶ Vid. STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, §§ 62-64, comentada, *ad ex.*, por E. ADOBATI, “La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un’azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell’ambito della RC auto”, *Dir.comunit.scambi int.*, 2006, pp. 534-537; B. BONNAMOUR, “Quand la CJCE s’invite au débat sur les dommages et intérêts punitifs”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2006, n° 10, pp. 72-73; I. BRINKER/J.C. BALSSEN, “Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch für ‘jedenmann’?”, en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2006, pp. 69-80; F.W. BULST, “Zum Manfredi-Urteil des EuGH”, *ZEuP*, 2008, pp. 178-195; A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Nota a STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, Enero-Junio 2007, pp. 315-327; M. CHAGNY, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles: la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, n° 9, pp. 86-89; B. CHEYNEL, “Les dommages et intérêts concurrentiels à nouveau devant la Cour de justice”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2006, n° 9, p. 54; P. GRUBER, “Versicherungskartelle und Schadenersatz - Neues vom EuGH”, *RdW*, 2007, pp. 16-18; P. IANNUCELLI, “La Saga RC auto rimane (per ora) una questione tutta italiana”, *Concorrenza e mercato*, 13-14, 2005-2006, pp. 291-311; Id., “La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concurrence”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, n° 9, pp. 67-72; T. LÜBBIG, “Gleichzeitiger Verstoß gegen nationale und europäisches Wettbewerbsrecht durch Kartell - Aktivlegitimation jedes Geschädigten”, *EuZW*, 2006, pp. 536-537; S. MONTEMAGGI, “Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 06, pp. 634-645; O. PALLOTTA, “Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2007, pp. 305-326; C. PRIETO, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence”, *Chunet*, 2007, pp. 671-674; C. SEITZ, “Ein gegen nationale Wettbewerbsrecht verstößendes Kartell von Versicherern kann gleichzeitig gegen Art. 81 EG verstoßen, wenn es in diesem Staat den Abschluss von Versicherungen durch Angehörige anderer Mitgliedstaaten beeinflussen kann”, *EWS*, 2006, pp. 416-418.

⁷ Sobre el concepto de *infracción única y continuada* del art. 101 TFUE, *vid.*, *ad ex.*, G. BREI, “Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung: eine mehr als fragwürdige Rechtsfigur im europäischen Kartellrecht”, *NZKart*, 5, 5, 2017, pp. 211-217; M. DREHER, “Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht”, *ZWeR*, 5, 2007, pp. 276-302; S. EINHAUS, “Water flowing? News on the continuous infringement: IMI plc, IMI Kynoch Ltd., Yorkshire Copper Tube Ltd. v. Commission, General Court (Eight Chamber), judgment of 19 May 2010, T-18/05”, *ELR*, n° 9, 2010, pp. 289-299; Í. IGARTUA ARREGUI, “La congruencia en las decisiones de infracción única y continuada: el asunto del transporte aéreo de mercancías”, en M.A. RECUERDA GIRELA (DIR.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia: Anuario de Derecho de la competencia 2016*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2016, pp. 215-235; J. JOSHUA, “Single continuous infringement of Article 81 EC: has the Commission stretched the concept beyond the limit of its logic?”, *ECJ*, 5, 2, 2009, pp. 451-477; D. RILEY, “Revisiting the single and continuous infringement of Article 101: the significance of Anic in a new era of cartel detection and analysis”, *World Compet.*, 37, 3, 2014, pp. 293-317; K. SEIFERT, “The single complex and continuous infringement: ‘effet utilitarism’?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 9, 2008, pp. 546-556; Id., *Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung: komplexe Kartelle im europäischen Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013; U. SOLTÉSZ, “Das ‘Single and Continuous Infringement’: Wunderwaffe der Kartellermittler?”, *EuZW*, 27, 18, 2016, pp. 681-682.

de la Comisión fuese publicada, se interpusieron en varios Estados miembros de la UE *follow-on actions* ante órganos judiciales estatales, solicitando el resarcimiento de los daños causados por estos actos anticompetitivos. Un año después de que la decisión de la Comisión fuera oficialmente publicada, algún medio de comunicación social se hizo eco de la importancia que el cártel de los camiones tiene para las empresas españolas del transporte por carretera: Se trataría de un cártel con una duración de 14 años, que afectó a unos 300.000 vehículos, de los cuales unos 100.000 han reclamado. El sobrecoste medio del precio estaría entre el 10% y el 12%. Se reclamaría la devolución de unos 1.000 millones de euros a los fabricantes; es decir, el 20% de lo gastado o, lo que es lo mismo, la suma del sobreprecio y de los intereses legales de éste, desde que se realizó la compra de camiones, que, en muchos casos, tenían un precio que rondaba los 70.000 euros por unidad (= entre 13.000 y 16.000 euros por camión)⁸.

5. ➤ *Caso 4. Lithuanian Airlines y el abuso de posición dominante de Air Baltic (2018)*. La compañía aérea *Lithuanian Airlines* realizaba vuelos procedentes del aeropuerto de Vilna (Lituania). Declarada en concurso de acreedores, atribuyó sus pérdidas a la práctica de *precios predatorios (predatory pricing, Kampfpfpreise)* por una compañía rival letona, *Air Baltic*. Esta última había pactado con la sociedad gestora del Aeropuerto de Riga (Letonia) una reducción drástica de los precios de los servicios aeroportuarios. Gracias a este ahorro, *Air Baltic* pudo permitirse los precios predatorios que empujaron a *Lithuanian Airlines* abandonar el mercado en Vilna (Lituania)⁹. Solución → La aerolínea lituana demandó a *Air Baltic* y al Aeropuerto de Riga por daños y perjuicios ante los tribunales de Vilna (Lituania). El tribunal de primera instancia estimó que *Air Baltic* y el Aeropuerto de Riga habían infringido el Derecho antitrust nacional y europeo e impuso el pago, en concepto de indemnización por el perjuicio patrimonial sufrido, de 16,1 millones €, más intereses, a *Air Baltic*. *Air Baltic* y el Aeropuerto de Riga interpusieron recurso contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelación de Lituania, en el que impugnaban la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos para pronunciarse sobre el litigio. Éste último planteó *varias cuestiones prejudiciales* relacionadas con la competencia internacional de los tribunales lituanos conforme al Derecho de la UE. En sustancia, se trataba de aclarar si el concepto de *lugar del daño* para el art. 102 TFUE es el mismo que para el art. 101 TFUE. El TJUE respondió acerca de:

⁸ Datos que publica H. GUTIÉRREZ, “Los camioneros españoles reclaman unos 1.000 millones de euros a los fabricantes”, diario *El País*, 7 abril 2018.

⁹ Sobre los *precios predatorios, vid., ad ex.*, A. ALEMANNI/M. RAMONDINO, “The ECJ France Télécom/Wanadoo judgment: to recoup or not to recoup?: that ‘was’ the question for a predatory price finding under Article 82 EC (France Télécom SA v. Commission, ECJ (First Chamber), judgment of 2 April 2009, C-202/07 P)”, *ELR*, n° 6, 2009, pp. 202-210; F.-W. BULST, “Art. 102 AEUV”, en LANGEN/BUNTE, *Kartellrecht: Kommentar*, Band 2 (*Europäisches Kartellrecht*), 13ª ed., Köln, Luchterhand Verlag, 2018, pp. 575-704 (pp. 676-681); A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Precios predatorios”, *RCD*, 1, 1, 2007, pp. 39-77; P. CHONÉ, “Predatory pricing: a comment”, en J. BASEDOW/W. WURMNEST (Eds.), *Structure and effects in EU competition law: studies on exclusionary conduct and State aid*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 143-154; G. FAELLA, “L’incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo”, *Mercato concorrenza regole*, XV, 2, 2013, pp. 267-286; G. GAUDIN/D. MANTZARI, “Margin squeeze: an above-cost predatory pricing approach”, *JCLE*, 12, 1, 2016, pp. 151-179; J. GLÖCKNER/L.V. BRUTTEL, “Predatory pricing and recoupment under EU competition law: per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 11, 2010, pp. 423-431; L.L. GORMSEN, “How well does the European legal test for predation go with an economic approach to Article 102 TFEU?”, *LIEI*, 37, 4, 2010, pp. 292-304; M.A. GRAVENGAARD, “The meeting competition defence principle: a defence for price discrimination and predatory pricing?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 12, 2006, pp. 658-677; L. HENRIKSSON, “Predatory foreclosure and EC competition law”, *Europarättslig tidskrift*, 11, 3, 2008, pp. 689-716; D. HOWARTH, “Unfair and predatory pricing under Article 82 EC: from cost-price comparisons to the search for strategic standards”, en G. AMATO/C.-D. EHLERMANN/A. KOMNINOS (Eds.), *EC competition law: A critical assessment*, Oxford, 2007, pp. 249-295; K.W. LANGE/T. PRIES, “Die Neuorientierung der europäischen Missbrauchsaufsicht in dem Bereich von Kampfpfpreisstrategien (predatory pricing)”, *EWS*, 20, 3, 2009, pp. 57-65; A.M. MATEUS, “Predatory pricing: a proposed structured rule of reason”, *ECJ*, 7, 2, 2011, pp. 243-267; R. MOISEJEVAS, “Objective justifications in predatory pricing”, *Jurisprudencija / Jurisprudence*, 18, 1, 2011, pp. 213-232; M. MOURA E SILVA, “Predatory pricing under Article 82 and the recoupment test: do not go gentle into that good night”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 30, 2, 2009, pp. 61-66; M.I. NÚÑEZ OSORIO, *El abuso anticompetitivo en precios: rebajas y precios predatorios*, Madrid, 2012; R. O’DONOGHUE/J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, 2ª ed., Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 291-363; A. DI RIENZO, “Bloccati dal tribunale I prezzi predatori della France Télécom”, *DPCE*, II, 2007, pp. 1014-1017; F. SCHUMACHER, “Predatory Pricing und Verlustausgleich”, *wbl*, 23, 6, 2009, pp. 273-278; B. SHER, “Article 82: predatory pricing”, *Competition law insight*, 5, 3, 2006, pp. 3-5; K.E. WINKLER, “Counterfactual analysis in predation cases”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 8, 2013, pp. 410-421; W. WURMNEST, “Predatory pricing: from price/cost-comparisons to post-Chicago thinking”, en J. BASEDOW/W. WURMNEST (Eds.), *Structure and effects in EU competition law: studies on exclusionary conduct and State aid*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 97-142.

- 1º) *Si existía un “daño”*. En efecto, cabía preguntarse si, en el marco de una acción de indemnización del daño causado por prácticas contrarias a la competencia, el *lucro cesante* alegado por la parte que es víctima de tales prácticas podía constituir un “daño” que justificase la competencia de los tribunales del Estado miembro del “lugar donde se hubiere producido el daño”¹⁰. La cuestión tenía *trascendencia práctica* por varios motivos. *Primero*, el “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” es un *foro especial*. Debe interpretarse *restrictivamente*. No puede, por tanto, interpretarse *extensivamente* e incluir “cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar”¹¹. *Segundo*, conviene distinguir, porque, como sostenían los escolásticos, “quien no distingue confunde”: una cosa es el “daño inicial”, en el sentido de la jurisprudencia del TJUE en aplicación del Reglamento Bruselas I-bis y sus antecedentes, y otra es “un perjuicio económico consecutivo”, que no puede justificar, por sí solo, la aplicación del art. 5.3 Reglamento n.º 44/2001¹². El TJUE estuvo conforme en que “[...] un lucro cesante consistente en la pérdida de ventas supuestamente sufrida como consecuencia de la realización de prácticas contrarias a la competencia en infracción de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE puede calificarse como un ‘daño’ a efectos de la aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 [...]”¹³. Fue decisivo que, en un caso anterior sobre un supuesto incumplimiento de una prohibición de venta de productos fuera de una red de distribución selectiva, el Tribunal de Justicia hubiese considerado que constituyese un daño la *reducción del volumen de ventas y la consiguiente pérdida de beneficios* sufridas por un distribuidor autorizado¹⁴.
- 2º) *Dónde se localizaba éste*. Según el Tribunal de Justicia, “[...] el artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de una acción de indemnización de un perjuicio ocasionado por prácticas contrarias a la competencia, el ‘lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso’ se refiere, en una situación como la del procedimiento principal, concretamente, al lugar donde se haya materializado un lucro cesante consistente en una pérdida de ventas, es decir, al lugar del mercado afectado por tales prácticas en el que la víctima afirma haber sufrido esas pérdidas”¹⁵. El mismo TJUE consideró que: “En este caso, y por lo que respecta a las pérdidas sufridas por una compañía aérea en los vuelos operados con salida o llegada en la capital del Estado miembro en que se halla establecida dicha compañía, el mercado esencialmente afectado debe considerarse el de ese Estado miembro en que la referida compañía desarrolla el grueso de sus actividades de venta relativas a tales vuelos, es decir, el mercado lituano”¹⁶.

¹⁰ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 30.

¹¹ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 32, siguiendo explícitamente la estela de STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd’s Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, §§ 14 y 15 (comentada por J.-M. BISCHOFF, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes”, *Clunet*, 1996, pp. 562-564; J.-B. BLAISE/C. ROBIN-DELAINE, “Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance (juillet-octobre 1995)”, *R.A.E.*, n.º 4, 1995, pp.93-94; A. BRIGGS, “The Uncertainty of Special Jurisdiction”, *LMCLQ*, 1996, pp. 27-29; J.G. COLLIER, “The Surprised Bank Clerk and the Italian Customer - Competing Jurisdictions”, *The Cambridge Law Journal*, 1996, pp. 216-218; R. GEIMER, *JZ*, 1995, p. 1108; V.H. HOLL, *EuZW*, 1995, pp. 766-767; T. HARTLEY, “Article 5(3): Place Where the ‘Harmful Event’ Occurs”, *Eur.L.Rev.*, 1996, pp. 164-166; L. IDOT, *Europe*, 1995, Novembre, Comm. n.º 11, p. 19; P. VLAS, “The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments”, *NILR*, 1995, pp. 420-425; A. SARAVALLE, “Evento dannoso e sue conseguenze patrimoniali: giurisprudenza italiana e comunitaria a confronto”, *Foro it.*, 1996, IV, col. 341-348; E. DE SMITER, *Rev.M.unique eur.*, n.º 4, 1995, pp.185-186; H. TAGARAS, “Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1994-1995 et 1995-1996”, *Cah.dr.eur.*, 1997, pp. 222-226).

¹² STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 33.

¹³ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 36.

¹⁴ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 35. Se trataba de la la STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Concurrence*, EU:C:2016:976, §§ 33 y 35, comentada por L. IDOT, “Compétence en matière délictuelle”, *Europe*, 2017, Février, Comm. n.º 2, pp. 43-44.

¹⁵ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 43.

¹⁶ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 39.

3º) *Si el “lugar del daño” es el mismo, haya o no una entente previa a un abuso de posición dominante.* Puede ocurrir que haya un *concurso de normas* entre el art. 101 TFUE y el art. 102 TFUE; es decir, que unas prácticas anticompetitivas puedan considerarse, simultánea o sucesivamente, tanto una entente como una posición de abuso dominante. Surge en el Derecho antitrust una duda que ya ha sido aclarada: la de saber si lo que se debe sancionar son ambos tipos de ilícito concurrencial o sólo uno de ellos y si, en este caso, corresponde a la Comisión de la UE o a las Autoridades Nacionales de la Competencia elegir el procedimiento que se sigue contra una de ellas¹⁷. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, sin embargo, no había hasta ahora una respuesta semejante. De ahí la importancia de que se haya planteado esta cuestión ante el Tribunal de Justicia en el contexto de una acción civil para la reparación de daños anticompetitivos.

Para el TJUE, “[...] el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de una acción de indemnización de un perjuicio causado por prácticas contrarias a la competencia, el concepto de ‘lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso’ puede interpretarse bien como el lugar de celebración de un acuerdo contrario a la competencia en violación del artículo 101 TFUE, bien como el lugar en que se ofrecieron y aplicaron los precios predatorios, si dichas prácticas eran constitutivas de una infracción del artículo 102 TFUE”¹⁸. El Tribunal de Justicia recurre a una distinción confirmada por abundante jurisprudencia suya entre el “lugar del hecho causal” y el “lugar del daño”: a la víctima le corresponde elegir cuál de estos dos foros prefiere para demandar al presunto infractor ante los tribunales del Estado miembro correspondiente¹⁹.

4º) *Si se puede demandar ante los tribunales del Estado en que opera una sucursal que ha participado en la práctica anticompetitiva.* Uno de los foros del actual RB I-bis es el denominado “foro de la sucursal”, que no sólo emplea él, sino que utilizaron también los textos legales europeos que han constituido sus precedentes históricos. En este caso concreto, el tribunal remitente pedía que se interpretara el concepto de “explotación de sucursales” (art. 5.5. R. 44/2001). Air Baltic tenía una sucursal en Lituania, que se ocupaba del transporte aéreo internacional de pasajeros, mercancías y correo. No era objetable que, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, constituía una auténtica “sucursal”. Entre otras cosas, podía fijar los precios de los vuelos de Air Baltic con origen o destino en el aeropuerto de Vilna; sin embargo, no constaba que esta sucursal de Air Baltic hubiese fijado nunca esos precios. Si esto era así, ¿podría aplicarse el foro de la sucursal para justificar la competencia de los tribunales lituanos?. El Tribunal de Justicia resolvió que: “[...] el artículo 5, número 5, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de ‘litigios relativos a la explotación de sucursales’ comprende la acción de indemnización de un daño supuestamente causado por un abuso de posición dominante consistente en la aplicación de precios predatorios, cuando una sucursal de la empresa que ostenta la posición dominante ha participado de forma efectiva y significativa en esa práctica abusiva”²⁰. El Tribunal de Justicia muestra así la potencialidad de uno de los foros del sistema del Reglamento Bruselas I-bis en materia de acciones por daños antitrust. Añade, sin embargo, una precisión necesaria para que resulte operativo con este tipo de acciones: que la sucursal de la empresa que ha abusado de posición dominante haya participado “de forma efectiva y significativa en esa práctica abusiva”, como era el caso. Una sucursal del mismo grupo que ejerciera en Lituania otro tipo de funciones (*ad ex.*, promoción del turismo a Letonia con independencia del medio de transporte) no hubiera servido, por el contrario, para atribuir la competencia sobre una acción indemnizatoria por daños anticompetitivos a

¹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I, *Parte General: La competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2009, pp. 97-101; E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3ª ed., C.H.Beck, 2014, pp. 408-411.

¹⁸ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 57.

¹⁹ Ampliamente, en epígrafe II, 6, A).

²⁰ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § .

los tribunales lituanos (Conclusiones del AG Sr. Michal Bobek, 28 febrero 2018, C-27/17, *AB flyLAL-Lithuanian Airlines, en liquidación/Starptautiskā lidosta Rīga VAS y Air Baltic Corporation A/S*, ECLI:EU:C:2018:136, y STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533).

6. Con anterioridad a los casos *Courage y Manfredi*, la jurisprudencia comunitaria se limitó a destacar la relación entre la validez y la eficacia de las conductas anticompetitivas y, en el mejor de los casos, el papel llamado a desempeñar por los jueces nacionales (F. CASOLARI)²¹. Así, *ad ex.*, según la STJ-CE 27 marzo 1974, C-127/73, *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:25, § 14: “[...] corresponde también al Juez apreciar si las prácticas abusivas que, en su caso, se hayan comprobado repercuten en los intereses de los autores o de terceros afectados, y en qué medida, para deducir las consecuencias que ello pueda producir respecto a la validez y al efecto de los contratos impugnados o de algunas de sus cláusulas”²².

2. Del caso *Provimi* a la Directiva 2014/104/UE

7. Con el transcurso de los años, quedó claro que el número de demandas de indemnización de daños por actos anticompetitivos fue muy bajo. Si se toma como referencia el período de tiempo que va desde el caso *Provimi*, considerado expresa o implícitamente por un sector de la doctrina como el origen de la litigación privada en Europa por infracciones de Derecho de la competencia²³, hasta la entrada en vigor de la Directiva de daños antitrust de 2014²⁴, se observa que, en Europa, apenas se interponían unas pocas acciones judiciales por daños antitrust cada año (de ordinario, cerca de un 25% del total de casos resueltos por autoridad administrativa eran objeto de acciones *follow-on*); mientras que, en Estados Unidos, la litigación privada antitrust superaba, en ocasiones, las mil acciones civiles por año (de ordinario, alrededor de un 90% del total de casos objeto de procedimiento por autoridad administrativa acababan originando acciones *follow-on*)²⁵. La enorme litigiosidad en los Estados Unidos a este respecto nada tiene que ver con el Derecho antitrust en sí mismo, sino con el régimen norteamericano de la responsabilidad civil (los denominados *treble damages* o indemnización de hasta el triple del daño causado), de la legitimación procesal activa (la *class action* o acción popular en favor de determinadas categorías de personas) y de la asistencia técnica de letrado (el *contingent fee* o *pacto de cuota litis* y la condena al pago íntegro de los honorarios del abogado de la parte vencedora en el proceso). Para revertir este proceso, se elaboró la Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE (en lo sucesivo, Directiva de daños antitrust)²⁶. Ésta ha obligado a los Estados miembros de la UE a poner a

²¹ F. CASOLARI, “Diritto ad un pieno risarcimento”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 1-11 (p. 2 [nota 1]).

²² Comentada por V. DEUTSCH, *EuR*, 1974, pp. 351-354; E. SCHULZE, *GRUR Int.*, 1974, pp. 344-345; A. TIZZANO, *Foro it.*, 1974, IV, Col. 319-320.

²³ High Court of England and Wales, *Provimi et al. v Aventis et al.*, [2003] 2 All ER (Comm) 683 (6 May 2003). Sobre el caso *Provimi*, *vid.*, *ad ex.*, F.W. BULST, “The Provimi decision of the High Court: beginnings of private antitrust litigation in Europe”, *EBOR*, 4, 4, 2003, pp. 623-650; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer: Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht (zu *Provimi Ltd. vs. Roche Products Ltd. and other actions*, 6.6.2003, (2003) EWHC 961 (Comm) (2003), 2 All ER (Comm) 683, und *LG Dortmund*, 1.4.2004, 13 O 55/02, unten S. 542, Nr. 45)”, *IPRax*, 25, 6, 2005, pp. 509-516.

²⁴ A. PETRASINCU/F. SCHAPER, “Intertemporale Anwendung des Kartelldeliktsrechts nach der 9. GWB-Novelle: Vereinbarkeit von § 186 Abs. 3, 4 GWB mit Art. 22 der EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz”, *WuW*, 67, 6, 2017, pp. 306-311.

²⁵ *Vid.* estadísticas en *Sourcebook of criminal justice statistics Online* (<http://www.albany.edu/sourcebook/> Table 5.41.2012). Antitrust cases filed in U.S. District Courts. Consultada por última vez el 16 marzo 2018. También R. WHISH/D. BAILEY, *Competition Law*, 8ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 312-313.

²⁶ *DOI* L 349 de 5 diciembre 2014. *Vid.*, *ad ex.*, R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles: étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014; D. ASHTON/F. MAIER-RIGAUD/ULRICH SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: Law and Practice*, 2ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2018; F. BÖNI, “Europäische Richtlinie zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung: Mass aller Dinge für Privatgeschädigte?”, *EWS*, 2014, pp. 324-331; M.P. CANEDO ARRILLAGA/P. FIGUEROA, “La Directiva Europea relativa a acciones por daños de infracciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea”, en L. PRATS ALBENTOSA/G. TOMÁS MARTÍNEZ (COORD.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp.

punto su legislación, lo que España ha realizado mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 mayo, por el que se transponen Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores²⁷. Con ella, comienza una nueva era para la denominada “aplicación privada” del Derecho antitrust europeo (*Private enforcement*)²⁸. Para comprender el “salto de gigante” que esto supone para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, son necesarias las consideraciones que a continuación siguen, no sin antes señalar que, además, de un “salto cualitativo”, la transposición de la Directiva de daños anticompetitivos a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE ha supuesto también un “salto cuantitativo”: en poco tiempo, se han incoado por los tribunales europeos cientos de procesos civiles de reparación de daños anticompetitivos; aunque obviamente, por la fecha en que se produjeron las ententes o los abusos de posición dominante, la normativa material introducida por la Directiva 2014/104/UE en los ordenamientos nacionales no resulte aplicable. Una *mentalidad hamletiana* sin duda se preguntará cuál o cuáles son las causas de este fenómeno. La duda se ve alimentada por dos posibles explicaciones (R. AMARO). Conforme a un *enfoque pesimista*, el incremento de acciones civiles para la compensación por daños anticompetitivos se corresponde con un aumento de las infracciones del Derecho de la competencia (= *vivimos en una sociedad intensamente cartelizada*). Conforme a un *enfoque optimista*, no ha habido tanto un aumento del número de ilícitos anticoncurrenciales como una “sensibilización” de la sociedad contra ellos, promovido por el hecho de

173-185; D. CALISTI/L. HAASBEEK/F. KUBIK, “The Directive of Antitrust Damages Actions: Towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules”, *NZKart*, 2014, pp. 466-473; D. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, “La transposición de la Directiva de daños de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la competencia”, *Anuario de la competencia 2015*, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons, 2015, pp. 421-445; N. DUNNE, “Courage and compromise: The Directive on antitrust damages actions”, *Eur.L.Rev.*, 40, 4, 2015, pp. 581-597; F.C. HAUS/M. SERAFIMOVA, “Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße: die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen”, *BB*, 69, 48, 2014, pp. 2883-2890; C.A. HEINZE, *Schadensersatz im Unionsprivatrecht: eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, *CDT*, 8, 1, 2016, pp. 150-183; C. KERSTING, “Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht”, *WuW*, 64, 6, 2014, pp. 564-575; C. KERSTING/N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU): ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2015; A.I. KÜHNE/S. WOITZ, “Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: ‘Follow-on’-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher”, *DB*, 68, 18, 2015, pp. 1028-1032; J. KWAN, “The Damages Directive: End of England’s Eminence?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015, pp. 455-462; T. LETTL, “Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht”, *WRP*, 2015, pp. 537-545; T. MAKATSCH/A.S. MIR, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, pp. 7-13; P.-C. MÜLLER-GRAFF, “Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsordnung”, *ZHR*, 179, 2015, pp. 691-706; L. NICOLAS-VULLIERME, “Die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) in das französische Recht”, *WuW*, 67, 12, 2017, pp. 592-595; P. PIZZI, “Il recepimento della direttiva europea in tema di risarcimento dei danni anticoncorrenziali: problemi e soluzioni”, *Dir.comunit.scambi int.*, LIV, 3-4, 2015, pp. 519-539; A.M. TOBÍO RIVAS, “La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito *antitrust*: transposición de la Directiva 2014/104/UE”, *ADI*, 37, 2016-2017, pp. 83-116; E. UMMENBERGER-ZIERLER, “EU-Richtlinie über Schadensersatz bei Wettbewerbsrechtsverstößen: Harmonisierung mit Folgen?”, *ÖBl*, 2014, pp. 254-261; C. WEIDT, “The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2014, pp. 438-444; A. WEITBRECHT, “Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie: eine Chance für den Rechtsstandort Deutschland”, *WuW*, 65, 10, 2015, pp. 959-972; S. WISKING/R. DIETZEL/M. HERRON, “European Commission finally publishes measures to facilitate competition law private actions in the European Union”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2014, pp. 185-193.

²⁷ BOE nº 126 de 27 mayo 2017. *Vid., ad ex.*, F. MARCOS, “Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law”, *Working Paper IE Law School AJ8-241-I 13-02-2018*.

²⁸ En España, antes de la transposición de la Directiva, cabe recordar diversos casos, como, *ad ex.*, el *cártel del azúcar*, el *cártel del seguro decenal*, el *cártel de las desmotadoras de algodón*, el *cártel de los equipos contra incendios*, el *cártel de sobres de papel*, el *cártel de coches de alquiler*, el *cártel de servicios comerciales AENA*, el *cártel de industrias lácteas 2*, el *cártel AIO*, etc., que corrieron distintas suertes. *Vid., ad ex.*, M. ARAÚJO BOYD, “National report: Spain”, en G. BÁNDI ET AL. (EDS.), *Private enforcement and collective redress in European competition law, FIDE, XXVII. Congress, Budapest, 18-21 May 2016*, vol. 2, Budapest, Wolters Kluwer, 2016, pp. 753-776; P. CALLOL GARCÍA/J. MANZARBEITA, “Antitrust damages litigation: key aspects of cartel damages cases in Spain”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 38, 8, 2017, pp. 374-380; F. DIEZ ESTELLA, “La escasez de acciones de daños y perjuicios derivadas de cárteles en España... ¿por qué?”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 657-693; J. MAÍLLO/P. MILLA, “Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 39-67 (pp. 50-60); F. MARCOS, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Working Paper IE Law School AJ8-202*, Date Written: June 26, 2013, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2351770>; J. SUDEROW, “Private Enforcement in Spanien: der Rechtsstreit zwischen Schokoladenherstellern und dem spanischen Zuckerkartell”, *WuW*, 64, 2, 2014, pp. 142-153.

que el Estado haya dotado a los particulares de herramientas más adecuadas para el fin que se pretende (= “efecto socialmente contagioso” de la “caja de herramientas” contra las infracciones del Derecho antitrust)²⁹. Nosotros nos quedamos con esta última explicación³⁰.

8. ➤ *Caso 1. Suspensión del procedimiento según la interpretación de la Lex Fori conforme a la Directiva 2014/104/UE antes de su transposición: el caso SAS 10 Médias (2015)*. En Francia, el grupo empresarial de noticias Amaury, propietario de *Le Parisien*, *Aujourd'hui en France* y del diario deportivo *L'Equipe*, intentó preservar el monopolio fáctico de éste e impedir que una sociedad rival *SAS 10 Médias* entrase en el mercado de la prensa deportiva y publicase un diario que le hiciese la competencia (*Le10Sport.com*). Con ese fin, anunció el lanzamiento de un nuevo diario (*Aujourd'hui Sport*), cuya salida al mercado se previó para el mismo día de la aparición de *Le10Sport.com*. Finalmente, *Aujourd'hui Sport* no se publicó. Una decisión de la *Autorité de la Concurrence* consideró que la conducta de las sociedades del grupo Amaury implicadas en la maniobra era, económicamente, irracional y perjudicial tanto para la pluralidad de la oferta como para los lectores y, jurídicamente, un abuso de posición dominante, que sancionó con una multa de 3.41 millones de euros (*Decisión de la Autorité de la concurrence, n° 14-D-02 de 20 febrero 2014*)³¹. La *Cour d'appel* de París confirmó la multa y su decisión fue recurrida (CA París, ch. 5-7, 15 mai 2015, *La société Les Éditions P. Amaury SA c/ SAS 10 Médias*, RG n° 2014/05554). Por otra parte, la sociedad 10 Médias interpuso una demanda para que se le resarciera del daño causado causado por las empresas del grupo rival que habían participado en el abuso de posición dominante. El problema procesal que se planteaba era si el *Tribunal de commerce* podía entrar a conocer del fondo del asunto, estaba facultado para suspenderlo o, incluso, estaba obligado a dictar la suspensión hasta que se resolviera el recurso de casación contra la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 15 mayo 2015 que, en esos momentos, estaba pendiente. Solución → El *Tribunal de commerce* suspendió el procedimiento de reparación de daños en espera de que resolviese la Corte de casación francesa. Llamaron la atención poderosamente dos hechos. En primer lugar, el Tribunal de comercio interpretó la suspensión del procedimiento como una obligación y no como una facultad del juez que debe resolver el fondo del asunto. El tribunal francés se apartó así del tenor literal del art. 110 del *Code de procédure civile* (“[...] juge peut également suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision, frappé de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation”). En segundo lugar, el Tribunal de comercio llegó a esa conclusión, interpretando la *Lex Fori* francesa a la luz del Considerando [34] y el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. Conforme a este último, para que una acción *follow-on* pueda ampararse en una resolución administrativa de la Comisión o de una Autoridad Nacional de la Competencia (la del propio Estado o la de otro Estado miembro de la UE) o en una resolución judicial que haya verificado ésta, es necesario que se trate de una resolución administrativa o una decisión judicial que sea firme³². Lo curioso es que, en

²⁹ Así, *ad ex.*, en Derecho francés, hoy existe una presunción general de daño en caso de entente entre competidores (nuevo art. L. 481-7 del *Code de commerce*); mientras que, en el Derecho anterior a la Ordenanza de transposición de la Directiva de daños anticompetitivos (*rectius*, la Ordenanza 2017-303 de 9 marzo 2017 y un Decreto de ese mismo día), no existía ninguna norma jurídica semejante y la jurisprudencia negaba la existencia de una presunción de daños en el caso de los cárteles. *Vid.*, *ad ex.*, la sentencia *Cour de cassation*, ch. comm., 13 septiembre 2017, *EDF c/ Nexans*, RG n° 15-22837 y 15-23070, comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 226-228). Por el contrario, en el caso de los abusos de posición dominante, la “jurisprudencia menor” proclamó en alguna ocasión que de éstas prácticas cabía inferir la existencia de una presunción favorable a la existencia de un daño anticompetitivo. Así, *ad ex.*, la sentencia del *Tribunal de grande instance* de París, 5° ch. 2° sect., 22 febrero 2018, *Société Betclik Enterprises Limited c/ G.I.E. Pari Mutuel Urbain*, RG 15/09129, comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 229-231), sostuvo que: “[...] un préjudice pour les concurrents s'infère nécessairement de ces pratiques, le PMU en ayant retiré un avantage concurrentiel illicite, au détriment des autres opérateurs”.

³⁰ En este mismo sentido, R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (p. 225).

³¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, p. 257.

³² *Vid.*, *ad ex.*, A. BACH/C. WOLF, “Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht: zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung”, *NZKart*, 5, 6, 2017, pp. 285-294; B.C. BECKER, “Faktische Bindungswirkung kartellbehördlicher Zusagenentscheidungen zu Gunsten von follow-on-Schadensersatzklägern: das Urteil des Tribunal de commerce de Paris im Fall DKT v. Eco-Emballages als Türöffner für private Schadensersatzklagen?”, *NZKart*, 4, 2, 2016, pp. 58-64; A.-L.

el momento de dictar su sentencia el Tribunal de comercio, el Estado francés aún no había transpuesto a su ordenamiento jurídico la Directiva 2014/104/UE³³ (Sentencia *Tribunal de commerce* París, 13^e ch., 2 novembre 2015, *SAS 10 Médias c/ SA Les Éditions P. Amaury et al.*, RG n° 2013004738)³⁴.

9. ➤ *Caso 2. Stand-alone action contra precios abusivamente bajos por empresa con posición dominante: el caso Google Maps (2015)*. En una acción autónoma o *stand-alone action*, no existe ninguna decisión administrativa sancionadora que proclame previamente a cualquier acción civil por daños que existe un *ilícito antitrust* y no puede la supuesta víctima acogerse al *efecto vinculante* de las decisiones administrativas en la materia (art. 9 de la Directiva 2014/104/UE); es decir, hay que probar, entonces, el hecho generador del daño y su carácter “ilícito” conforme a los *medios de prueba* admitidos por la *Lex Fori*. Así, *ad ex.*, la sociedad francesa Bottin Cartographes (luego, Evermaps), que era una casa editorial de mapas *on line* que competía con Google, demandó por daños anticompetitivos a Google, que ofrecía gratuitamente los conocidos *Google maps*. Según Bottin Cartographes, el comportamiento de Google era constitutivo de abuso de posición dominante; puesto que una empresa con una gran cuota de mercado practicaba una política de precios anormalmente bajos. Cabe preguntarse si realmente existía un acto antitrust, que generase un daño ilícito a la sociedad demandante y que Google debiese reparar. Solución → La sentencia del *Tribunal de Commerce* de París, 15^e ch., 31 enero 2012, *SAS Bottin Cartographes c/ SARL Google France et Google Inc.*, RG n° 2009061231, condenó solidariamente a la filial Google France y a su matriz Google Inc., sociedad constituida conforme al Derecho de California, a pagar 500.000 euros de indemnización. Sin embargo, Google interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia. La *Cour d'appel* de París se mostró mucho más cauta que el tribunal de instancia a la hora de considerar la “ilicitud” del hecho generador del daño. Así que recurrió a los medios de prueba contemplados por la *Lex Fori*. En concreto, el art. L. 462-3 del *Code de commerce* contemplaba la posibilidad de solicitar a la *Autorité de la Concurrence* un informe para un juicio contradictorio³⁵. La *Cour* lo solicitó (sentencia *Cour d'appel* de París, ch. 5-4, 20 noviembre 2013, *SARL Google France, société Google Inc. c/ Société Evermaps*, RG n° 12/02931) y, efectivamente, la Autoridad Nacional de la Competencia francesa emitió un informe favorable a Google (avis n° 14-A-18 de 16 diciembre 2014). La *Cour d'appel* se alineó con él y desestimó la demanda de reparación de daños y perjuicios: sin daño ilícito no hay indemnización posible (Sentencia *Cour d'appel* de París, ch. 5-4, 25 noviembre 2015, *SARL Google France, société Google Inc. c/ Société Evermaps*, RG n° 12/02931)³⁶.

CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n° 2, 2015, pp. 114-157; B. GILIBERTI, “Public e private enforcement nell’Art. 9, CO. I della Direttiva Antitrust 104/2014: il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici”, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, XXVI, 1, 2016, pp. 77-113; J. HARTLIEB, “‘Drum prüfe, wer sich ewig bindet’: Bindungswirkung und Durchsetzung von Verpflichtungsbeschlüssen der Kommission”, *NZKart*, 5, 9, 2017, pp. 458-463; F. PASQUARELLI, “Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell’AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE”, *IDI*, XXIV, 3, 2016, pp. 252-264; A. WEITBRECHT, “Bindungswirkung nationaler Entscheidungen”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 244-247.

³³ M. DUMARÇAY, “La transposition de la directive ‘dommages’ en droit français: vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles?”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 62, 2017, pp. 25-33; F. MÜLLER, “Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU: eine effektive Stärkung von Kartellopfen in Frankreich?”, *WuW*, 66, 10, 2016, pp. 472-478.

³⁴ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 257-258).

³⁵ En la versión en vigor desde 22 noviembre 2012 a 1 marzo 2017, el art. L. 462-3 del Código de comercio francés decía lo siguiente: “*L’Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu’aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu’après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d’informations déjà recueillies au cours d’une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en oeuvre la procédure prévue au présent texte.*”

L’Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu’elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l’exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l’article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d’une partie à l’instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu’elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction.

Le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation de l’Autorité.

L’avis de l’Autorité peut être publié après le non-lieu ou le jugement.

³⁶ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 259-260).

10. ➤ Caso 3. Follow-on action contra abuso de posición dominante en el sector de las telecomunicaciones: el caso Cowes (2015 y 2017). Con motivo de la implantación de internet, surgieron muchos litigios en el sector de las telecomunicaciones conocidos como “de la última milla” o del “bucle local”, que enfrentaron al operador tradicional de los respectivos Estados miembros de la UE y a las empresas proveedoras de acceso a internet. En Francia, France Télécom, el antiguo monopolista, concluyó con diversas empresas proveedoras de internet acuerdos mayoristas para que ellas pudieran ofrecer servicios minoristas. Con frecuencia, estas empresas se quejaron de que el monopolista histórico les concedió acceso en condiciones abusivas para favorecer a su filial en el mercado minorista (Wanadoo). A comienzos de los años 2000, la sociedad SAS Cowes (antigua Subiteo) no pudo entrar en el mercado minorista del acceso a internet a causa de las prácticas anticompetitivas (precios mayoristas abusivamente altos) realizadas por France Télécom (después, convertida en Orange). Así que interpuso una demanda de indemnización de daños por valor de 117,4 millones de euros, más 120.000 en concepto de indemnización por gastos procesales al amparo del art. 700 del *Code de procédure civile*. Solución → El caso Cowes es representativo de cómo se desarrolla una *follow-on action*; es decir, una demanda civil de reparación de daños que se apoya en la existencia de una decisión administrativa anterior que declara la existencia de un comportamiento anticompetitivo o en una decisión judicial que ha confirmado la decisión administrativa. En efecto, tras varias incidencias procesales, la *Cour d'appel* constató la existencia de los *tres elementos esenciales* para que surja la responsabilidad civil por daño anticompetitivo. *Primero*: Un *hecho ilícito anticompetitivo* (la *faute* o hecho generador del daño). France Télécom incumplió su obligación legal de responder, en “condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a las demandas razonables de acceso al bucle local”. Con esto impidió el acceso de empresas competidoras al mercado minorista de internet y colocó a su filial Wanadoo “en situación de cuasi-monopolio”. *Segundo*: El *nexo de causalidad*. La demandante sostuvo que sus dificultades económicas provenían de las tarifas practicadas por France Télécom, con las que era muy difícil convencer a potenciales inversores para que financiasen y se convirtiesen en socios de empresas proveedoras de internet que compitiesen con Wanadoo, la filial del monopolista histórico de telecomunicaciones en Francia. La demandada alegó, pero no convenció, que las dificultades económicas de las empresas rivales de su filial en ese mercado derivado no eran sino la consecuencia de un defectuoso plan de financiación de éstas y del estallido de la burbuja de internet. *Tercero*: la *existencia del daño*. Las empresas competidoras del antiguo monopolista se hicieron, finalmente, con cuotas significativas del mercado relevante; aunque con mucho más retraso que si la empresa tradicional con posición de dominio en el mercado no hubiera abusado de ésta, practicando una política comercial de precios agresiva, que supuso daños (*perte éprouvée*) y perjuicios (*perte de chance*).

Nada de todo esto se comprendería, si no se tuviera en cuenta la importancia que tuvieron para la *Cour d'appel* dos resoluciones del *Conseil de la Concurrence* sobre las que basó sus razonamientos (Decision del *Conseil de la Concurrence* de 18 febrero 20, nº 2000-MC-01; Decision del *Conseil de la Concurrence* de 13 mayo 2004, nº 04-D-18), en las que se reflejaba el estado de los mercados de telecomunicaciones en Francia y el lugar que France Télécom (luego convertida en Orange) ocupaba en él.

Finalmente, puede sorprender la enorme diferencia existente entre la indemnización solicitada por Cowes (117,4 millones de euros) y la que la *Cour* le concedió (7 millones de euros). Pero se explica sencillamente por el método de cálculo que empleó la *Cour d'appel* de París. Ésta consideró que las pérdidas de Cowes, en realidad, eran reconducibles al salario de treinta empleados (250.000 euros por mes) que la actora había contratado para una actividad empresarial desventurada. Se trata, pues, de una visión miope del caso, incapaz de apreciar la magnitud real de las significativas inversiones requeridas para poner en pie empresas de este sector económico (Sentencia *Cour d'appel* de París, ch. 5-11, 2 octubre 2015, nº 14/15779, *SAS Cowes* [antes, Subiteo] c/ *SA Orange* [antes, France Télécom])³⁷. Interpuesto recurso de casación contra la anterior sentencia, fue rechazado (sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale*, 26 abril 2017, 15-28.197, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00611)³⁸.

³⁷ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 231-232).

³⁸ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 221-222).

3. Los daños por actos anticompetitivos: sistema de sanciones privadas

11. Los *actos restrictivos de la competencia* imputables a las empresas son susceptibles de causar daños a otras empresas y, en general, a los consumidores³⁹. Esto es tan habitual que existe, incluso, una *presunción legal* de daños (*die Schadensvermutung*): “Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario” (art. 76.3 LDC [según el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 mayo])⁴⁰. La *carga de la prueba* recae, por tanto, sobre quien alegue que un

³⁹ *Vid., ad ex.*, B. AMORY/G. VAN DE WALLE/N.A. SMUHA, “The object-effect dichotomy and the requirement of harm to competition: on the road to clarity after cartes bancaires?”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 65-85; C. BELLAMY, “‘Restriction of competition’: a historical perspective”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 31-37; A. CHOWDHURY, “The notion of restriction of competition: economic prospects”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 375-381; M. COUSIN, “La concurrence potentielle: réflexions sur le traitement juridique d’une variable économique”, *Concurrences*, n° 1, 2007, pp. 38-47; C. ESTEVA MOSSO, “The contribution of merger control to the definition of harm to competition”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 311-321; L. GYSELEN, “What makes an agreement anti-competitive: lessons from the past”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 111-135; K. HABERKAMM, *Intrabrand-Wettbewerb und Missbrauchsaufsicht: Abgrenzung von Märkten und Bestimmung von Marktstärke im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Hamburg, Kovac, 2003; P. IBÁÑEZ COLOMO/A. LAMADRID DE PABLO, “On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 333-373; M.M. KAROLLUS, “Schadenersatz wegen EG-Kartellverstößes auch für Verbraucher”, *Ecolex*, 2006, pp. 797-799; J. KESSLER, “Private Enforcement - Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes”, *WRP*, 2006, pp. 1061-1070; W.J. KOLASKY, “What is competition? A comparison of the U.S. and European perspectives”, *Antitrust Bull.*, 49, 1-2, Spring-Summer 2004, pp. 29-54; I. MAHER, “The challenge of European competition network convergence in the definition of harm to competition”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 87-108; R. O’DONOGHUE, “What makes a unilateral conduct abusive: the legal perspective”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 169-238; R. SCHMIDT, “Wettbewerbsverfälschung als Handlungsmaxime”, en *Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2014, pp. 645-652; D. RITZMANN, “Lundbeck and the economics of potential competition”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 47-50; A.C. SCHREY, *Dritt Wettbewerb im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Berlin, Logos, 2005; B. SMULDERS, “The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 51-63; J. TEMPLE LANG, “Restriction of competition and exclusionary abuse under Article 102: the solution”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 239-254.

⁴⁰ Esta presunción *iuris tantum* de nuestro ordenamiento jurídico es la transposición legal del art. 17.2 de la Directiva de daños antitrust. Sobre ella y, en general, sobre el problemático cálculo de la cuantía de los daños anticompetitivos, *vid., ad ex.*, E. AL MUREDEN/M. DE PAMPHILIS, “Valutazione dei danni”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 125-155, en especial pp. 150-152 (por M. DE PAMPHILIS); A. DOOSE, “Methods for calculating cartel damages: a survey”, *ZWeR*, 2014, pp. 282-299; A. FRITZSCHE, “Die Schadensvermutung: Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle”, *NZKart*, 5, 11, 2017, pp. 581-584; J. HAUCAP/T. STÜHMEIER, “Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie”, *WuW*, 2008, pp. 413-424; M. HAUSER/A. FRANTZMANN, “Höhe des Schadens”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 297-342 (pp. 311-313); M.C. IACOVIDES, “The presumption and quantification of harm in the Directive and the practical guide”, en M. BERGSTRÖM/M.C. IACOVIDES/M. STRAND (EDS.), *Harmonising EU competition litigation: the new Directive and beyond*, Oxford, Hart, 2016, pp. 295-313; T. ROUHETTE, “Determining liability: critical observations on the proposed presumption of harm: a diabolical presumption of platonic harm”, en J. DERENNE/E. MORGAN DE RIVERY/N. PETIT (ED.), *Antitrust damages in EU law and policy*, Brussels, 2015, pp. 141-146; y, en la jurisprudencia, sentencia BGH 12 julio 2016, KZR 25/14, *NJW*, 2016, p. 3527 (p. 3532) – Lottoblock II. Cuestión distinta, aunque relacionada con la anterior, es la de si la legislación debiera precisar, además, en la presunción la cuantía en términos porcentuales del sobre precio. El tema es polémico. *Vid., ad ex.*, sentencia OLG Karlsruhe 31 julio 2013, 6 U 51/12, juris – Feuerwehrfahrzeuge, § 72, sentencia LG Düsseldorf 19 noviembre 2015, 14d O 4/14 juris – Autoglas-Kartell, § 206, y R. ELLGER, “Kartellschaden und Verletzergewinn”, en *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 191-225 (pp. 214-215); R. GALLE, “Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen: Stand und Perspektiven”, *NZKart*, 4, 5, 2016, pp. 214-220 (p. 214); M. HAUSER/A. FRANTZMANN, “Höhe des Schadens”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 313; R. INDERST/S. THOMAS, *Schadenersatz bei Kartellverstößen: eine*

acuerdo colusorio no ha producido daños⁴¹. Éstos suelen traducirse en una pérdida de ingresos o en un incremento de los precios (*Overprice, Overcharge, Preisaufschlag*)⁴². En efecto, estudios de Economía Industrial muestran dos hechos (A. WOLF): Primero: Los miembros de un cártel obtienen, de promedio, unas ganancias entre el 15 y el 20%, aunque puedan llegar hasta un 40% en ocasiones. En este sentido, cabe recordar que el § 88/C de la Ley húngara de cárteles de 1 junio 2009 estableció una presunción *iuris tantum* de un sobreprecio del 10%⁴³. Segundo: Los cárteles internacionales suelen conseguir, de promedio, unos beneficios (30-33%) superiores a los que logran los cárteles meramente nacionales (17-19%)⁴⁴. Con márgenes de beneficios tan elevados, un dilema inquietante se exterioriza a la sociedad: O se lucha contra los actos antitrust tanto con un *sistema de sanciones públicas* como con otro *sistema de sanciones privadas* (el resarcimiento de los daños antitrust) o el incumplimiento de la Ley resulta rentable para los cartelistas⁴⁵.

12. La Directiva 2014/104/UE refleja tres ideas fundamentales: (a) La *restitutio in integrum* o “derecho al pleno resarcimiento”: “*El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia [...]*” (art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE). (b) El derecho al pleno resarcimiento comprende tanto la indemnización por el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*)⁴⁶ como el pago de intereses (Considerando [12] y art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE)⁴⁷. (c) El principal daño que padece la víctima de un cártel o del abuso de una empresa con posición dominante suele ser el “sobrecoste”; es decir, “[...] *la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia*” (art. 2.20] de la Directiva 2014/104/UE). Obsérvese el *carácter contrafactual* de la noción de “sobre-

Untersuchung der juristischen und ökonomischen Grundlagen, Methoden und damit verbundenen Rechtsfragen betreffend die Ermittlung des Schadens bei Verstößen gegen das Kartellverbot, Düsseldorf, Handelsblatt Fachmedien, 2015, pp. 103 y 216-217; J.O. RAUH/A. ZUCHANDKE/S. REDDEMANN, “Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht”, *WRP*, 2012, pp. 173-183 (p. 183).

⁴¹ A. FRITZSCHE, “Die Schadensvermutung: Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle”, *NZKart*, 5, 11, 2017, pp. 581-584.

⁴² *Vid.*, *ad ex.*, R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759.

⁴³ *Vid.* C.I. NAGY, “Schadensersatzklagen im Falle kartellrechtlicher Rechtsverletzungen in Ungarn”, *WuW*, 60, 9, 2010, pp. 902-911 (p. 902).

⁴⁴ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 43.

⁴⁵ F. BÖNI/A. WASSMER, “Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei der Festlegung von Kartellgeldbußen”, *EWS*, 28, 5, 2017, pp. 241-245.

⁴⁶ La STJCE 27 enero 2000, C-104/89, *Mulder y otros/Consejo y Comisión*, ECLI:EU:C:2000:38, § 79, dejó claro que: “[...] *el lucro cesante no es el fruto de un simple cálculo matemático, sino el resultado de una operación de valoración y de análisis de datos económicos complejos. El Tribunal de Justicia debe en efecto valorar unas actividades económicas de naturaleza en gran parte hipotética. Dispone por tanto, al igual que el Juez nacional, de un margen de apreciación considerable, tanto en lo que respecta a las cifras y datos estadísticos que hay que tomar en consideración, como, sobre todo, en lo relativo a su utilización para el cálculo y valoración del perjuicio*”.

⁴⁷ La STJUE 2 agosto 1993, C-271/91, *Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1993:335, § 31, defendió ya el pago de intereses: “[...] *la reparación íntegra del perjuicio sufrido por un despido discriminatorio no puede prescindir de elementos, como el transcurso del tiempo, que, de hecho, pueden reducir su valor. La imposición del pago de intereses, según las normas nacionales aplicables, debe pues considerarse como un elemento indispensable de la indemnización que permite el restablecimiento de una igualdad de trato efectiva*”. *Vid.* los comentarios de N. COLNERIC, “Voller Schadensersatz bei geschlechtsbedingter Diskriminierung”, *ZEuP*, 1995, pp. 650-654; D. CURTIN, *C.M.L.Rev.*, 1994, pp. 631-652; B. FITZPATRICK/E. SZYSZCZAK, “Remedies and Effective Judicial Protection in Community Law”, *Mod. L. Rev.*, 1994, pp. 434-441; S. MOORE, “Compensation for Discrimination?”, *Eur.L.Rev.*, 1993, pp. 533-541; G. STANSFIELD, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1994, pp. 437-440; T. TRIDIMAS, “Horizontal effect of directives: a missed opportunity?”, *Eur.L.Rev.*, 1994, pp. 621-636; F. WOOLDRIDGE/R. D’SA, “Damages for Breaches of Community Directives: The Decision in Marshall (No. 2)”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 1993, pp. 255-258; G.L. ZICCOLELLA, “Marshall II: Enhancing the Remedy Available to Individuals for Gender Discrimination in the EC”, *Fordham Int.L.J.*, 1994, pp. 641-683. Sobre el cálculo de intereses, *vid.*, *ad ex.*, R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759 (pp. 725-727); V. ROBERTSON, “Der Zinsanspruch beim kartellrechtlichen Schadensersatz”, *ÖBl*, 2016, pp. 156-163.

coste”: No es la diferencia entre el precio realmente pagado por el comprador y el precio que hubiera pagado si ese mismo mercado fuera un mercado plenamente competitivo (*competencia pura o perfecta*), sino la diferencia entre el “precio real” en el mercado en que tuvo lugar la transacción y el “precio hipotético” que se hubiera pagado, *si no hubieran existido las trabas e imposiciones del acto anticompetitivo* (cártel o abuso de posición dominante).

13. ➤ Caso 1. Daños civiles e infracción de normas antitrust: cártel de los camiones (2017). El Ayuntamiento de Göttingen (Alemania) compró al demandado (MAN Truck & Bus Deutschland GmbH) camiones para sus empresas públicas de recogida de basura y bomberos entre 2001 y 2011. El precio pagado era muy elevado puesto que lo habían fijado varios fabricantes europeos, que constituían el denominado *cártel de los camiones (trucks cartel, LKW-Kartell)*. En efecto, en el año 2016, la Comisión Europea había multado con cerca de 2.926 millones de euros a varios fabricantes de camiones, en un procedimiento administrativo sancionador en el que se consideró que cinco de ellos (MAN, Daimler, Volvo/Renault, IVECO y DAF) habían participado en el *cártel de los camiones (trucks cartel, LKW-Kartell)* (Dec.Com. 19 julio 2016, Asunto AT.39824 — *Camiones*)⁴⁸. En 2017, la Comisión sancionó a Scania, el fabricante sueco de camiones que, a diferencia de los otros cinco fabricantes de camiones, no llegó a un acuerdo con la Comisión reconociendo su responsabilidad, con una multa aproximada de 880 millones de euros (Dec.Com. 27 septiembre 2017, AT.39924, *Camiones*)⁴⁹. Solución→ La sentencia LG Hannover 18 diciembre 2017 estimó la existencia de un sobreprecio aplicado a ventas que ocurrieron entre mayo 2004 y septiembre 2010 y condenó al mencionado cártel⁵⁰. El LG circunscribió los actos anticompetitivos a las ventas realizadas por el demandado en el período de tiempo en el que participó en el cártel, según la decisión de condena adoptada por la Comisión europea; por tanto, no estimó que debiera tomar en consideración las ventas realizadas por MAN al Ayuntamiento de Göttingen con anterioridad a ese período de tiempo. Para dejar establecido el *nexo de causalidad*, el LG Hannover acudió a *dos presunciones*. *Primera*: Cabía presumir que el *cártel de los camiones* había tenido el efecto de incrementar los precios. Frente a la postura del demandado, según la cual el cártel de los camiones tenía por objeto fijar los precios mayoristas y no suponía un incremento de los precios minoristas, el LG sostuvo con claridad que no sólo los cárteles que fijan cuotas, sino también los cárteles que fijan los precios mayoristas incrementan los precios de los minoristas; puesto que las tarifas fijadas para los mayoristas sirven de base para negociar los precios minoristas. *Segunda*: Cabía presumir también que, en concreto, las compras realizadas por el demandante habían sido afectadas por el cártel; mientras que, por el contrario, no cabía extender esta presunción a los bienes o servicios suministrados por terceros, empresas ajenas al cártel.

Existían *modificaciones convencionales de la responsabilidad extracontractual (liquidated damage clauses, pauschalierte Schadensersatzklauseln)*⁵¹. Adoptaban la forma de cláusulas insertas en los contratos concluidos por la ciudad de Göttingen con el demandado (MAN Truck & Bus Deutschland GmbH), en las que se disponía que el vendedor debería pagar una cantidad global del 5% (para pedidos en 2001 y 2002) o 15% (para los pedidos posteriores), en caso de que se produjese una infracción del

⁴⁸ Vid. Resumen de la Dec.Com. 19 julio 2016, Asunto AT.39824 — *Camiones*, DO C 108 de 6 abril 2017.

⁴⁹ European Commission - Press release: “Antitrust: Commission fines Scania €880 million for participating in trucks cartel”, Brussels, 27 September 2017, IP/17/3502.

⁵⁰ ECLI:DE:LGHANNO:2017:1218.1808. Vid., *ad ex.*, I. FAES, “La Justicia ve un sobreprecio debido al cártel de camiones”, *elEconomista.es*, 6 marzo 2018; A. PETRASINCU/B. RIGOD, “Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell – Landgericht Hannover gibt Schadensersatzklage von Kommune weitgehend statt –”, *WuW*, 02.03.2018, Heft 03, pp. 126-129; J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10.

⁵¹ Sobre esta cuestión, *vid.*, *ad ex.*, L. HORNSKOHLE, “Pauschalierte Schadensersatzklauseln zur Überwindung von Beweisnöten: die Kartellschadensersatzrichtlinie und Probleme ihrer Umsetzung”, *GPR*, 15, 1, 2018, pp. 44-50; K.M. LÖWENKAMP/M. NUYS, “Zu Grund und Grenzen pauschalierter Kartellschadensersatzklauseln”, *NZKart*, 5, 2, 2017, pp. 61-68; G. PONZANELLI, *Le clàusole di esonero dalla responsabilità civile: Studio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1984; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, pp. 660-661. Para la distinción entre las *liquidated damage clauses* y las denominadas *cláusulas penales*, *vid.*, *ad ex.*, J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (pp. 5-6/10).

Derecho antitrust que afectase a la oferta y de que, además, no se hubiese probado que la cuantía de la indemnización debiera ser otra. *Ejemplo*: “Cuando el contratista con ocasión de la adjudicación haya celebrado y se acredite un acuerdo que suponga una limitación ilegal de la libre competencia, deberá abonar al Contratante un importe equivalente al 5% de la suma facturada a no ser que se acredite un daño por un importe diferente”⁵². El LG Hannover consideró que estas cláusulas contractuales eran válidas, interpretación que algunos tribunales alemanes habían sostenido con anterioridad a este caso. El LG consideró que una indemnización global del 15% era adecuada; puesto que, como mostraba un conocido estudio elaborado por expertos, era habitual, en circunstancias normales, que el sobreprecio medio de un cártel fuese un 18% (el estudio de Oxera, *Quantifying antitrust damages*, Diciembre 2009)⁵³.

Quedó sin precisar la cuantía exacta de la indemnización, que sería objeto de otro procedimiento. Como ha puesto de relieve J. SUDEROW, conviene observar lo siguiente: En primer lugar, se trata de un tipo de procedimiento judicial del Derecho procesal alemán contemplado en el § 304 ZPO, que permite que se dicte una sentencia de carácter declarativo, la *Grundurteil* o sentencia intermedia, que resuelve una cuestión concreta, para la que dispone de suficientes pruebas y que puede ser analizada separadamente, sin que concrete la cuantía que finalmente deberá ser pagada⁵⁴. En segundo lugar, el § 304 (*Zwischenurteil über den Grund*) ZPO recuerda, *servata distantia*, a las sentencias con reserva de liquidación de nuestro art. 219 LEC⁵⁵.

14. ➤ Caso 2. Daños civiles e infracción de normas antitrust: cártel de las vías (2018). La ciudad de Munich (Alemania) presentó una demanda de indemnización de daños contra siete empresas de Alemania y Austria que concluyeron acuerdos restrictivos de la competencia entre 2001 y 2011 y que operaban en el sector de los raíles, traviesas y agujas ferroviarias (el denominado *cártel de las vías* [*Schienerkartell*]). Solución → La sentencia OLG München 8 marzo 2018 (Az. U 3497/16 Kart) confirmó en su mayor parte la decisión recurrida (sentencia LG München I [37 O 24526/14]) y proclamó la obligación de indemnizar daños⁵⁶.

15. ➤ Caso 3. Reparación del lucro cesante y cálculo de los intereses mediante la tasa de capitalización media del sector: SNCF c/ Pellegrini [Switch](2014). En 2009, el *Conseil de la Concurrence* francés sancionó a dos de las mayores empresas del sector turístico, SNCF y Expedia, por haber creado una filial común para que ofreciera servicios como agencia de viajes (decisión de la *Autorité de la Concurrence*, 5 febrero 2009, n° 09-D-06). Según la Autoridad Nacional de la Competencia francesa, SNCF y Expedia habían concluido una entente “*ayant pour objet et pour effet de favoriser leur filiale commune sur le marché des services d’agence de voyage prestés pour les voyages de loisirs au détriment de ses concurrents*”. Cuatro de éstos (Karavel, Promovacances.com, Lastminute y Switch) habían promovido precisamente el procedimiento administrativo sancionador. Tras algunos acontecimientos procedimentales y procesales, Maître Pellegrini, liquidador judicial de Switch, pretendió que se le indemnizase el lucro cesante (*gain manqué*) por valor de 8, 59 millones de euros. Solución → La *Cour d’Appel* de París le concedió finalmente 8,6 millones de euros + 60.000 euros en virtud del art. 700 del *Code de procédure civile* (pago de costas). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Apelación tuvo que resolver dos cuestiones. *Primera*: En qué consistía, en el caso concreto, el *lucro cesante*. Según el Tribunal de apela-

⁵² Traducción de J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 6/10).

⁵³ Oxera Consulting, *Quantifying antitrust damages – Towards non binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission, December 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_study.pdf.

⁵⁴ J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 2/10).

⁵⁵ J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 9/10, [nota 15]).

⁵⁶ Oberlandesgericht München, Pressemitteilung 35 vom 08.03.2018 (“OLG bejaht Schadensersatzpflicht wegen ‘Schienerkartell’”), en justiz.bayern.de.

ción no era otra cosa que el hecho de que una sociedad competidora (Switch) “*a perdu, de façon certaine, la faculté de proposer ses produits non ferroviaires aux clients ferroviaires de la SNCF*”. Segunda: el criterio de cálculo de los intereses. Éste depende, fundamentalmente, si se entiende que se trata de intereses moratorios o intereses compensatorios. El perito judicial había sugerido en el transcurso del procedimiento que se pagase el *interés legal del dinero*; pero la *Cour d’Appel* se negó, considerando que éste no tiene más propósito “*qu’à compenser la perte de valeur liée au temps passé sur la base d’une absence de prise de risque*”. Por el contrario, la *Cour d’Appel* se inclinó claramente por los intereses compensatorios, cuando afirma que los intereses compensan los “*effets négatifs résultant de l’écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l’infraction, à savoir l’érosion monétaire, mais également la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l’indisponibilité du capital*”. Por último, el Tribunal de apelación confirmó la sentencia recurrida, estimando que era correcta la utilización de la *tasa de capitalización media* en el sector del turismo. Esto significa, ante todo, que la *Cour d’Appel* considera lícita la aplicación de un índice que concede un mayor nivel de reparación legal del dinero. Además, la *Cour d’Appel* contempla la posibilidad de que el déficit de tesorería empuje a la víctima del acto anticompetitivo a tener que solicitar préstamos que cubran aquél y la necesidad, por tanto, de tener que indemnizarle la pérdida padecida por el *interés del préstamo bancario*. Se trata de una solución que recuerda el WACC (*weighted average cost of capital*). En definitiva, el tribunal francés considera *lato sensu* que el término intereses puede comprender tres supuestos que no son necesariamente excluyentes entre sí: los intereses “por mora” + los intereses “remuneratorios” por “coste de oportunidad” + los intereses “remuneratorios” por “coste de capitalización” (sentencia *Cour d’Appel* de París, ch. 5-4, 14 diciembre 2014, *SNCF/Maître Pellegrini [liquidateur judiciaire de Switch]*, RG 13/08975)⁵⁷.

4. Restricciones de la competencia y afectación del comercio entre Estados miembros

16. Los hechos limitativos de la competencia mencionados tienen un *origen unilateral o plurilateral*⁵⁸. Se habla, a este respecto, de *abusos de posición dominante* o de *acuerdos colusorios*. En este último caso, es necesario que varias empresas presten su *consentimiento* a una entente⁵⁹. A quienes participan en ella se les conoce, de ordinario, como *cartelistas*; aunque, en rigor, el cártel es una especie de un género mayor, que es el acuerdo colusorio.

17. El Derecho antitrust europeo dispone de dos normas fundamentales -el art. 101 y el art. 102 TFUE- para ambos tipos de hechos limitativos de la competencia (*ententes y abusos de posición dominante*). Estas dos normas jurídicas europeas y el Derecho de la UE derivado de ellas coexisten con las legislaciones nacionales en defensa de la libre competencia. El Derecho antitrust europeo únicamente es aplicable a las restricciones de la competencia que *afectan o pueden afectar al comercio entre Estados miembros de la UE*⁶⁰.

⁵⁷ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 (pp. 218-221).

⁵⁸ *Vid., ad ex.*, B. JEDLICKOVÁ McCABE, “Boundaries between unilateral and multilateral conducts in vertical restraints”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 29, 10, 2008, pp. 600-607; A. SCHULZ, “Bayer/Adalat: a unilateral decision? (Commission v. Bayer, judgement of 6 January 2004, joined cases C-2/01P and C-3/01P)”, *ELR*, n° 1, January 2004, pp. 18-21; U. WICKIHALDER, “The distinction between an ‘agreement’ within the meaning of Article 81(1) of the EC Treaty and unilateral conduct”, *ECJ*, 2, 1, 2006, pp. 87-117.

⁵⁹ *Vid., ad ex.*, T. LETTL, “Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB”, *WuW*, 67, 9, 2017, pp. 422-427.

⁶⁰ *Vid., ad ex.*, I. ALTZELAI ULIONDO, “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”, *RCD*, n° 9, 2011, pp. 51-72; D. ARTS/K. BOURGEOIS, “Some reflections on the effect on trade concept contained in Articles 101 and 102 TFEU”, en D. ARTS ET AL. (EDS.), *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Brussel, Larcier, 2014, pp. 331-346; L. BERENGUER-FUSTER, “¿Se debe mantener la exigencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?”, en S. MARTÍNEZ LAGE/A. PETITBÓ-JUAN (Dir.), *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2005, pp. 189-208; M. BOTTA/A. SVETLICHINI/M. BERNATT, “The assessment of the effect on trade by the national competition authorities of the ‘new’ Member States: another legal partition of the internal market?”, *C.M.L.Rev.*, 52, 5, 2015, pp. 1247-1275; P. BRIDGELAND, “Court of Firts Instance upholds three Commission decisions relating to beer ties”, *Competition Policy Newsletter*, n° 2, June 2002, pp. 45-47; R. BURNLEY, “Interstate trade revisited: the jurisdictional criterion for Articles 81 and 82 EC”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 23, 5, May 2002, pp. 217-226; M.F. CAMPOS, “The evolution of the ‘effects on trade’ and

18. ➤ *Caso. Reparación del lucro cesante originado por un abuso de posición dominante local o regional: La Montagne et al. c/ Aviscom (2016)*. En el caso de que la práctica supuestamente anticompetitiva no afecte real ni potencialmente al comercio entre los Estados miembros de la UE, el Derecho antitrust europeo no es competente. Esto no significa que se produzca un “vacío jurídico”. Significa, por un lado, que el Derecho antitrust de la UE “se repliega” y su lugar lo ocupa el Derecho del Estado miembro en que se produce el acto anticompetitivo: a él le corresponde fijar los requerimientos para que dicho comportamiento se considere anticompetitivo y, en su caso, especificar cuáles son sus consecuencias. No hay duda ni sobre la nacionalidad de los tribunales que nazcan de los eventuales litigios (los del país en el que se realizan los actos anticompetitivos) ni del Derecho que éstos deberán aplicar a las acciones de reparación por daños anticompetitivos (el Derecho interno de los tribunales que conozcan del fondo del asunto). Esto es lo que sucedió en el caso *La Montagne et al. c/ Aviscom*. Los hechos que se encuentran en el origen de este caso son los siguientes: Aviscom era una sociedad que explotaba comercialmente anuncios necrológicos y condolencias *on line*. Su página web era www.avis-de-deces.net. Aviscom gestionaba con las familias de los difuntos que insertasen una indicación en las necrológicas publicadas por la prensa regional (“*condoléances et témoignages sur www.avis-de-deces.net*”) para que los allegados que quisiesen se dirigieran a este servicio y, previo pago, dejaran constancia de sus sentimientos. Como el negocio parecía prometedor, *La Montagne* y otros periódicos del centro de Francia montaron a su vez una sociedad rival, cuya página web respondía a la sugerente denominación www.dansnoscoeurs.fr. No sólo hicieron esto. Además, insertaron una indicación semejante a la anterior en su edición impresa (“*avis et condoléances sur www.dansnoscoeurs.fr*”) y propusieron a las empresas de pompas fúnebres una difusión del mencionado aviso tanto en la prensa impresa como *on line*. Aviscom demandó a *La Montagne* y demás empresas que explotaban el sitio web rival, acusándolas de cometer varias infracciones del Derecho de la competencia, en particular un abuso de posición dominante por contratos acoplados. Como consecuencia de ello, Aviscom solicitó una indemnización por un importe de 635.000 euros. Solución → La *Cour d’Appel* de París estimó parcialmente la pre-

‘distortion of competition’ requirements under the EU State aid regime”, en S.O. PAIS (ED.), *Competition law challenges in the next decade*, Brussels, Lang, 2016, pp. 197-213; B. CHEYNEL, “Nouvelle approche de la Commission en matière d’aides publiques en faveur d’activités économiques de dimension purement locale: de la relecture du critère d’affectation des échanges entre États membres”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 44, 2015, pp. 56-62; M. COUSIN, “La concurrence potentielle: Réflexions sur le traitement juridique d’une variable économique”, *Concurrences*, 1, 2007, pp. 38-47; S. DEGEN, *Die Zwischenstaatlichkeitsklausel des europäischen und deutschen Kartellrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2004; C. DEKKER, “The ‘effect on trade between the Member States’ criterion: is it the right criterion by which the Commission’s workload can be managed?”, *European State Aid Law Quarterly*, 16, 2, 2017, pp. 154-163; W. FRENZ, “Bezweckung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bei Gebietsabgrenzungen”, *WuW*, 63, 1, 2013, pp. 41-44; B. HERBERS, *Die Anwendung der §§1, 2 GWB auf Sachverhalte mit fehlender Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten der EG*, Köln, Heymann, 2009; W. KIRCHHOFF, “Effect on trade between Member States”, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F.J. SÄCKER/P. MARSDEN/R. MURRAY, *Competition Law: European Community Practice and Procedure: Article-by-Article Commentary*, London, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 629-649; J. KOCH, “Kartellrechtsentscheidung des EuGH in Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug?”, *WuW*, 56, 7-8, 2006, pp. 710-719; M. LORENZO ALONSO, *Die Neuausrichtung der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81, 82 EG. Folgen der neuesten Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts für die Zwischenstaatlichkeitsklausel – unter besonderer Berücksichtigung des Bankenbereichs*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; F. PERTEK, “Geheime Kartelle auf dem belgischen Biermarkt (Brouwerij Haacht vs. Kommission, T-48/02, EuG vom 6. Dezember 2005)”, *ELR*, n° 12, 2005, pp. 484-487; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Affectation du commerce entre États membres”, en G. CANIVET (Dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, pp. 51-83; J.-C. RODA, “L’affectation de l’‘interstate commerce’ en droit antitrust américain”, *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 30-32; A. SINNAEVE, “Does aid for theatres affect trade between Member States?”, *EStAL*, 7, 1, 2008, pp. 7-11; U. SOLTÉSZ, “Die Zwischenstaatlichkeitsklausel(n) im europäischen Kartell- und Beihilferecht: Parallelen, Gegensätze und Perspektiven”, en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2006, pp. 501-513; U. SOLTÉSZ/T.M. PFLOCK, “Die ‘Wiederentdeckung’ der beihilferechtlichen zwischenstaatlichkeitsklausel: vom Schattendasein ins Scheinwerferlicht?”, *EuZW*, 28, 6, 2017, pp. 207-213; R.M. STRAUB, “Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen”, *AJP*, 25, 5, 2016, pp. 559-579; E.M. SZYSZCZAK, “Distortion of competition and effect on trade between EU Member States”, en *State aid law of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 151-160; I. TACCANI, “The scope of EU and national competition law: the effect on interstate trade criterion in practice”, en B. CORTESE (ED.), *EU competition law: between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law international, 2014, pp. 47-72; J.-P. VIENNOIS, “Clarification du champ d’application du droit communautaire de la concurrence (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d’affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité)”, *Petites affiches*, vol. 393, n° 190, 22 septembre 2004, pp. 9-12; S. WIMMER-LEONHARDT, “Zur zwischenstaatlichen Bedeutung von Mittelstandskartellen”, *WuW*, 56, 5, 2006, pp. 486-492.

tensión de Aviscom. Reconoció que había habido abuso de posición dominante. Declaró que Aviscom tenía que ser indemnizada. Finalmente, sin embargo, le concedió sólo 20.000 euros, que correspondían a los siguientes conceptos: 5.000 euros por actos de competencia desleal (desorganización) + 5.000 euros por abuso de posición dominante (contratos acoplados) + 10.000 euros en concepto de costas (art. 700 del *Code de procédure civile*). La diferencia entre la indemnización pretendida por Aviscom y la efectivamente obtenida es abismal. La sentencia de la *Cour d'Appel* de París merece algunas puntualizaciones. *Primera*: Existía un daño innegable, que merecía ser indemnizado: la “*perte de chance de conquérir des parts supplémentaires du marché des annonces nécrologiques*” (= *lucro cesante*). *Segunda*: Ese daño había sido causado por un comportamiento abusivo; puesto que su finalidad era expulsar a Aviscom del mercado de anuncios necrológicos *on line* mediante la conclusión de contratos vinculados: “*Considérant que la pratique en cause a eu pour but de favoriser la société Dansnoscoeurs et par là même, son associé le Journal La Montagne et sa régie publicitaire; qu'en effet, cette pratique d'une offre couplée imposée interdit de fait aux sociétés concurrentes de s'installer sur le marché des annonces nécrologiques en ligne puisque leur service proposé sur le site www.avis-de-decès.net fait double emploi avec celui imposé par le journal La Montagne sur le site www.dansnosceurs.fr et que les familles n'ont alors aucun intérêt financier à souscrire à deux services internet qui rempliront le même office [...]*”. *Tercera*: La *Cour d'Appel* de París no consideró la “credibilidad” e “imagen de marca” de Aviscom hubieran resultado perjudicados (= *daños morales*). Aviscom, pese a todo, sí que había conquistado partes del mercado relevante. Sus inversiones no habían sido en vano; ya que sí habían tenido cierta rentabilidad. Además, Aviscom no probó, dado que a ella le correspondía el *onus probandi*, que: “[...] le préjudice matériel qu'elle a subi est constitué par la perte de chance de conquête du marché des annonces nécrologiques, la ruine de l'intégralité de ses investissements et le délai nécessaire à la reconquête du marché, soit deux ans [...]” (sentencia *Cour d'Appel* de París, ch. 5-4, 7 diciembre 2016, *La Montagne et al. c/Aviscom*, RG 14/01036)⁶¹.

5. Las dos cuestiones fundamentales de Derecho internacional privado: *forum* y *ius*

19. Por todo ello, cuando las *víctimas* de conductas anticompetitivas quieren hacer valer su derecho a la reparación de daños surgen *dos cuestiones* de DIPr.: ante qué tribunal deberán litigar y qué legislación estatal aplicará el órgano judicial competente⁶².

20. Para responder a esas *dos cuestiones fundamentales*, hay que aplicar *dos Reglamentos de la UE*: El Reglamento 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (“Reglamento Bruselas I-bis”)⁶³ y el Reglamento

⁶¹ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 225-227]).

⁶² *Vid.*, *ad ex.*, D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community Competition Law”, *ZWeR*, 2006, pp. 1-27 (p. 7); J. BASEDOW, “Jurisdiction and choice of law in the private enforcement”, en J. BASEDOW (ED.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 229-253; F. BULST, “Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht”, *EWS*, 2004, pp. 403-410; C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 171-194; L. IDOT, “La dimension internationale des actions en réparation: choisir sa loi et son juge: quelles possibilités?”, *Concurrences*, n° 3, 2014, pp. 43-53; ID., “The international aspects of private enforcement after the Directive 2014/104/EU: gaps in the EU system and competition between national laws?”, en E.A. RAFFAELLI (ED.), *Antitrust between EU law and national law: XII Conference (Treviso, 2016)*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 119-139; J. LIEDER, “Die Aufrechnung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *RabelsZ*, 78, 2014, pp. 809-843; M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht: Ein Beitrag zur kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, Recht & Wirtschaft, 1987; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Conflits de lois et conflits de compétence pour les actions privées fondées sur les atteintes aux règles communautaires de concurrence”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 18, 2009, pp. 104-112; S. POILLOT-PERUZZETTO/D. LAWNIKA, “Relevance of the distinction between the contractual and non-contractual spheres (jurisdiction and applicable law)”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, 2012, pp. 131-157; W. WURMNEST, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten”, *EuZW*, 23, 24, 2012, pp. 933-939.

⁶³ Sobre él, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

(CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Reglamento Roma II”)⁶⁴. La Directiva de daños antitrust ha creado un *Derecho material armonizado* -no una disciplina jurídica uniforme, en sentido estricto-; pero no se ocupa de estos dos problemas jurídicos. Los autores de dicha Directiva dieron por supuesto que, de la acción civil por daños anticompetitivos, conocerían los tribunales de algún Estado miembro y que éste aplicaría, por tanto, la legislación dictada en desarrollo de dicha Directiva. La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea contiene una serie de normas que unifican parcialmente las reglas de procedimiento judicial de los Estados miembros aplicables a las reclamaciones judiciales derivadas de infracciones del Derecho de la competencia. Para precisar de qué Estado miembro podrían ser esos órganos judiciales y cuál de las diversas, aunque armonizadas, legislaciones de los Estados miembros (si la propia o la de otro Estado miembro) se confió en el Derecho Internacional Privado de la UE. Algunas voces doctrinales clamaron en el desierto a favor de la inclusión de normas de DIPr. específicas en el texto de la Directiva de daños antitrust⁶⁵. Finalmente, sin embargo, ésta no contuvo ninguna norma de competencia judicial o de competencia legislativa específica para este tipo de litigios. En el caso de las normas de competencia judicial internacional, la mayoría de la doctrina y, también, el legislador de la UE rechazaron la creación de foros especiales para las acciones de daños por infracción del Derecho antitrust europeo o la modificación de los ya recogidos en el (actual) Reglamento

⁶⁴ Sobre él, *vid., ad ex.*, J. AHERN (Ed.), *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international litigation regime*, Leiden, Nijhoff, 2009; O. BAETZGEN, *Internationales Wettbewerbs und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt. Kollisionsrecht zwischen Marktpaltung (“Rom II”) und Marktintegration (Herkunftslandprinzip)*, Köln, Berlin, München, 2007; D. BEIG Y OTROS, *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008; D.-C. BITTMANN, “Außervertragliche Schuldverhältnisse”, en M. WELLER (HRSG.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 153-220; C. BRIÈRE, “Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement “Rome II” et les conventions internationales”, *JDI Clunet*, 2005-3, pp. 677-694; C. BRIÈRE, “Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 31-74; G.-P. CALLIÈS (Ed.), *Rome Regulations: Commentary*, 2^a ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*. Ed. Comares, Granada, 2008; S. CORNELOUP (Dir.), *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, LexisNexis Litec, 2008; C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2006; O. DEINERT, “Das Herkunftslandprinzip und seine Bedeutung für das internationale Deliktsrecht”, *EWS*, 2006, pp. 445-454; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2008; M. FALLON, “Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *ERPL*, 1999, pp. 45-68; O. FOTINOPOILOU BASURKO (Dir.), *El Derecho de Huelga en el Derecho Internacional*, Tirant, 2016; P. FRANZINA, “Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, pp. 299-370; C.W. FRÖHLICH, *The Private International Law of non contractual Obligations according to the Rome-II Regulation: A comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort under European, English and German Law*, Hamburg, Kováč, 2008; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (‘Roma II’)”, *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 octubre 2007; M. GARDENES SANTIAGO, “La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr.*, 2000, pp. 159-183; A.S. DE S. GONÇALVES, *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado: a mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013; J.Y. GOTANDA, “Damages in Private International Law”, *RCADI*, t. 326, 2007, pp. 73-403; M. KÖCK, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rom II’)”, *RIW*, 2007, pp. 721-735; L. DE LIMA PINHEIRO, “O Direito de Conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – Uma primeira apreciação do Regulamento comunitário Roma II”, en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, pp. 9-44; D. LÜCK, *Neuere Entwicklungen des deutschen und europäischen internationalen Deliktsrechts*, Hamburg, Kováč, 2006; A. MALATESTA (Ed.), *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe*, Padova, Cedam, Padova, 2006; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013; J.C. SEUBA TORREBLANCA, “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”, *Indret*, 2005; G. WAGNER, “Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtstand”, *IPRax* 4/2006, pp. 372-390; ID., “Die neue Rom-II-Verordnung”, *IPrax*, 2008, pp. 1-17; R.J. WEINTRAUB, “Rome II and the Tension between Predictability and Flexibility”, *RDIPP*, 2005, pp. 561-572.

⁶⁵ M. DANOV/F. BECKER, “Governance aspects of cross-border EU competition actions: theoretical and practical challenges”, *Journal of Private International Law*, 10, 3, 2014, pp. 359-401 (p. 375); R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (p. 1186).

Bruselas I-bis con base en dos argumentos muy razonables: el carácter *general* del Reglamento Bruselas I-bis para los litigios sobre materia civil y mercantil y el temor a que constituyera un precedente que pusiera en peligro en el futuro, con respecto a otras cuestiones civiles y mercantiles, la *unidad y simplicidad del sistema europeo de competencia judicial internacional*⁶⁶.

21. Por otra parte, hay que señalar que el Reglamento Bruselas I-bis y el Reglamento Roma II son aplicables tanto en las acciones *stand-alone* como a las acciones *follow-on*. En una acción por daños anticompetitivos, el demandante tiene que alegar y probar tres requerimientos (H. HOVENKAMP): 1) que se ha sufrido un daño (*injury*); 2) que el daño fue causado por una infracción del Derecho antitrust (*antitrust violation*); y 3) que el daño se puede calificar como un “daño anticompetitivo” (*antitrust injury*)⁶⁷. Esto último es muy fácil de acreditar en las acciones *follow-on*, que son aquellas que se interponen basándose en una decisión administrativa firme y previa (o decisión judicial firme que la sustituya) en la que se constata la existencia del ilícito concurrencial; mientras que, en las demás acciones de reparación de daños anticompetitivos, las denominadas *stand-alone actions*, la ausencia de una decisión administrativa previa firme tiene que ser suplida por la actividad probatoria del demandante dirigida a acreditar que el hecho generador del daño reúne las características de un hecho ilícito anticompetitivo. *Ejemplo*: La *Cour d’appel* de París adoptó medidas urgentes, sólo después de haber constatado que *La Boule Obut*, empresa líder en la fabricación y comercialización de las bolas de petanca, que tenía posición dominante en este mercado, imponía tarifas superiores a los revendedores que grababan por su cuenta las iniciales de los jugadores en las bolas de petanca que revendían: ante la falta de explicaciones convincentes, la *Cour* consideró que se trataba de un abuso de posición dominante y ordenó su inmediato cese (sentencia *Cour d’Appel* de París, ch. 5-4, 7 diciembre 2016, *SAS Pétanque Longue c/ SAS La Boule Obut*, RG 16/15228)⁶⁸.

Se explica así que los tribunales rechacen demandas para obtener la reparación por el perjuicio causado, *ad ex.*, cuando los jueces de instancia no han motivado suficientemente su decisión, omitiendo constataciones necesarias para la delimitación del *mercado relevante*, condición indispensable para el establecimiento de una posición dominante (sentencia *Cour de cassation commercial* 12 abril 2016, *Résidences secondaires*, nº 14-26815, ECLI:FR:CCASS:2016:CO00374)⁶⁹, cuando la sociedad demandante no ha probado una práctica anticompetitiva -como la *estrategia de predación*, sin la que no puede haber precios predatorios (sentencia *Cour d’appel* de París, ch. 5-4, 13 abril 2016, *SARL Imperial Pub et SARL Gps c/ SA La Poste*, RG 13/24840)⁷⁰-. Por último, no pueden adoptarse *medidas urgentes de carácter provisional* (orden de cese de un pretendido abuso de posición dominante), cuando no se ha justificado ni el aparente *carácter ilícito de la práctica discutida* (la política comercial de Google de no permitir el acceso a su tienda de aplicaciones de las que tienen por objeto facilitar el acceso a juegos de dinero) ni que se vaya a producir un *daño inminente* (*ordonnance de référé Tribunal de commerce* de París, 15º ch., 20 junio 2016, *GIE Pari Mutuel Urbain c/ SARL Google France, Société Google Inc. et al.*, RG 2016035909)⁷¹.

⁶⁶ Sobre esta polémica jurídica, *vid.*, *ad ex.*, M. DANOV, “EU competition law enforcement: is Brussels I suited to dealing with all the challenges?”, *Int.Comp.L.Q.*, 61, 1, 2012, pp. 27-54 (p. 53); B. VILÁ COSTA, “How to apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to private enforcement of competition law: a coherent approach”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, Hart, 2012, pp. 17-29 (pp. 19-23); J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 9-10.

⁶⁷ H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 5ª ed., St. Paul, MN, West Academic, 2016, p. 812.

⁶⁸ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, nº 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 223-225].

⁶⁹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 237-239.

⁷⁰ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, p. 239.

⁷¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 239-240.

22. Caso. ¿Stand-alone action? *Reparación del perjuicio causado por una entente: Sainsbury's v. MasterCard (2016)*. La empresa Sainsbury's es un gigante de la distribución de alimentos en Reino Unido, donde posee una amplia red de supermercados. Sainsbury's acudió a los tribunales británicos, acusando al grupo MasterCard de ser el responsable de una entente que infringía el Derecho británico y europeo de la competencia. Desde el *punto de vista jurídico*, la idea era, en principio, muy defendible: MasterCard había promovido una trama de acuerdos entre empresas que constituía una entente que tenía *por objeto y por efecto* restringir la competencia en el mercado. Desde el *punto de vista económico*, las flechas de Sainsbury's apuntaban directamente al sistema de comisiones multilaterales de intercambio de MasterCard (en inglés, *multilateral interchange fee [MIF]*). El MIF es, *grosso modo*, un sistema de pagos instituido entre empresas que admiten los pagos mediante tarjeta de crédito y, con él, se designa, en ocasiones, el precio que paga el *banco del profesional (ad ex.*, la entidad bancaria con la que trabaja Sainsbury's) al *banco de emisión* (la entidad bancaria que trabaja con el consumidor) con el fin de compensar a éstos por los mayores gastos que soportan como consecuencia de sus actividades de emisión. El presente litigio se explicaba por un telón de fondo poco propicio a este sistema de pagos y por la propia experiencia de Sainsbury's. En efecto, como *telón de fondo*, había que contar con la mala prensa promovida contra las comisiones (consideradas abusivas) por el uso de tarjetas de crédito puestas en circulación por dos de los grandes: Visa (Dec.Com. 9 agosto 2001, *Visa Internacional*, Asunto COMP/D1/29.373, DO L 293 de 10 noviembre 2001; Dec.Com. 24 julio 2002, *Visa Internacional — Tasa multilateral de intercambio*, Asunto COMP/29.373, DO L 318 de 22 noviembre 2002) y la propia MasterCard (STJUE 11 septiembre 2014, C-382/12 P, *MasterCard y otros/ Comisión*, ECLI:EU:C:2014:2201)⁷². Desde la perspectiva de Sainsbury's, el panorama era desolador: la experiencia mostraba que un efecto anticompertitivo era el encarecimiento de los servicios bancarios a las empresas que recurrían a un sistema de pago mediante tarjeta de crédito. Dado que Sainsbury's era un gran distribuidor, el sobrecoste pagado constituía uno de los capítulos más oscuros de su contabilidad empresarial. Así que, finalmente, decidió acudir a los tribunales ingleses para que ordenaran la indemnización de este daño anticompertitivo. Solución → Dejando a un lado las diversas cuestiones muy interesantes que este caso planteó, hubo una sobre la que conviene decir algo, aunque apenas sean unas palabras: ¿Se trataba de una *stand alone action* o de una *follow-on action* ante tribunal inglés?. El *Competition Appeal Tribunal* (en lo sucesivo, CAT) dictó una sentencia muy extensa (297 páginas, sin contar los anexos) en la que dedicó toda una sección (la sección E) a aclarar cuál de esos dos tipos de acciones judiciales se daba en este caso. La decisión era importante por dos motivos. *Primero*: porque no siempre está claro en la práctica qué tipo de acción judicial se trata. *Segundo*: porque, en caso de que sea una *follow-on action*, las decisiones y sentencia europea antes mencionadas podrían desplegar efectos probatorios de cierto tipo ante el tribunal inglés; mientras que, si se trata de una *stand-alone action*, la *carga de la prueba* de la naturaleza anticompertitiva de la práctica cuestionada recae sobre el demandante (Sainsbury's). Es significativo que éste no pretendiese en ningún momento que se creyera que los actos contemplados en aquellas resoluciones europeas fuesen los mismos que los que ahora se discutían y, sin embargo, los mencionase reiteradamente: la asistencia jurídica de Sainsbury's sabía que recordar el pasado concurrencial del adversario promovía un *background* favorable a su causa. El CAT consideró que el sistema de comisiones multilaterales de intercambio creado por MasterCard era una entente que no tenía “por objeto”, pero sí “por efecto”, restringir la competencia. En consecuencia,

⁷² Comentada por C. CAFFARRA/J. SHINDER, “The ECJ Mastercard ruling: Debate on the judgment and its implications”, *Concurrences*, n° 4, 2014, pp. 57-58; A. CHOFFEL, “Une capacité d’initiative retrouvée. Quel standard de preuve des effets anticoncurrentiels après l’arrêt Groupement CB? Les conclusions de la Cour sont-elles transposables aux abus de position dominante?”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 60; P. VAN CLEYNENBREUGEL, “Associations of undertakings and their decisions in the wake of MasterCard”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 2015, pp. 283-290; A. GEE, “The ECJ Mastercard ruling: Background and regulatory context”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 55; L. IDOT, “Commissions multilatérales d’interchange et effets restrictifs”, *Europe*, 2014, Novembre, n° 11, pp. 36-37; R. PIKE, “The ECJ Mastercard ruling: Summary of the judgment”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 56; C. PRIETO, “Cour de justice, 3e ch., 11 septembre 2014, Mastercard, aff. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 519-522; ID., “Catherine: Rigueur dans la motivation de la qualification de restriction de concurrence par l’objet”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 59;

^F ROSATI, “Quelle place pour l’analyse économique dans la constatation d’une restriction par objet?”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 62.

condenó a MasterCard a que indemnizara a Sainsbury's con 68.582.245 libras esterlinas (más intereses) por los daños anticompetitivos causados (CAT 1241/5/7/15 (T) *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated & Ors*, Case N° 1241/5/7/15(T), 14 Julio 2016)⁷³.

23. En nuestro análisis, no nos ocuparemos de la *tercera cuestión jurídica fundamental* que suscitan las acciones antitrust: el *reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en esta materia*, visto que la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales sobre ilícitos concurrenciales carece de ninguna especificidad y está sometida al mismo régimen jurídico que las demás decisiones judiciales.

24. Las cuestiones jurídicas que suscita o rodean a la Directiva de daños anticompetitivos han dado ya origen a abundantes *análisis jurídicos* en Europa. Ciertamente es que, como diría ORTEGA, algunos de ellos muestran un “gigantesco afán de superficialidad”. Muchos de ellos se han rendido a la *cultura del apresuramiento* en vez de hacerlo a la *cultura de la excelencia*. Otros, sin embargo, son *extraordinarios*. Las páginas que siguen acreditan cuánto debemos a sus autores y a la creciente jurisprudencia. Parafraseando a Newton, somos *enanos a hombros de gigantes*.

II. Competencia judicial internacional

1. La jurisdicción y los límites territoriales/temporales del art. 101 TFUE

25. Una *cuestión previa* que, desde el punto de vista procesal, puede plantearse es la de si los tribunales de los Estados miembros de la UE tienen *jurisdicción*⁷⁴. El Derecho internacional público o, en su caso, el Derecho de la UE plantea *límites* a la aptitud legal de los tribunales de los Estados para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (*ad ex.*, las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros, de las Organizaciones internacionales o de ciertas personas con un *status* jurídico internacional reconocido, como jefes de Estado extranjeros, diplomáticos y, en menor medida cónsules).

26. En el caso de las acciones para el resarcimiento de los daños causados por la infracción de las normas del Derecho antitrust europeo, puede ocurrir que un tribunal diga que carece de jurisdicción o se declare incompetente en virtud de los *límites territoriales* del art. 101 TFUE (*el principio territorialidad objetiva o de la denominada extraterritorialidad del Derecho europeo de la competencia*)⁷⁵, si

⁷³ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 227-229]).

⁷⁴ Sobre la noción de “jurisdicción”, *vid., per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 106-107 y 113-118.

⁷⁵ *Vid., ad ex.*, A. ARABADJEV, “Unlimited jurisdiction: what does it mean today?”, en P. CARDONNELL Y OTROS (EDS.), *Constitutionalising the EU judicial system: essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart, 2012, pp. 383-402; J. BASEDOW, “Souveraineté territoriale et Globalisation des marchés: le domaine d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *RCADI*, t. 264, 1997, pp. 11-177; *Id.*, “Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht: ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht”, en *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft: 50 Jahre FIW, 1960 bis 2010: Festschrift*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 234, 2010, pp. 129-142; C. BAUDENBACHER, “The CFI’s Gencor judgment: some remarks on its global implications”, en C. BAUDENBACHER (COORD.), *Liber Amicorum en l’honneur de Bo Vesterdorf = Liber Amicorum in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 543-568; A. BAVASSO, “Industrial policy and extraterritoriality in international antitrust: a lesson from Europe”, *Antitrust Bull.*, 48, 3, Fall 2003, pp. 657-666; R. BECHTOLD/U. SOLTÉSZ, “Brexit: EU-Kartellrecht ohne Großbritannien”, *NZKart*, 4, 7, 2016, pp. 301-303; R.W. BECKLER/M.H. KIRTLAND, “Extraterritorial application of U.S. antitrust law: what is a ‘direct, substantial, and reasonably foreseeable effect’ under the Foreign Trade Antitrust Improvement Act?”, *Texas International Law Journal*, 38, 1, 2003, pp. 11-25; P. BEHRENS, “Der extraterritoriale Schutz des Systems unverfälschten Wettbewerbs nach dem Intel-Urteil des EuG”, en *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 542-548; J.-F. BELLIS, “After forty years: the development of European competition law, views from Fordham: a brief comment on extraterritoriality and merger control”, en *International antitrust law & policy. 2014*, 2015, pp. 545-553; Y. BOTTEMAN/A. PATSA, “The jurisdictional reach of EU anti-cartel rules: unmuddling the limits”, *ECJ*, 8, 2, 2012, pp. 365-382; M. BROTMAN, “U.S. and global antitrust issues from a pharmaceutical in-house counsel perspective”, *Concurrences*, n° 1, 2014, pp. 7-9; H.-J. BUNTE, “Einleitung zum EU-Kartellrecht”, en LANGEN/BUNTE, *Kartellrecht: Kommentar*, Band 2 (*Europäisches Kartellrecht*), 13ª ed., Köln, Luchterhand Verlag, 2018, pp. 1-50 (pp. 27-33); H.L. BUXBAUM, “Territory, territoriality, and the resolution of jurisdictional

se trata de una *follow-on action* contra un cártel que se ejecutó fuera del territorio de la UE o del Espacio Económico Europeo. Veamos dos ejemplos que nos aclararán esto.

conflict”, *Am.J.Comp.L.*, 57, 3, 2009, pp. 631-675; S. CALKINS, “Passion, exaggeration, and importance: comments on Japanese industrial policy and American extraterritorial antitrust”, *Antitrust Bull.*, 48, 3, Fall 2003, pp. 667-688; N. CALVIÑO SANTAMARÍA, “International coordination of merger remedies: the Commission’s perspective”, en C. BAUDENBACHER (Ed.), *Current developments in European and international competition law: 14th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2007*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2008, pp. 113-124; L. CALZOLARI/M.G. BUONANNO, “The relations between the European Union and the Swiss Confederation in the antitrust field: between extraterritoriality and the recent agreement concerning cooperation on the application of their competition laws”, en *The free movement of persons between Switzerland and the European Union*, 2016, pp. 55-118; S.S.H. CHAN, “InnoLux Corp v European Commission: establishment of the effects doctrine in extra-territoriality of EU competition law?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 11, 2015, pp. 463-469; J.J. CURTIN JR./D.S. SAVRIN/B.L. BIGELOW, “Collateral consequences of expanded European antitrust investigative authority for defendants in U.S. proceedings”, en B.E. HAWK (Ed.), *International antitrust law & policy. 2004*, Huntington, N.Y., Fordham Corporate Law Institute, 2005, pp. 533-547; A. DLOUHY, *Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und US-amerikanischen Recht*, Baden-Baden, 2003; W.S. DODGE, “An economic defense of concurrent antitrust jurisdiction”, *Texas International Law Journal*, 38, 1, 2003, pp. 27-40; D. GERADIN/N. PETIT, “La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence”, en A. MOURRE (Dir.), *Mondialisation politique industrielle et droit communautaire de la concurrence: Travaux du colloque du 11 octobre 2005 réalisé sous l’égide du Comité national français de la Chambre de commerce internationale (ICC)*, Paris, Forum européen de la communication, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 3-38; H. HOVENKAMP, “Antitrust as extraterritorial regulatory policy”, *Antitrust Bull.*, 48, 3, Fall 2003, pp. 629-656; U. IMMENGA, “Das Auswirkungsprinzip des internationalen Wettbewerbsrechts als Gegenstand einer gemeinschaftsrechtlichen Verordnung”, en *Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 725-733; I. INNERHOFER, “Geldbußenberechnung bei EWR-Verkäufen von nicht-kartellierten Endprodukten und extraterritoriale Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht: EuGH 9.7.2015, C-231/14P, InnoLux”, *ÖZK*, nº 5, 2015, pp. 173-178; C.A. JONES, “Penumbras of European Union competition law: external governance, extraterritoriality, and the shifting borderlands of the internal market”, en J. DREXL (Ed.), *More common ground for international competition law?: the fourth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, pp. 261-278; M. KLING, “Japanische Unternehmen vor dem EuGH?: die Verantwortlichkeit japanischer Unternehmen für Kartellverstöße nach europäischem Kartellrecht”, en *Japanischer Vorkämpfer für die Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Koresuke Yamauchi zum 70. Geburtstag*, 2017, pp. 243-271; F. KLUTH, *Das Marktauswirkungsprinzip im Kollisionsrecht des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Jena, 2014; M. KÖNIG, “La politique de la Commission européenne en matière de concentration face à la mondialisation”, en W. ABDELGAWAD (Dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration. Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 – Dijon*, Paris, 2008, pp. 491-496; S. KOOS, “Globalisierung, Extraterritorialität und internationalisierte sozial verantwortete Interessenverfolgung im Wettbewerbsrecht”, en *Marktkommunikation zwischen geistigem Eigentum und Verbraucherschutz: Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag*, 2016, pp. 263-274; W.E. KOVACIC, “Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?”, en *Globaler Wettbewerb und nationale Wettbewerbsordnungen: Referate des XLI. FIW-Symposiums [Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.]*, Köln, 2008, pp. 85-109; R. VAN DER LAAN, “Twins separated by birth: a few striking differences between the competition legislation applicable in the Channel Islands”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 6, 2013, pp. 326-331; D. MAMANE, “Exchanging information: an update on the Swiss/EU competition co-operation agreement”, *Competition Law Insight*, 14, 6, 2015, p. 14; E. MANARIDOU, “The Greek Lignite case: a (questionable) victory of the ‘effects theory’”, *Eur.L.Rev.*, 40, 3, 2015, pp. 424-438 (también en *European Current Law Year Book*, 2015, pp. 117-129); M. MARTYNISZYN, “On extraterritoriality and the Gazprom case”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 7, 2015, pp. 291-294; I. MEYER, *Die extraterritoriale Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung*, Frankfurt am Main, Lang, 2004; W. MÖSCHEL, “US versus EU antitrust law”, *ZWeR*, 5, 3, 2007, pp. 261-265; F. MUNARI, “Sui limiti internazionali all’applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza”, *Riv.dir.int.*, XCIX, 1, 2016, pp. 32-67; P.-E. PARTSCH/V. WELLENS, “The Delta Airlines and Nortwest Airlines merger: potentially anti-competitive co-operation as a counterfactual to assess a significant impediment to effective competition under the EC merger regulation”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 30, 10, 2009, pp. 491-493; P. DE PASQUALE, *La disciplina della concorrenza oltre i confini comunitari: tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005; A.J. RILEY, “Nuking misconceptions: Hinkley Point, Chinese SOEs and EU merger law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 8, 2016, pp. 301-324; O. SANDROCK, “Völkerrechtliche Grenzen staatlicher Gesetzgebung: eine Skizze”, *ZVglR-Wiss.*, 115, 1, 2016, pp. 1-94; J.P. SCHMIDT/I. SIMON, “Das Windhundprinzip in der Fusionskontrolle: zur unterschiedlichen Prüfung paralleler Zusammenschlüsse in der EU und in den USA”, *EuZW*, 24, 6, 2013, pp. 213-218; A.K. SCHNYDER, “Material, Temporal and Geographic Scope of Application of Competition Law”, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F.J. SÄCKER/P. MARSDEN/R. MURRAY, *Competition Law: European Community Practice and Procedure: Article-by-Article Commentary*, London, 2008, pp. 172-202; J. SCHWARZE, “Die extraterritoriale Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts: vom Durchführungsprinzip zum Prinzip der qualifizierten Auswirkung”, en *Europarecht: Strukturen, Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union. Ausgewählte Beiträge*, Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 1008-1023; S. SERAFINI, “Il diritto europeo della concorrenza e le risposte alla sfida della Globalizzazione. Un caso esemplare: la valutazione delle concentrazioni nel Reg. CE n. 139/2004”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 469-519; S. SIMON, “Wirtschaftsvölkerrechtliche Modelle zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts”, en *EU-Recht im Spannungsverhältnis zu den Herausforderungen im internationalen Wirtschaftsrecht: Tagungsband des 12. Graduiertentreffens im Internationalen Wirtschaftsrecht in Graz 2011*, Stuttgart, Boorberg, 2012, pp. 123-141; T. SOAMES/P.D. CAMESASCA, “What are the implications, if any, of Google’s concent agreement (under section 5 FTC Act) for cases under inves-

27. *Ejemplo 1: Iiyama Benelux BV v Schott AG [2016] EWHC 1207 (Ch)*⁷⁶. La sentencia de la High Court of Justice de 23 mayo 2016 consideró que el cártel CRT escapaba a la jurisdicción de los tribunales europeos (en concreto, ingleses) y que, por tanto, no debían resolver la demanda de daños interpuesta por supuestas víctimas de dicho cartel: faltaba una conexión suficiente con el territorio del Reino Unido.

Para comprender los hechos que se encuentran en el origen de este caso, hay que tener en cuenta los siguientes datos. *Primero*: En los años 2001 y 2002, la Comisión Europea impuso fuertes multas a fabricantes de componentes de pantallas de televisión y ordenador que infringieron el art. 101 TFUE (resumen de la Dec. Com. 19 octubre 2011, Asunto COMP/39.605 — *Vidrio para tubos catódicos — CRT*, DO C 48 de 18 febrero 2012; resumen de la Dec. Com. 5 diciembre 2012, Asunto COMP/39.437 — *Tubos para pantallas de televisor y de ordenador*, DO C 303 de 19 octubre 2013). *Segundo*: Algunas de las empresas multadas por la Comisión fueron demandadas por empresas del grupo Iiyama, que fabricaba televisores y pantallas de ordenador, con el fin de que se les indemnizase por los sobrecostos que habían generado los cárteles del sector de los tubos catódicos (que ellas evaluaban, con intereses, en cerca de mil millones de euros). *Tercero*: La operación de compra de productos acabados para su ensamblaje en televisores y ordenadores provenientes de los cartelistas la llevaba a cabo, en Asia, la sociedad matriz del grupo Iiyama. Las sociedades demandantes eran *compradores indirectos* de los cartelistas; puesto que, a su vez, compraban tales productos a la sociedad matriz de su grupo y, sólo después, los importaban de Asia a Europa. *Cuarto*: Había una cuestión de fondo que resolver previamente: si las prácticas colusorias objeto de la demanda eran o no las mismas que la Comisión había multado. En su sentencia, el órgano judicial se pregunta si se trata de una acción *follow-on* basada en las conductas colusorias sancionadas por la Comisión Europea o, si, por el contrario, se trata, en realidad, de una acción *stand-alone* que persigue la reparación de daños causados por otros actos competitivos distintos de aquéllos⁷⁷. No sin titubeos, el tribunal llega a la conclusión de que, aunque con falta de claridad y rigor, las sociedades actoras parecen ejercer una pretensión fundada en la existencia de los dos cárteles del sector de los tubos catódicos⁷⁸. *Quinto*: Llegado a este punto, el tribunal analizó minuciosamente la Dec. Com. 5 diciembre 2012, Asunto COMP/39.437 — *Tubos para pantallas de televisor y de ordenador*, DO C 303 de 19 octubre 2013, antes mencionada, y llegó a la conclusión de que la Comisión únicamente había multado en virtud del art. 101 TFUE las *ventas directas* de los bienes objeto del cártel que se habían realizado en territorio europeo y que habían afectado al comercio entre los Estados miembros. *Ergo*, las sociedades actoras no podían acogerse, como pretendían, a las resoluciones administrativas de condena: se trataba de otro hecho, se podía, incluso, cuestionar la aplicabilidad del Derecho europeo en este caso concreto... Se reunían las condiciones para una *tormenta perfecta* judicial.

⁷⁶ "igation by the EU Commission?", *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 6, 2013, pp. 304-308; B.J. SWEENEY, "International governance of competition and the problem of extraterritorial jurisdiction", en J. DUNS/A. DUKE/B.J. SWEENEY (EDS.), *Comparative competition law*, Cheltenham, Elgar, 2015, pp. 345-383; W.A. STOFFEL, "'Extra-Territoriality' of competition law: (in a small State)", en *Human rights, democracy and the rule of law / Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat / Droits de l'homme, démocratie et État de droit: liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, Zürich, Dike, 2007, pp. 1563-1577; J.-M. THOUVENIN, "Le calvaire et la capitulation de Microsoft, ou, La confirmation de la 'puissance globale' du gendarme européen de la concurrence", *Rev.M.C.*, n° 535, 2010, pp. 76-78; L. TICHÝ, *Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht: Referat im Rahmen der Vortragsreihe "Rechtsfragen der europäischen Integration"*, Bonn, den 25.10.2010, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2011; ID., "Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht", *RabelsZ*, 78, 1, 2014, pp. 193-228; W.J. TUTTLE, "The return of Timberlane? The fifth circuit signals a return to restrictive notions of extraterritorial antitrust", *Vand.J.Transnat'l L.*, 36, 1, 2003, pp. 319-366; T.C. VINJE/D. PAEMEN, "Transatlantic issues in the European merger review of Oracle/People Soft: harmonious dissonance", en P. MARSDEN (Ed.), *Handbook of research in trans-Atlantic antitrust*, Cheltenham, Elgar, 2006, pp. 16-40; F. WAGNER-VON PAPP, "Competition law and extraterritoriality", en A. EZRACHI (Ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham, Elgar, 2012, pp. 21-59; W. WURMNEST/N. LUND, "Die internationale Reichweite der europäischen Wettbewerbsregeln nach dem Intel-Urteil des EuG", *NZKart*, 3, 2, 2015, pp. 73-78; X. YU, *Substitution des Antidumpingrechts durch extraterritoriale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2010; D.J. ZIMMER, *Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen: das internationale Kartellprivatrecht nach "Rom II" und "Empagran"*, Hamburg, Kovač, 2013.

⁷⁶ Disponible en: <http://lexagu1grkmq3k572418odoooym.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2016/05/RW-Iiyama-v-Schott-approved-23-May-2016.pdf>. Comentario por R. AMARO, "Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)", *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 235-237).

⁷⁷ *Iiyama Benelux BV v Schott AG [2016] EWHC 1207 (Ch)*, § 4.

⁷⁸ *Iiyama Benelux BV v Schott AG [2016] EWHC 1207 (Ch)*, §§ 42, 44, 93 y 99.

Las razones del ponente, el Juez Mann, a partir del ámbito territorial del art. 101 TFUE, fueron, sintéticamente, las siguientes: 1) El art. 101 TFUE expresamente proclama que tiene como finalidad prohibir los cárteles que tienen, como objeto o efecto, alterar la competencia dentro del Mercado interior europeo⁷⁹. 2) Existen límites territoriales al ámbito espacial de aplicación del art. 101 TFUE⁸⁰. 3) El *leading case* en cuanto al ámbito territorial del art. 101 TFUE es *Pasta de madera I*⁸¹. 4) Los cartelistas no pueden eludir una infracción del art. 101 TFUE simplemente mediante la conclusión del acuerdo fuera de la UE⁸². 5) La cuestión decisiva es si los cartelistas han ejecutado el cártel en la UE, en cuyo caso hay una infracción del art. 101 TFUE, con independencia de donde haya sido concluido⁸³. 6) Las ventas directas son una manera de ejecutar un cártel en la UE, al margen de dónde haya sido concluido⁸⁴. 7) Las ventas por los cartelistas fuera de la UE no son una manera de ejecución del cártel dentro de la UE⁸⁵. 8) Aunque las ventas fuera de la UE tengan un *efecto indirecto* dentro de la UE, tales ventas no constituyen una ejecución del cártel dentro de la UE⁸⁶. 9) En el caso *Gencor*, que trataba de una concentración de empresas, se exigió, para delimitar el ámbito de aplicación de la normativa europea sobre este tipo de operaciones, que el *efecto* en el interior del Mercado común fuera *previsible, inmediato y sustancial*⁸⁷.

Pues bien, aunque los demandantes sostuvieron que la existencia del cártel había supuesto un incremento de precios que, finalmente, les había alcanzado a ellos (*compradores indirectos*), el Juez Mann desestimó sus pretensiones, dado que el cártel de que se trataba se había ejecutado fuera de la UE, las ventas con incremento del precio se habían realizado fuera de la UE, tales ventas no podían considerarse una implementación del cártel en la UE y, por consiguiente, no constituían una infracción del art. 101

⁷⁹ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 3.

⁸⁰ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 110. Sobre el caso *Pasta de madera I*, vid. STJCE 27 septiembre 1988, C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:1988:447, comentada, *ad ex.*, por B. BECK, "Extraterritoriale Anwendung des EG-Kartellrechts. Rechtsvergleichende Anmerkungen zum 'Zellstoff'-Urteil des europäischen Gerichtshofs", *RfW*, 1990, pp. 91-95; T. CHRISTOFOROU, "European Economic Community Law: The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law", *Harv.Int.L.J.*, 1989, pp. 195-206; J.E. FERRY, "Towards Completing the Charm: The Woodpulp Judgment", *Eur.Int.Prop.Rev.*, 1989, pp. 19-25; J. KAFFANKE, "Nationales Wirtschaftsrecht und internationaler Sachverhalt", *ArchVR*, 1989, pp. 129-155; D.G.F. LANGE/J.B. SANDAGE, "The Wood Pulp Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law", *C.M.L.Rev.*, 1989, pp. 137-165; V. LOWE, "International Law and the Effects Doctrine in the European Court of Justice", *The Cambridge Law Journal*, 1989, pp. 9-11; F.A. MANN, "The Public International Law of Restrictive Practices in the European Court of Justice", *Int.Comp.L.Q.*, 1989, pp. 375-377; M. MARTINEK, "Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln", *IPRax*, 1989, pp. 347-354; M. SCHÖDERMEIER, "Die vermiedene Auswirkung. Anmerkung zum Papierstoff-Urteil des EuGH", *WuW*, 1989, pp. 21-28; W. SCHUHMACHER, "Anwendbarkeit des EWG-Kartellrechts auf abgestimmte Verhaltensweisen von in Drittländern niedergelassenen Unternehmen", *wbl*, 1988, pp. 429-431.

⁸¹ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), §§ 114 y 118.

⁸² *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), §§ 115.

⁸³ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 116.

⁸⁴ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 119.

⁸⁵ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 140.

⁸⁶ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 140.

⁸⁷ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), §§ 122, 127, 130, 143 y 148. Sobre el caso *Gencor*, vid. STPI 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor/Comisión*, ECLI:EU:T:1999:65, comentada, *ad ex.*, por A.F. BAVASSO, "Gencor: A Judicial Review of the Commission's Policy and Practice. Many Lights and Some Shadows", *World Compet.*, 1999, n° 4, pp. 45-65; T. BERGAU, "EuGH anerkennt Auswirkungsprinzip in der Fusionskontrolle", *European Law Reporter*, 1999, pp. 151-153; S. BRAMMER, "Case Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance (January-April 1999). Case T-102/96 *Gencor Ltd. v. Commission of the European Communities*, Judgement of 25 March 1999, ECR II-753", *Rev.aff.eur.*, 2000, pp. 309-314; M.P. BROBERG, "The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control. The Court of First Instance's Judgment in *Gencor v. Commission*", *Int.Comp.L.Q.*, 2000, pp. 172-182; C. CAFFARRA/K.-U. KÜHN, "Joint Dominance: The CFI Judgment on *Gencor/Lonrho*", *Eur.Compet.L.Rev.*, 1999, pp. 355-359; U. DRAETTA, "La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni", *Dir. comm. int.*, 1999, pp. 785-799; E.M. FOX, "The Merger Regulation and its Territorial Reach: *Gencor Ltd v. Commission*", *Eur.Compet.L.Rev.*, 1999, pp. 334-336; R. GERRITS, "La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt 'Gencor'", *Rev.M.unique eur.*, 1999, n° 4, pp. 197-199; Y. VAN GERVEN/L. HOET, "Gencor: Some Notes on Transnational Competition Law Issues. European Court of First Instance 25 March 1999, T-102/96, *Gencor Ltd. v. Commission*", *LIEI*, 2001, pp. 195-210; F.E. GONZÁLEZ-DÍAZ, "Recent Developments in EC Merger Control Law: The *Gencor* Judgment", *World Compet.*, 1999, n° 3, pp. 3-28; G. PORTER ELLIOTT, "The *Gencor* judgment: collective dominance, remedies and extraterritoriality under the Merger Regulation", *Eur.L.Rev.*, 1999, pp. 638-652; C. PRIETO, "Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence", *JDI Clunet*, 2000, pp. 513-517.

TFUE y, finalmente, si se aplicara el mismo test que en el caso Gencor, debería llegarse a la conclusión de que el efecto de tales ventas en la UE no fue un “efecto inmediato”.

28. Ejemplo 2: *Iiyama (UK) Ld) & Ors v Samsung Electronics Co Ltd & Ors [2016] EWHC 1980 (Ch) (29 July 2016)*⁸⁸. Por el contrario, la sentencia de la *High Court of Justice* 29 julio 2016 consideró que, aunque no se habían indicado pruebas suficientes y era probable que no las hubiera, había razones para dejar que siguiera el procedimiento iniciado por una *follow-on action* del grupo Iiyama contra sociedades del grupo Samsung, alegando que el LCD cártel le había causado daños mediante el denominado *efecto paraguas (umbrella effect)*. El razonamiento del Juez Morgan se construyó esencialmente en tres fases:

1ª) Consideró que existía ya un conjunto de *principios jurídicos* consolidados⁸⁹:

- 1) las partes de un cártel son solidariamente responsables de su infracción del art. 101 TFUE; por lo tanto, si hay un cártel entre A, B y C y un comprador compra productos de A, pagando un sobreprecio como resultado del cártel, el comprador tiene derecho a demandar a A y/o B y/o C por el daño causado a él por la infracción de ese precepto;
- 2) una persona que es un comprador indirecto de un infractor puede demandar al infractor (y, de hecho, a otras partes que son solidariamente responsables de la infracción) por la indemnización por daños causados al comprador indirecto por la infracción;
- 3) un comprador de un proveedor que no era miembro del cártel, pero que podía cobrar un precio superior al que de otro modo habría cobrado, como resultado del aumento de los precios cobrados por los miembros del cártel, tiene derecho a ser indemnizado por los miembros del cartel por el daño causado por el precio más alto que ha pagado;
- 4) un comprador que ha pagado un sobreprecio debido a la operatividad de un cártel no está legitimado para recuperar ninguna parte del incremento del precio que haya transferido a sus clientes;

2ª) Admitió que, a falta de que se corroborase mediante pruebas, cabía una posibilidad de que un cártel mundial de pantallas LCD tuviese un efecto previsible sobre las compras de los clientes indirectos⁹⁰: Si el cártel no se hubiera implementado dentro de la UE, los LCD y los productos que incorporan pantallas LCD habrían estado disponibles dentro de la UE a precios que no estarían incrementados por el cártel mundial. Si esa hubiera sido la situación, los compradores de LCD y productos de LCD podrían haber comprado lo mismo dentro de la UE a precios que no serían los del cártel y lo hubieran hecho. En consecuencia, cuando los LCD y los productos LCD se vendieron fuera de la UE a un costo excesivo, los compradores y los compradores indirectos sufrieron pérdidas y daños (sujetos a cualquier defensa de *passing-on*). Esa manera de enfocar el caso era defendible.

3ª) Si el cártel no hubiera tenido ningún efecto en la UE, resultaría difícil de explicar los obstáculos para comprar pantallas LCD con el precio anterior a la existencia del cártel mundial⁹¹: Si los precios en la UE no se habían aumentado debido al cártel, es muy probable que los demandantes hubiesen podido comprar en la UE sin pagar el incremento de precios; por tanto, sufrieron pérdidas y daños al comprar fuera de la UE a un precio superior al precio que habría estado disponible en la UE, si el cártel no se hubiera aplicado en la UE.

El razonamiento del Juez Morgan supuso un paso más allá de la interpretación a la que llegó el Juez Mann. En abstracto, es mucho más favorable; puesto que deja abierta una posibilidad. En concreto, sin embargo, puede que se trate de una *victoria pírrica*; ya que, como veremos, la acreditación del denominado *efecto paraguas (umbrella effect)* ante los tribunales es enorme difícil.

⁸⁸ Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/1980.html>.

⁸⁹ [2016] EWHC 1980 (Ch), § 33.

⁹⁰ [2016] EWHC 1980 (Ch), § 49.

⁹¹ [2016] EWHC 1980 (Ch), § 51.

29. En el caso de las acciones para el resarcimiento de los daños causados por la infracción de las normas del Derecho antitrust europeo, puede ocurrir que un tribunal diga que carece de jurisdicción o se declare incompetente en virtud de los *límites temporales* del art. 101 TFUE. Así ocurre, cuando, por razones de política legislativa, un sector económico se beneficia de una exención en virtud del art. 101.3 TFUE y, tiempo después, deja de estar exento y queda sometido, en su plenitud, tanto al art. 101 TFUE como a sus disposiciones procedimentales, en especial el Reglamento 1/2003. Un ejemplo extraído del sector del transporte aéreo nos aclarará esto último.

30. *Ejemplo: Emerald v British Airways (Temporal Scope of Claims) [2017] EWHC 2420 (Ch) (Date: 04/10/2017)*⁹². Varias empresas usuarias de los servicios de transporte aéreo de mercancías reclamaron ante los tribunales británicos la indemnización de los daños y perjuicios que les habían causado British Airways y otras compañías aéreas integrantes de un cártel, que, desde 2001, incrementó los precios de este tipo de servicios tanto en vuelos con destinos dentro de la UE como entre vuelos con destinos entre la UE y Asia, América del Sur y los Estados Unidos⁹³. Ahora bien, British Airways puso de relieve la importancia de conocer bien el *Derecho antitrust europeo en general (ad ex., la eficacia directa o no de ciertos preceptos del Derecho europeo originario)*, el *Derecho antitrust europeo en particular (ad ex., la aplicabilidad y la efectiva aplicación del Derecho europeo de la competencia en el sector del transporte aéreo)*⁹⁴ y, por último, los límites temporales que *el Derecho transitorio* puede

⁹² [2017] EWHC 2420 (Ch). Disponible en http://www.oeclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Emerald_Judgment.pdf.

⁹³ *Vid., ad ex., S. CAMPBELL/T. FEUNTEUN, "The air cargo cartel: counting the cost of conspiracy", Competition Law Insight, 11, 9, 2012, pp. 17-20.*

⁹⁴ Sobre el transporte aéreo, *vid., ad ex., S. BLAZEK/R. VAN DER HOUT, "The Court's judgments in the Ryanair and Aer Lingus cases: adding another layer of complexity in fiscal State aid: case T-500/12 (Ryanair) and case T-473/12 (Aer Lingus)", EStAL, 14, 3, 2015, pp. 340-344; C.M. COLOMBO, "Lufthansa and the coherent application of State aid law: what is the role of national judges in concurrent proceedings?", Review of European Administrative Law, 8, 2, 2015, pp. 319-345; V. CORREIA, "Les nouvelles lignes directrices de la Commission européenne sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes", ZLW, 63, 3, 2014, pp. 411-441; G. DEASY, "EU competition law developments in the aviation sector: January to July 2014", Air and Space Law, XXXIX, 6, 2014, pp. 385-410; ID., "EU competition law developments in the aviation sector: July to December 2014", Air and Space Law, 40, 2, 2015, pp. 165-202; ID., "EU competition law developments in the aviation sector: January to June 2015", Air and space law, 40, 6, 2015, pp. 429-450; ID., "European Union competition law developments in the aviation sector: January to June 2016", Air and Space Law, 41, 6, 2016, pp. 517-544; J. ELLISON, "The airport and airline State aid regime has been revised", Competition Law Insight, 13, 4, 2014, pp. 14-15; A. ESTOA PÉREZ, "Ayudas de Estado al sector aéreo y nuevas directrices de la Comisión", Revista de Derecho comunitario europeo, 18, 48, 2014, pp. 551-575; I. FERNÁNDEZ TORRES, "Competition in the aviation sector: the problem with public financing of airports and airlines", en S.O. PAIS (ED.), Competition law challenges in the next decade, Brussels, Lang, 2016, pp. 229-246; P.P. FITZGERALD, A level playing field for "open skies": the need for consistent aviation regulation, The Hague, Eleven International Publishing, 2016; S.J. FOX/R. ISMAIL, "The skies the limit!: open skies, with limitations!", European Journal of Comparative Law and Governance, 4, 1, 2017, pp. 7-42; M. FURSE, "Testing the limits: Ryanair/Aer Lingus and the boundaries of merger control", ECJ, 12, 2-3, 2016, pp. 462-483; A. GARBE, "The application of the ECJ's criteria developed in the case Deutsche Lufthansa by national German courts: the Flughafen Lübeck/Air Berlin case", European State Aid Law Quarterly, 16, 3, 2017, pp. 449-454; L. GHAZARIAN, "Binding effect of opening decisions: Lufthansa AG v FFH: annotation on the judgment of the Court of Justice of 21 November 2013 in case C-284/12, Lufthansa AG v FFH", EStAL, 13, 1, 2014, pp. 108-114; L. GIESBERTS, "State aid to airports and airlines: the new aviation guidelines of the European Commission", ZLW, 64, 2, 2015, pp. 256-269; G. GOETEYN, "Regulation and competition in the aviation sector: focus on airline content and global distribution systems", en P. LOWE/M. MARQUIS (EDS.), European competition law annual 2012: competition, regulation and public policies, Oxford, 2014, pp. 83-91; A. GUARRATA, Die Finanzierung von Flughafeninfrastruktur und das europäische Beihilfenrecht im Wandel, Köln, Heymann, 2016; F.-R. HERBER, "Zur Privatisierung der Flugsicherung und zum Streikrecht der Fluglotsen", BayVBl, 148, 4, 2017, pp. 109-116; ID., "Zur Privatisierung der Flugsicherung und zum Streikrecht der Fluglotsen (Fortsetzung und Schluss von BayVBl. 2017, 109 ff.)", BayVBl, 148, 5, 2017, pp. 148-153; H.A. HILGERS, "Die zahlenmäßige Beschränkung des Marktzugangs für Bodenabfertigungsdienste", ZLW, 65, 3, 2016, pp. 345-363; J. HORNÍK, "Saving national airlines?", Czech Yearbook of International Law, 6, 2015, pp. 61-94; R. VAN DER HOUT, "Von Flughäfen, Freizeitbädern und Fußballstadien: europäische Beihilfenkontrolle als Ersatzstrukturpolitik?", ZEUS, 18, 4, 2015, pp. 391-405; R. IONESCU ET AL., "Airports. I, Liberalization and regulation", en L. ORTIZ BLANCO/B. VAN HOUTTE (EDS.), EU regulation and competition law in the transport sector, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 397-419; N. IRÁKULIS ARREGI, "Contratación electrónica, transporte aéreo y usuarios: deber de información sobre el precio final y los suplementos opcionales", Revista Española de Derecho Europeo, nº 56, 2015, pp. 119-149; M. KINSELLA, "EU competition law developments in the aviation sector: July to December 2015", Air and Space Law, 41, 2, 2016, pp. 65-88; T. KIRCHBERGER, "Die österreichischen Flughafenbeihilfefälle", Beihilferecht: Jahrbuch 2015, 2015, pp. 379-397; J. KOCIUBIŃSKI, "Fleet reduction in rescue and restructuring aid to airlines: a critical view", EStAL, 13, 3, 2014, pp. 454-462; ID., "Air transport as a tool for regional development in Central and Eastern EU countries: the chances and challenges of the public service obligation", Czech Yearbook of International*

fijar para la Comisión, las autoridades nacionales de la competencia y los tribunales nacionales competentes para conocer de las acciones civiles por daños anticompetitivos. En concreto, la compañía aérea británica señaló que había que distinguir dos periodos de tiempo en función de la norma procedimental más importante del Derecho antitrust europeo que estuviese vigente: El Reglamento 17 o el Reglamento 1/2003. Desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia, mientras estuvo vigente el Reglamento 17, el transporte aéreo sólo estuvo sometido al Derecho originario (el entonces Tratado CEE) y al propio Reglamento 17, que lo excluía de su ámbito de aplicación. En ese periodo de tiempo, por tanto, sólo la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, no los tribunales nacionales de los Estados miembros, podían dilucidar si un acuerdo estaba prohibido por el Tratado de Roma. Ergo, si no podían resolver la *cuestión mayor* (la compatibilidad o incompatibilidad de una entente con el Derecho antitrust europeo originario), tampoco podían resolver la *cuestión menor* (la acción para la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos anticompetitivos). La solución contraria no llegaría hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que sí incluía al transporte aéreo en su ámbito material de aplicación. Todo esto, desde el punto de vista práctico, sólo podía significar una cosa, según British Airways: que las víctimas del cártel entre compañías aéreas de que se trataba no podrían reclamar daños ante los tribunales ingleses que se hubieran producido antes del 1 mayo 2004, fecha de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. Solución → La juez Rose dio la razón a British Airways y redujo mucho las reclamaciones contra ella, basándose en los siguientes argumentos: (1) En su momento, las normas de competencia solo podían aplicarse a los servicios de transporte aéreo en rutas de terceros países a través de las disposiciones transitorias de aplicación previstas en el art. 88 TCEE. Éstas no se aplicaron en el Reino Unido hasta 1996 y, además, en todo caso, no se autorizó a la *High Court of Justice* a

Law, 6, 2015, pp. 129-148; C. KOENIG/F. SCHRAMM, "Die Regulierung von Flughafenentgelten", *N&R*, 11, 5, 2014, pp. 232-239; N. LENOIR/M. PLANKENSTEINER, "Les lignes directrices de 2014 de la Commission européenne sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes: un challenge pour les aéroports régionaux français", *Petites affiches*, 403, n° 209, 2014, pp. 6-9; B. LINKE, "Die Leitlinien der Kommission zu staatlichen Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften: wie steht es um die rechtskonforme staatliche Unterstützung von Flughäfen?", *NVwZ*, 33, 23, 2014, pp. 1541-1548; A. LYKOTRAFITI, "The white elephant in the room: annotation on European Commission decision of 3 August 2016: State aid SA.41342 (2016/N), Germany, financing of Berlin Brandenburg Airport", *European State Aid Law Quarterly*, 16, 2, 2017, pp. 299-309; E. MAMDANIOVÁ ET AL., "Airports. II, Competition", en L. ORTIZ BLANCO/B. VAN HOUTTE (EDS.), *EU regulation and competition law in the transport sector*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 420-446; S. MANHART, "Beihilfen an Fluglinien: aktuelle Praxis", *Beihilferecht: Jahrbuch 2015*, pp. 361-377; Ú. McLAUGHLIN, "Head in the clouds?: is the European Commission's analysis of the 'relevant market' in airline mergers appropriate?", *Annals of Air and Space Law*, XXXIX, 2014, pp. 595-622; V. MENGES, "Pricing freedom under Regulation (EC) No. 1008/2008", *ZLW*, 64, 2, 2015, pp. 248-255; J. MILLIGAN/L. SALES, "Appeal against Alitalia State aid decisions by Ryanair dismissed: annotation on the judgment of the Court of Justice of 13 June 2013 in case C-287/12 P, Ryanair v Commission", *ESAL*, 13, 1, 2014, pp. 98-105; N. NASKE/N. HACKENBERG, "Beihilfen im Luftverkehr und Europarecht: Neues anhand der Entscheidung zum Flughafen Lübeck", *ZLW*, 66, 3, 2017, pp. 417-424; P. NICOLAIDES, "Are national courts becoming an extension of the Commission? C-284/12, Deutsche Lufthansa v Flughafen Frankfurt-Hahn", *ESAL*, 13, 3, 2014, pp. 409-413; R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Aix-en-Provence, 2013; H.A. PETZOLD/M. RAGUSE/P.S. STÖBENER DE MORA, "Die Reform der AGVO zu Flughäfen und Häfen: ein Ende der Rechtsunsicherheit?", *EuZW*, 28, 18, 2017, pp. 717-722; K. RENNERT, "Die Bindung des nationalen Richters an Eröffnungsentscheidungen der Kommission: das Urteil des EuGH im Fall Flughafen Frankfurt-Hahn", *DVBl.*, 129, 11, 2014, pp. 669-675; N. ROBINS, "State aid assessments in the aviation and ports sectors: the role for economic and financial analysis", *ERA-Forum*, 18, 1, 2017, pp. 121-138; C. SCHAEFER, "Kontrahierungszwang und Beförderungspflicht im Luftverkehr", *ZLW*, 64, 3, 2015, pp. 453-462; M. SCHLADEBACH, "Der Emissionshandel im Luftverkehr als Wettbewerbsproblem", en P.L. KRAUSKOPF/F. BABEY (HRSG.), *Internationales Wirtschaftsrecht: Schiedsverfahren und Prozessführung, internationales Handelsrecht, Wettbewerbsrecht und Regulierung*, Baden-Baden, Nomos 2014, pp. 262-283; S. SHARMA, "To what extent has the self-assessment principle, introduced in Regulation 1/2003, affected, whether positively or negatively, the undertakings in air transport sector in the European Union?", *Air and Space Law*, 41, 4-5, 2016, pp. 345-359; P. THIEFFRY, "State aid modernisation in action: regional airports and renewable energies", *ERA-Forum*, 15, 2, 2014, pp. 283-302; S. TRUXAL, "Risk of abuse of dominance in airport slots for 'better' European airports?", *Eur. Compet.L.Rev.*, 35, 6, 2014, pp. 299-309; M. VAUGEOIS, "Les aides d'État dans le secteur de l'aviation en Europe: étude de cas de l'article 107(2)(b) du TFUE", *ZLW*, 63, 2, 2014, pp. 276-286; D.T. WIEMER, "Staatliche Beihilfen, Art. 107 AEUV und 108 AEUV, einer Billigfluggesellschaft von einem öffentlichen Unternehmen, das einen Flughafen betreibt, gewährte Vorteile ...: Rs. C-284/12, Deutsche Lufthansa AG vs. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, Urteil vom 21. November 2013", *Zeitschrift für Beihilfenrecht*, n° 1, 2014, pp. 52-57; Id., "EuG, staatliche Beihilfe, irische Fluggaststeuer, reduzierter Steuersatz für höchstens 300 Kilometer vom Flughafen Dublin entfernt liegende Flugziele, ...: Rs T-473/12, Aer Lingus Ltd gegen Europäische Kommission, Urteil vom 5. Februar 2015", *BRZ*, n° 3, 2015, pp. 163-170; Id., "EuG, staatliche Beihilfe, Umstrukturierungsbeihilfe, die der Unternehmensgruppe Austrian Airlines von Österreich gewährt wurde, ...: Rs T-511/09, Niki Luftfahrt GmbH gegen Europäische Kommission ua, Urteil vom 13. Mai 2015", *BRZ*, n° 3, 2015, pp. 171-193.

ejercer esos poderes⁹⁵. (2) Si bien era cierto que el (actual) art. 101 TFUE (art. 85 TCE, entonces) tenía *eficacia directa*, los tribunales de los Estados miembros no tenían la facultad de aplicar la exención del art. 101.3 TFUE (art. 85.3 TCEE, entonces)⁹⁶. (3) El Reglamento 1/2003 no podía aplicarse retroactivamente; puesto que no tenía un carácter meramente procedimental, sino que afectaba a los derechos sustantivos⁹⁷.

2. Relación de foros de competencia judicial internacional

31. El sistema de competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros de la UE en materia civil y mercantil se contiene en el Capítulo II del Reglamento Bruselas I-bis (arts. 2-35 RB I-bis). Los tribunales de los Estados miembros en el Reglamento Bruselas I-bis se declararán competentes siempre que les otorgue competencia judicial internacional uno de los siguientes foros recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis: 1º) Foros previstos para las materias objeto de “competencias exclusivas” (art. 24); 2º) Foro de la “sumisión expresa o tácita de las partes” al tribunal (arts. 25 y 26); 3º) Alguno de los “foros especiales por razón de la materia” (arts. 7-23); 4º) Foro del “domicilio del demandado” en el Estado miembro al que pertenece el tribunal (art. 4 RB I-bis)⁹⁸.

3. Caracteres generales del sistema de competencia judicial internacional

32. Los caracteres del sistema de competencia judicial internacional recogido en el Capítulo II del Reglamento Bruselas I-bis pueden ser concretados en los siguientes.

33. a) Sistema jerárquico de foros de competencia judicial internacional. El Reglamento Bruselas I-bis recoge distintos foros de competencia judicial internacional. Por ello, resulta perfectamente posible que tales foros otorguen competencia judicial internacional a tribunales de Estados miembros diferentes. Pues bien, el Reglamento establece una “jerarquización de competencias”, de forma que algunos foros son “más fuertes” que otros, con el resultado de que prevalecen unos sobre otros. *Ejemplo:* dos contratantes, empresa con sede social en Berlín y empresa con sede social en Madrid, pactan litigar ante los tribunales de París. En tal caso, ello impide que los tribunales españoles y que los tribunales alemanes sean competentes en este mismo caso, porque el foro de la sumisión “prevalece” sobre el foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis). Con mayor detalle, cabe afirmar lo siguiente:

- 1º) Los foros especiales por razón de la materia y el foro del domicilio del demandado en el Estado al que pertenece el tribunal, “ceden” ante los foros exclusivos que otorgan competencia judicial internacional a tribunales de otros Estados miembros y también “ceden” ante el foro de la sumisión de las partes en favor de tribunales de otros Estados miembros.

⁹⁵ [2017] EWHC 2420 (Ch), §§ 43, 44, 48 y 63.

⁹⁶ [2017] EWHC 2420 (Ch), §§ 48, 53, 56 y 63.

⁹⁷ [2017] EWHC 2420 (Ch), §§ 68 a 70 y 72.

⁹⁸ Z. AKHTAR, “Jurisdictional issues in EU competition law and remedies in antitrust litigation”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. 200-209; N. BOYLE/G. CHHOKAR/S. GARTAGANI, “Jurisdiction in follow-on damages claims: update on the judgment of the European Court of Justice in the Hydrogen Peroxide cartel claim”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. R-58-R-62; M. DE CRISTOFARO, “Jurisdiction in tort in international business relationship”, en R. STÜRNER (ED.), *Comparative studies on business tort litigation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 145-153; R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186; S. OCHS, “Zuständigkeitsabgrenzung in Fällen von Wettbewerbsbeschränkungen mit Auslandsbezug”, *WRP*, 56, 10, 2010, pp. 1241-1243; C. PELLISÉ DE URQUIZA, “La inconsistencia de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional con el buen funcionamiento de la política comunitaria de defensa de la competencia”, en *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 685-696; M. WELLER, “Kartelltrivatrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: ‘Private Enforcement’ und die Brüssel I-VO”, *ZVglRWiss.*, 112, 2013, pp. 89-101; M. WILDERSPIN, “Jurisdiction issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in antitrust litigation”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, 2012, pp. 41-59; K. WRIGHT, “The ambit of judicial competence after the EU Antitrust Damages Directive”, *LIEI*, 43, 1, 2016, pp. 15-40.

- 2º) El foro de la sumisión “cede” ante los “foros exclusivos”. Un tribunal de un Estado miembro no puede fundar su competencia judicial internacional en el foro de la sumisión si el asunto es objeto de foro exclusivo que atribuye la competencia judicial internacional a un tribunal de otro Estado miembro.
- 3º) Los “foros especiales por razón de la materia” y el “foro del domicilio del demandado” operan de modo alternativo. El actor puede accionar contra el demandado ante cualquiera de estos dos foros⁹⁹.

Reglamento Bruselas I-bis 1215/2012 de 12 diciembre 2012 Foros de competencia judicial internacional	
Primer foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Foros exclusivos de competencia judicial internacional (art. 24 RB I-bis) _____ - Prevalen sobre todos los demás foros de competencia recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis.
Segundo foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Sumisión de las partes a los tribunales de un Estado miembro bien de modo expreso (art. 25 RB I-bis) o bien de modo tácito (art. 26 RB I-bis). _____ (1) Prevalece sobre los foros de competencia especiales (arts. 7 a 23 RB I-bis). (2) Prevalece sobre el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RB I-bis). (3) La sumisión tácita (art. 26 RB I-bis) prevalece sobre la expresa (art. 25 RB I-bis).
Tercer foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RB I-bis). _____ (1) No opera si el objeto del litigio pertenece a las competencias exclusivas de un Estado miembro (2) No opera si existe una válida sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro. (3) Puede ser empleado por el demandante en alternativa a los foros especiales de competencia (arts. 7 a 23 RB I-bis)
Cuarto foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Foros especiales de competencia internacional (arts. 7 a 23 RB I-bis). _____ (1) No opera si el objeto del litigio pertenece a las competencias exclusivas de un Estado miembro. (2) No opera si existe una válida sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro. (3) Puede ser empleado por el demandante en alternativa al foro del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RB I-bis)

34. b) Sistema europeo de competencia judicial internacional. El Reglamento Bruselas I-bis contiene un sistema de competencia judicial internacional que sólo otorga dicha competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros que participan en el Reglamento, no a tribunales

⁹⁹ AAP Madrid 27 junio 2012 (contrato internacional de concesión de venta y postventa de vehículos holandeses).

de terceros Estados. El objetivo del Reglamento Bruselas I-bis radica, en efecto, en unificar las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros participantes en el mismo para que tales tribunales operen como si fueran los tribunales de un mismo Estado, sujetos a unas mismas normas de competencia judicial internacional. Ello facilita, igualmente, la libre circulación de resoluciones y documentos públicos entre tales Estados miembros de la UE. Por tanto, el Reglamento Bruselas I-bis sólo atribuye competencia judicial internacional, en su caso, a los tribunales de los Estados miembros y no a tribunales de terceros Estados.

35. c) Sistema de competencia judicial internacional de base legal. Los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis son foros legalmente determinados de manera objetiva en sus normas jurídicas. Desde ese punto de vista, son foros de competencia judicial internacional que responden al principio de seguridad jurídica (Cons. [16] RB I-bis). El juez dispone, naturalmente, de un margen de apreciación para acreditar si concurre uno u otro concreto foro de competencia judicial internacional. Sin embargo, si dicho foro concurre en un supuesto específico, el juez no puede ignorar su propia competencia y la existencia de dicho foro. Ello comporta varias consecuencias: (a) El llamado *Forum Non Conveniens*, propio de los países anglosajones, es incompatible con el Reglamento Bruselas I-bis; (b) Las *antisuit injunctions*, también características de los países anglosajones, son también congrarias al Reglamento Bruselas I-bis.

36. d) Sistema combinado de foros puros de competencia judicial internacional y de foros directos de competencia territorial. El Reglamento Bruselas I-bis contiene foros de “competencia judicial internacional”. Tales foros atribuyen competencia a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto. Acreditada tal competencia judicial internacional, el Derecho Procesal de dicho Estado miembro determinará el concreto tribunal territorialmente competente para conocer del concreto supuesto litigioso. *Ejemplo:* En el caso de los liceos de la Isla de Francia (*Lycées d’Île-de-France*), el *Tribunal des conflits* tuvo que resolver *cuáles eran los tribunales franceses* que debían conocer de una acción de reparación de daños interpuesta por una persona de Derecho público adjudicataria de mercados públicos que concluyó contratos para rehabilitar los liceos de la Isla de Francia con veinticinco personas físicas y jurídicas que, mediante acuerdos prohibidos, habían falseado la competencia en dichos mercados públicos. En este caso, se aprecian *dos datos de interés*: *Primero:* Si la competencia internacional de los tribunales de un Estado es clara (bien porque se trata de un caso meramente interno o bien porque se aplica, sin dificultad alguna, el Reglamento Bruselas I-bis), corresponde al *Derecho interno del Estado respectivo* recurrir a sus normas internas de *competencia objetiva, territorial o funcional* para determinar cuál de sus tribunales en particular será competente para conocer del fondo del asunto¹⁰⁰. *Segundo:* A ese sistema jurídico corresponde apreciar el elemento decisivo para elegir el orden jurisdiccional interno. No importa que, a estos efectos, coincida -o no- con la calificación de la pretensión procesal que se haya realizado para solventar la atribución de competencia judicial internacional. Se trata de una *segunda calificación* que sólo es relevante para asignar el asunto de que se trate a un órgano judicial interno y que, en ningún caso, puede volver a cuestionar la competencia judicial internacional ya resuelta. En el caso de los liceos de la Isla de Francia, se discutía si la competencia correspondía al *orden jurisdiccional civil* (francés) o, por el contrario, al *orden jurisdiccional administrativo* (francés). Esto, a su vez, se hacía depender de la *naturaleza contractual o extracontractual de la pretensión*. Mientras que la sentencia de la *Cour d’appel* de París 24 junio 2015, *Région Île-de-France c/ L. Nautin et al.*, RG nº 14/01570, consideraba que la competencia correspondía a los tribunales civiles, dado que el objeto del litigio era declarar quiénes eran responsables del daño que debía repararse, originado por los acuerdos colusorios entre los subasteros, que no eran más que faltas de naturaleza extracontractual¹⁰¹; la resolución del *Tribunal des conflits* sostenía que únicamente los tribunales administrativos eran competentes para conocer “*de los litigios relativos a la responsabilidad de personas a las que son imputados comportamientos suscepi-*

¹⁰⁰ *Vid., ad ex.*, sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale*, 18 octubre 2017, 15-26.363, *Nissan France*, ECLI:FR:CCASS:2017:CO01275, comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, nº 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 237-239).

¹⁰¹ *Concurrences*, 2015, nº 4, p. 185, con nota de C. LEMAIRE y S. NAUDIN.

bles de haber alterado las estipulaciones de un contrato administrativo [...] y de haber causado así un perjuicio a la persona pública que ha concluido este contrato” (Sentencia del Tribunal des conflits 16 noviembre 2015, nº 4035, *Région Île-de-France c/ M.N. et autres*)¹⁰².

No obstante, este sistema de foros puros de competencia judicial internacional presenta dos importantes excepciones: (a) Los arts. 7 a 23 RB I-bis designan no sólo el Estado miembro cuyos tribunales poseen competencia judicial internacional, sino que determinan, igualmente y de modo directo e inmediato, el tribunal territorialmente competente; (b) Los arts. 25-26 RB I-bis permiten que las partes, si así lo pactan, puedan atribuir competencia judicial internacional y competencia territorial, de manera directa e inmediata, a unos concretos tribunales de un Estado miembro determinado.

37. e) Foros de competencia judicial internacional inspirados por el “principio de proximidad” y por el “principio de la buena administración de la Justicia”. Los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis se edifican sobre dos grandes principios inspiradores: 1º) *Principio de proximidad / Principio de reducción de los costes de litigación internacional* (Cons. [15] RB I-bis). El Reglamento otorga competencia judicial internacional a los tribunales de Estados miembros que presentan una “conexión” con el litigio. Ello ahorra costes de litigación internacional a las partes; 2º) *Principio de buena administración de la Justicia* (Cons. [16] RB I-bis). Los foros contenidos en el Reglamento Bruselas I-bis atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros que pueden administrar Justicia del modo más eficaz, eficiente, y con mayor calidad. Una buena administración de la Justicia ahorra costes a la Administración de Justicia de los Estados miembros.

38. f) Sistema de competencia judicial internacional que garantiza el acceso a los tribunales y evita la denegación de Justicia. El Reglamento Bruselas I-bis garantiza que los supuestos litigiosos conectados realmente con la UE puedan resolverse ante tribunales de los Estados miembros de la UE, de modo que se evita, así, la “denegación de justicia” (Cons. [13] *in primis* y [1] RB I-bis: “... *es deseable ... mejorar el acceso a la justicia*”). Así queda garantizado el derecho de las partes de acceso a la Justicia.

39. g) Sistema europeo incompleto de competencia judicial internacional. Si el litigio en materia civil o mercantil no está estrechamente vinculado con la UE, el Reglamento Bruselas I-bis indica que serán aplicables las normas nacionales de competencia judicial internacional de cada Estado miembro para decidir si los tribunales de dicho Estado miembro pueden conocer del asunto. Esto es, el Reglamento Bruselas I-bis delega la cuestión en las normas nacionales de cada Estado miembro que regulan la competencia judicial internacional. Por ello, el sistema de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I-bis es “incompleto”. Debe ser integrado con las normas de competencia judicial internacional de cada Estado miembro (art. 6 y Cons. [14] RB I-bis). Sólo en los supuestos de acciones ejercitadas por consumidores y trabajadores, el Reglamento Bruselas I-bis la competencia judicial internacional se rige únicamente por dicho Reglamento y no por las normas de producción interna de los Estados miembros; aunque el demandado tenga su domicilio fuera de la UE.

40. h) Sistema de competencia internacional dirigido a los “órganos jurisdiccionales” de los Estados miembros. El Reglamento Bruselas I-bis debe ser aplicado por los “órganos jurisdiccionales” o por los “tribunales”, esto es, por las autoridades de los Estados miembros con competencia para resolver un “procedimiento judicial”, que es aquél que ofrece garantías de independencia e imparcialidad y que respeta el principio de contradicción. Las autoridades públicas de los Estados miembros que sustancian procedimientos no judiciales, no contradictorios, no aplican el Reglamento Bruselas I-bis.

¹⁰² Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 252-253).

4. Sumisión de las partes

41. El Reglamento Bruselas I-bis de 12 diciembre 2012 contiene un elenco de foros de competencia en materia delictual o cuasidelictual que interesan a cualquier demandante que desee interponer una acción de daños por infracción del Derecho antitrust de la UE. Nada tiene esto de extraño; porque este Reglamento de la UE es aplicable en materia civil y mercantil y el Tribunal de Justicia ha declarado que la demanda de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la supuesta infracción del Derecho de la competencia de la UE es una *materia civil o mercantil* (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, §§ 28-29, ECLI:EU:C:2014:2319): “La acción ejercitada por *flyLAL* tiene como finalidad obtener la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de una supuesta infracción del Derecho de competencia. Así pues, pertenece al Derecho relativo a la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual [...] En consecuencia, un recurso como el controvertido en el litigio principal, que tiene como finalidad obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la infracción de las normas de Derecho de la competencia, tiene carácter civil y mercantil”¹⁰³. Se trataba, en efecto, de un recurso, mediante el cual *flyLAL* deseaba obtener la indemnización por los daños y perjuicios derivados, por un lado, del *abuso de posición dominante de Air Baltic* en el mercado de los vuelos procedentes del aeropuerto de Vilna (Lituania) o con destino a él (precios predatorios), y, por otro lado, de un acuerdo contrario a la competencia celebrado entre los codemandados (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 15, ECLI:EU:C:2014:2319). El Tribunal de Justicia tuvo claro que: (a) Permitir la utilización de instalaciones aeroportuarias a cambio del pago de una tasa constituye una actividad de carácter económico y, por consiguiente, tales relaciones jurídicas forman parte efectivamente de la materia civil y mercantil (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 33, ECLI:EU:C:2014:2319). (b) Esta conclusión no quedaba desvirtuada por el hecho de que las supuestas violaciones del Derecho de la competencia resultasen de las disposiciones jurídicas letonas ni por el hecho de que el Estado fuera titular del 100 % y del 52,6 % del capital de las partes demandadas en el litigio principal (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 34, ECLI:EU:C:2014:2319). (c) El Estado letón no era parte en el litigio principal y el mero hecho de que fuese accionista de dichas entidades (instalaciones portuarias y una compañía aérea) no constituía “una circunstancia equivalente a aquella en la que el referido Estado miembro ejerce prerrogativas de poder público. Esta consideración resulta especialmente válida cuando dichas entidades, ciertamente propiedad en su mayor parte o en su totalidad del referido Estado, se comportan como cualquier otro operador económico, ya sea persona física o jurídica, que opera en un mercado determinado. Dicha acción no se dirige contra comportamientos o procedimientos que constituyan una manifestación de prerrogativas de poder público por una de las partes en el litigio, sino contra actos realizados por particulares [...] (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 37, ECLI:EU:C:2014:2319)”. Dicho con otros términos, la presencia de un Estado miembro exige dilucidar si se trata de *acta iure imperii* y no presumir que lo sean.

¹⁰³ *Vid.*, *ad ex.*, los comentarios de M. BARBA, “Leçon 1: De la connexité et de son instrumentalisation...”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 111, 2016, pp. 28-32; P. FRÜHLING/J. DELARUE, “flyLAL-Lithuanian Airlines: EU Rules on Jurisdiction cover Antitrust Damages”, *J.E.C.L. & Pract.*, 6, 7, 2015, pp. 493-495; L. IDOT, “Matière civile et commerciale, droit de la concurrence et ordre public”, *Europe*, 2014, Décembre, Comm. nº 12, p. 38; O.L. KNÖFEL, “Zum Begriff ‘Zivil- und Handelssachen’ im Europäischen Zivilprozessrecht”, *GPR*, 2015, pp. 251-258; C. KOHLER, “Sonderstellung staatseigener Unternehmen im Europäischen Zivilprozessrecht?”, *IPRax*, 2015, pp. 500-505; M. LAZOUZI, “Cour de justice, 3e ch., 23 octobre 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines AS, aff. C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2014, pp. 868-870; J. LANDBRECHT, “EuGVVO: Anwendungsbereich, ausschließliche Zuständigkeit und Ordre-Public-Widrigkeit im Fall kartellrechtlicher Schadensersatzklagen”, *EuZW*, 2015, pp. 76-80; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones: el orden público como motivo de denegación - Reglamento 44/2001 - Ámbito de aplicación - Material civil y mercantil - Demanda de indemnización por la infracción del Derecho de la competencia - Competencias exclusivas - Concepto de litigio en materia de sociedades y personas jurídicas - Orden del Estado requerido”, *REDI*, 2015, pp. 254-257; C. NOURISSAT, “Private enforcement et règlement ‘Bruxelles I’”, *Procédures*, 2015, nº 1, pp. 42-43; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 211, 2016, pp. 33-36; B. SUJECKI, “Anwendung der EuGVVO auf Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstoßes - Keine Berufung auf ordre public wegen schwerwiegender wirtschaftlicher Folgen von einstweiligen Anordnungen für Staatsunternehmen - ‘flyLAL’”, *EWS*, 2014, pp. 340-341; J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 7.

Por último, a los anteriores razonamientos, la doctrina ha añadido uno más: el hecho de que las acciones indemnizatorias contribuyan indirectamente a reforzar algunos de los fines públicos que persigue el Derecho antitrust, como, *ad ex.*, la libre competencia o la tutela del mercado, o el de que, en algunos ordenamientos, existan acciones punitivas no excluyen que tales acciones se proyecten en una materia que, sobre todo, es civil o mercantil¹⁰⁴.

42. A tenor del Reglamento Bruselas I-bis de 12 diciembre 2012, son competentes para conocer de los litigios derivados de obligaciones extracontractuales los siguientes órganos jurisdiccionales: aquél al que se sometan las partes, el foro general del domicilio del demandado y, además, ciertos foros especiales, entre los que el lugar del hecho dañoso ocupa un lugar destacado¹⁰⁵. Ahora bien, la sencillez de este sistema de foros no es más que aparente: *the devil is in the details*. Estos foros exigen un análisis separado.

43. El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una concreta relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes¹⁰⁶. Varias consideraciones previas son precisas:

- 1º) *Sumisión expresa y sumisión tácita*. La sumisión puede realizarse mediante acuerdo expreso (art. 25 RB I-bis) o mediante acuerdo tácito: ciertas prácticas que denotan la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de un determinado país (art. 26 RB I-bis).
- 2º) *Ventajas del foro de la sumisión*. El foro de la sumisión de las partes presenta grandes ventajas: (a) *Unidad jurisdiccional de litigios*. Las partes pueden concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, lo que ahorra costes; (b) *Seguridad jurídica en las transacciones internacionales*. Gracias a la sumisión, sobre todo a la sumisión expresa, las partes saben, desde el momento de la operación comercial, qué tribunales estatales serán competentes en caso de litigio: se evitan incertidumbres y se evita litigar sobre “qué tribunal debe resolver” la controversia (A. HUET). La previsibilidad del tribunal competente resulta claramente reforzada¹⁰⁷; (c) *Elección del mejor tribunal (Better Court)*. Las partes pueden elegir los tribunales estatales que consideren “mejores” para resolver sus disputas, por su rapidez, calidad de la Justicia, etc. Por ello, el Reglamento Bruselas I-bis potencia la sumisión, sujeta a escasos límites de fondo y forma. En definitiva, el art. 25 RB I-bis potencia la litigación económica, permite litigar al menor coste posible para los concretos particulares implicados en el proceso internacional. Las partes son los sujetos mejor posicionados para decidir qué tribunal debe solventar sus disputas jurídicas: mucho mejor posicionados que el Estado o el poder político; (d) *Elemento de la negociación comercial*. La elección del tribunal como elemento de la negociación en las transacciones internacionales. Una parte puede ofrecer buenas condiciones comerciales a la otra, si, a cambio, esta otra parte accede a incluir una cláusula de sumisión en favor de los tribunales del país donde radica la primera parte. Ello refleja la idea de que “*las opciones jurisdiccionales se pueden comprar y vender*” (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ). Por ello, efectivamente, las cláusulas de sumisión constituyen elementos mismos

¹⁰⁴ *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 173 (nota 11).

¹⁰⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, “International jurisdiction in damages actions for breach of antitrust law”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 603-634; W.-H. ROTH, “Internationale Zuständigkeit bei Kartelldeliktssklagen”, *IPRax*, 2016, pp. 318-326; J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; M. WELLER, “Kartellprivatrechtliche Klagen im europäischen Prozessrecht: ‘Private Enforcement’ und die Brüssel I-VO”, *ZVglRWiss.*, 112, 1, 2013, pp. 89-101; ID., “Die internationale Deliktzuständigkeit für kartellprivatrechtliche Schadensersatzklagen”, en M. NITTSCH/M. WELLER (HRSG.), *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 75-101; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017.

¹⁰⁶ STS 16 mayo 2008 [RJ 2008\3080] (contrato de salvamento).

¹⁰⁷ SAPPontevedra 19 enero 2016 (importación de langostinos desde Argentina a España)[CENDOJ36038370012016100069].

de la transacción internacional cuyo sentido puede ser negociado por las partes igual que se negocia la calidad de las mercancías, el precio de las mismas y el lugar de su entrega.

A) Sumisión expresa

44. En ocasiones, tanto autores como litigantes han discutido la posibilidad –o, al menos, la idoneidad– de que las partes recurran al foro de la sumisión expresa para determinar los tribunales competentes para conocer de las acciones por daños anticompetitivos¹⁰⁸. Esta duda jurídica carece de razón de ser. Existen *tres motivos* para que el foro de la sumisión expresa no se cuestione, como tal: *Primero*: El Reglamento Bruselas I-bis no lo prohíbe expresamente. Dicho con otros términos, el Reglamento Bruselas I-bis no tiene ninguna norma prohibitiva de los acuerdos de elección de foro para las cuestiones de Derecho antitrust semejante a la prohibición del *pacto de lege utenda* del Reglamento Roma II (*Rechtswahlverbot*) (art. 6.4 RR-II)¹⁰⁹. *Segundo*: Las prohibiciones nacionales de derogación de la competencia de los tribunales (*nationale Derogationsverbote*) (como, *ad ex.*, § 130.2 GWB) no son oponibles al art. 25 RB I-bis¹¹⁰: a) Iría contra el *principio de superioridad del Derecho de la UE* y contra la *interpretación uniforme de este ordenamiento jurídico*, cuyo ámbito de aplicabilidad sería delimitado unilateralmente por los sistemas legales de los Estados miembros¹¹¹. b) No existe riesgo de que, al elegir el tribunal competente, las partes puedan eludir el Derecho nacional imperativo que sería aplicable; puesto que, gracias a la unificación conflictual realizada por el Reglamento Roma II (art. 6.3), el Derecho material imperativo aplicable a los daños por infracción del Derecho antitrust europeo será siempre el mismo, con independencia de cual sea el tribunal de un Estado miembro que resulte competente¹¹². *Tercero*: Los acuerdos de elección de foro “bloquean” para los ilícitos concurrenciales todos los demás foros previstos en el Reglamento Bruselas I-bis (salvo las competencias exclusivas, que, en todo caso, son inexistentes en esta materia). Esto significa, expresado con otras palabras, que las posibilidades del demandante de acudir a un tribunal que no sea el del foro prorrogado no se reducen, sino que simplemente se suprimen. En el caso *CDC Hydrogen Peroxide*, el LG Dortmund planteó al Tribunal de Justicia, entre otras cuestiones, si los acuerdos de elección de foro repercutirían sobre el *principio de efectividad* del Derecho de la UE (*Unionsrechtliches Effektivitätsprinzip*)¹¹³. La STJUE 21 mayo 2015,

¹⁰⁸ *Vid.*, *ad ex.*, C.A. HEINZE, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del Derecho de la competencia de la UE: algunas precisiones sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la sentencia del TJUE ‘CDC’”, *AEDIP*, XVI, 2016, pp. 79-101; L. IDOT, “La Cour de justice de l’Union européenne appelée à préciser la clause attributive de juridiction en cas d’allégation d’une violation du droit de la concurrence: Cass. Ire civ., 11 oct. 2017, no. 16-25.259, P+B, *JurisData* n° 2017-019859”, *La semaine juridique. Édition générale*, n° 49, 2017, pp. 2204-2207; F. MARONGI BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 67-78; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1178-1181); F. VISCHER, “Der Einbezug deliktischer Ansprüche in die Gerichtsstandsvereinbarung für den Vertrag”, en *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, pp. 993-1000; W. WURMNEST, “Gerichtsstandsvereinbarungen im grenzüberschreitenden Kartellprozess”, en M. NIETSCH/M. WELLER (HRSG.), *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 75-101.

¹⁰⁹ *Vid.*, *ad ex.*, J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 12.

¹¹⁰ En este sentido, correctamente, sentencia OLG Stuttgart 9 noviembre 1990 - Az. 2 U 16/90. *Vid.* H. ROTH, “Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 17 EuGVÜ und kartellrechtliches Derogationsverbot”, *IPRax*, 1992, pp. 67-69.

¹¹¹ *Vid.*, *ad ex.*, J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 13; W. WURMNEST, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten”, *EuZW*, 23, 24, 2012, pp. 933-939 (p. 935); *Id.*, “Die Einbeziehung kartellrechtlicher Ansprüche in Gerichtsstandsvereinbarungen”, en *Festschrift für Ulrich Magnus: zum 70. Geburtstag*, München, Sellier European Law Publishers, 2014, pp. 567-582 (p. 570).

¹¹² *Vid.*, *ad ex.*, N. HORN, “Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. Art. 23 EuG-VO?”, *IPRax*, 2006, pp. 2-4; J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 13-14; W. WURMNEST, “Die Einbeziehung kartellrechtlicher Ansprüche in Gerichtsstandsvereinbarungen”, en *Festschrift für Ulrich Magnus: zum 70. Geburtstag*, München, Sellier European Law Publishers, 2014, pp. 567-582 (p. 571).

¹¹³ Auto LG Dortmund 29 abril 2013 – Az. 13 O (Kart) 23/09. *Vid.*, *ad ex.*, J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 14; M. WELLER, “Kartellprivatrechtliche Klagen im europäischen Prozessrecht: ‘Private Enforcement’ und die Brüssel I-VO”, *ZVglRWiss.*, 112, 1, 2013, p. 89 (p. 90).

C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 61 y 62, respondió que: “[...] se debe considerar que el tribunal que conoce del asunto puede estar vinculado en principio por una cláusula atributiva de competencia que excluya las competencias previstas en los artículos 5 y 6 del Reglamento n° 44/2001, estipulada por las partes [...] La exigencia de aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles no puede desvirtuar esa conclusión. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que las reglas de Derecho material aplicables al fondo de un litigio no pueden tener incidencia en la validez de una cláusula atributiva de competencia que se ajuste al artículo 17 del Convenio mencionado en el apartado 59 de esta sentencia (véase en ese sentido la sentencia *Castelletti*, C-159/97, EU:C:1999:142, apartado 51). Según la jurisprudencia recordada en el apartado 60 de esta sentencia, esa interpretación también es pertinente para el artículo 23 del Reglamento n° 44/2001”¹¹⁴. Cuestión distinta, que luego se analizará, es cuál sea el alcance del acuerdo de elección de foro.

45. ➤ Caso 1. *GIE Pari Mutuel Urbain c/ SARL Google France, Société Google Inc. et al.* (2016). El Pari Mutuel Urbain (PMU) se enfrentó a Google, por la política comercial de esta empresa, que no permite el acceso a su tienda de aplicaciones (Google Play Store) de aquellas que facilitan el acceso a juegos de dinero. El PMU estimó que esta práctica de Google constituía un abuso de posición dominante que, además, le causaría un daño inminente; por consiguiente solicitó ante los tribunales franceses que se ordenara su cese. Ahora bien, ¿eran competentes los tribunales franceses para adoptar medidas provisionales urgentes? Solución → Google interpuso la excepción de incompetencia, apoyándose en una *cláusula de elección de foro* inserta en el contrato que le vinculaba con el PMU. Según dicha cláusula contractual, en principio, eran competentes los tribunales del condado de Santa Clara en California (Estados Unidos): “[...] *Vous-même et Google acceptez de vous soumettre à la juridiction exclusive des tribunaux fédéraux*

¹¹⁴ Comentada por N. BOYLE/G. CHHOKAR/S. GARTAGANI, “Jurisdiction in follow-on damages claims: update on the judgment of the European Court of Justice in the hydrogen peroxide cartel claim”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. R58-R62; L. GEELHAND/S. GARTAGANI, “CDC v Akzo Nobel and Others: Clarifications on the Jurisdiction Rules in Cartel Damages Claims”, *J.E.C.L. & Pract.*, 6, 10, 2015, pp. 713-715; O. GEISS/H. DANIEL, “Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others: A summary and critique of the judgment of the European Court of Justice of May, 21 2015”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015 pp. 430-435; C. HARLER/J. WEINZIERL, “The ECJ’s CDC-Judgment on Jurisdiction in Cartel Damages Cases: Repercussions for International Arbitration”, *EWS*, 2015, 3, pp. 121-123; R. HARMS/J.A. SANNER/J. SCHMIDT, “EuGVVO: Gerichtsstand bei Kartellschadensersatzklagen”, *EuZW*, 2015, pp. 584-592; F. KAINER/J. PERSCH, “Die CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf: Kollektiver Rechtsschutz und europarechtliches Effektivitätsprinzip”, *WuW*, 2016, pp. 2-7; G. MÄSCH, “Blondes Have More Fun (Or Have They?)”, *WuW*, 2016, pp. 285-291; K.L. MEHRBREY/S. JAEGER, “EuGH-Entscheidung klärt internationale Zuständigkeit von nationalen Zivilgerichten in Kartellschadensersatzfällen”, *European Law Reporter*, 2015, pp. 146-154; G. MUSGER, “Internationale Zuständigkeit für Kartellschadensersatz: EuGH 21.5.2015, C-352/13, CDC Hydrogen Peroxide SA vs Akzo Nobel NV ua, CDC Hydrogen Peroxide: Anmerkung”, *ÖBl*, 64, 5, 2015, pp. 235-237; M. NEGRI, “Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel private antitrust enforcement transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. follow-on rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei”, *Int’l Lis*, 2015, pp. 78-84; C. NOURISSAT, “Action indemnitaire en droit de la concurrence: quand la Cour de justice instaure un nouveau forum actoris au bénéfice des victimes...”, *Procédures*, 2015, n° 7, pp. 19-20; A. PATO, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4ª) de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV y otros”, *REDI*, 2015, pp. 195-198; Id., “Collective Redress for Cartel Damage Claims in The European Union after CDC v Akzo Nobel NV and Others”, *Yearbook of Private International Law*, 2017, pp. 491-506; R. PIKE/Y. TOSHEVA, “CDC v Evonik Degussa (C-352/13) and its potential implications for private enforcement of European competition law”, *G.C.L.R.*, 8, 2, 2015, pp. 82-85; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36; C. REYDELLET, “Leçon 3: De la clause attributive de juridiction et de son sort...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 37-39; A. STADLER, “Schadensersatzklagen im Kartellrecht – Forum shopping welcome! - Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 21.5.2015 – C-352/13”, *JZ*, 2015, pp. 1138-1149; J. SUDEROW, “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: El foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide”, *CDT*, 8, 2, 2016, pp. 306-329; T. THIEDE/G. KLUMPE, “A Christmas Carol - strongly inspired by Charles Dickens and CDC Hydrogen Peroxide”, *NZKart*, 2017, p. 643; C. THOLE, “Erfassen Schiedsvereinbarungen auch Kartellschadensersatzansprüche?”, *ZWeR*, 2017, pp. 133-145; A. TORBJÖRN, “Zuständigkeit und Zuständigkeitskonzentration bei Verstößen gegen europäisches Kartellrecht”, *Ecolex*, 2015, pp. 968-969; M. WELLER, “EuGVVO - Zuständigkeitskonzentration bei Schadensersatzklage gegen mehrere Kartellanten und Reichweite einer abweichenden Gerichtsstandsvereinbarung”, *RIW*, 2015, 9, pp. 603-605; D. WIEGANDT, “EuGVVO: Auskunfts-/Schadensersatzklage gegen mehrere Kartellbeteiligte aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Private Enforcement), Rücknahme gegen im Forumsstaat ansässigen Beklagten, Wirkung von Gerichtsstandsklauseln gegenüber Dritten?”, “CDC”: EuGH (4. Kammer), Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-352/13: EWS-Kommentar”, *EWS*, 26, 3, 2015, pp. 157-159; T. WOODGATE/C. OWEN, “Jurisdiction revisited. Forum shopping in cross-border damages claims”, *Competition Law Insight*, 14, 7, 2015, pp. 16-17; W. WURMNEST, “International jurisdiction in competition damages cases under the Brussels I Regulation: CDC Hydrogen Peroxide”, *C.M.L.Rev.*, 2016, pp. 225-247.

ou d'état situés dans le comté de Santa Clara, Californie, afin de résoudre toute question légale en rapport avec le présent contrat ou avec votre relation avec Google dans le cadre du présent contrat, mais vous acceptez que Google soit en mesure de solliciter des mesures injonctives dans toute juridiction.” El tribunal francés, con la astucia típica de los buenos profesionales, se fijó en el dispositivo final del acuerdo de elección del foro: Google podía solicitar medidas urgentes (*mesures injonctives*) ante cualquier jurisdicción (o, si se prefiere una traducción más literal, “en toda jurisdicción”). De ella, extrajo el órgano judicial francés una importante consecuencia: si se ha estipulado una excepción a la competencia judicial internacional de los tribunales de California, cuando se trate de la adopción de medidas provisionales o cautelares de carácter urgente, en favor de Google, dicha excepción es aplicable también para quienes contraten con la empresa norteamericana. Así que el *Tribunal de commerce* de París se declaró competente: “*Nous retenons cependant qu'en stipulant que 'vous acceptez que Google soit en mesure de solliciter des mesures injonctives dans toute juridiction', les parties sont expressément convenues d'écarter la compétence exclusive des juridictions de Californie pour voir prononcer des mesures relevant d'une procédure de référé, et si elles ont seulement prévues la possibilité pour Google de solliciter ces mesures dans toute juridiction, elles n'ont pas cependant explicitement écarté la possibilité pour le PMU de faire de même.*

Nous concluons que nous sommes compétent pour connaître des demandes formées par le PMU, sur le fondement de l'article 873 alinéa 1, et qui visent seulement à nous voir ordonner des mesures conservatoires ou de remise en état.

Nous dirons donc l'exception d'incompétence, soulevée in limine litis, recevable mais non fondée et nous dirons compétent.” El *Tribunal de commerce* de París consideró, por último, que no podían adoptarse *medidas urgentes de carácter provisional* (orden de cese de un pretendido abuso de posición dominante), cuando no se ha justificado ni el aparente *carácter ilícito de la práctica discutida* (la política comercial de Google de no permitir el acceso a su tienda de aplicaciones de las que tienen por objeto facilitar el acceso a juegos de dinero) ni que se vaya a producir un *daño inminente* (*ordonnance de référé Tribunal de commerce* de París, 15^e ch., 20 junio 2016, *GIE Pari Mutuel Urbain c/ SARL Google France, Société Google Inc. et al.*, RG 2016035909)¹¹⁵.

46. ➤ Caso 2. *Apple Sales International y otros/MJA, en calidad de liquidador de eBizcuss.com* (eBizcuss) (2018). Los hechos que se encuentran en el origen de este caso son los siguientes: En 2002, la sociedad *eBizcuss.com* (posteriormente en liquidación y representada por la sociedad MJA) concluyó un contrato de distribución (“Apple Authorized Reseller Agreement”) con *Apple Sales International*, sociedad de Derecho irlandés. Según este contrato *eBizcuss.com* sería un revendedor autorizado de productos de la marca Apple, que se comprometía a distribuir de forma casi exclusiva. El contrato de distribución contenía una *cláusula de atribución de competencia* a favor de los tribunales irlandeses: “This Agreement and the corresponding relationship between the parties shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Ireland and the parties shall submit to the jurisdiction of the courts of the Republic of Ireland. Apple reserves the right to institute proceedings against Reseller in the courts having jurisdiction in the place where Reseller has its seat or in any jurisdiction where a harm to Apple is occurring.”. En 2012, *eBizcuss* interpuso ante el *tribunal de commerce* de París una demanda por la que solicitaba que se condenase a la sociedad *Apple Sales International*, a la sociedad estadounidense *Apple* y a la sociedad francesa *Apple Retail France* al pago de una indemnización de daños y perjuicios de 62.500.000 euros. *eBizcuss* alegó que las sociedades demandadas habían incurrido en prácticas anti-competitivas y en actos de competencia desleal, al favorecer a su propia red en detrimento de ella a partir de 2009. *eBizcuss* invocó la infracción del art. 1382 Código Civil francés (actual art. 1240), del art. L 420-2 Código de Comercio francés y del art. 102 TFUE. Se plantea la cuestión de si debe excluirse una *cláusula de elección del foro* para todo litigio relativo a un contrato y las relaciones derivadas de éste, cuando se ejerciten acciones indemnizatorias autónomas (*stand-alone actions*) en virtud de una supuesta infracción del artículo 102 TFUE, que no esté prevista específicamente en dicha cláusula. Dicho con otros términos, se solicita al Tribunal de Justicia que precise si y dentro de qué límites una cláusula atributiva

¹¹⁵ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 239-240.

de competencia pactada entre las partes de un contrato de distribución puede desplegar sus efectos en litigios en los que se invoque una infracción del Derecho europeo de la competencia. Solución → Según una *primera interpretación*, tal cláusula atributiva de competencia sólo puede tenerse en cuenta siempre que se refiera *expresamente* a litigios relativos a la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia. Es la conclusión a la que llegó la sentencia *Cour de cassation* 7 octubre 2015: “*Attendu, cependant, que la Cour de justice de l’Union européenne a dit pour droit (arrêt Cartel Damage Claims c/ Akzo Nobel et autres, 21 mai 2015, C-352/13), que l’article 23, paragraphe 1, doit être interprété en ce sens qu’il permet, dans le cas où des dommages-intérêts sont réclamés en justice en raison d’une infraction à l’article 101 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, de prendre en compte les clauses attributives de juridiction contenues dans des contrats de livraison, même si une telle prise en considération a pour effet de déroger aux règles de compétence internationale prévues aux articles 5, point 3, et/ou 6, point 1, du règlement, à la condition que ces clauses se réfèrent aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d’une infraction au droit de la concurrence*”¹¹⁶. Según una *segunda interpretación*, una cláusula atributiva de jurisdicción redactada en términos generales se aplica a las partes de un litigio relativo a un supuesto abuso de posición dominante en relación con el Derecho de la Unión. Ésta es la tesis interpretativa seguida por los primeros órganos jurisdiccionales que conocieron del asunto principal; pero también por el Informe del Abogado General Sr. NILS WAHL.

Mientras que la primera interpretación se inclina por la *víctima* de la supuesta conducta anti-competitiva, la segunda interpretación se inclina por la empresa con mayor poder de negociación, que suele coincidir con la empresa que tiene poder de mercado y sobre la que recaen las sospechas de haber infringido el Derecho antitrust europeo (*el potencial o real infractor*). Mientras que la primera interpretación está anclada en el *favor laesi*, la segunda se inclina por el *favor voluntatis* (formalmente, al menos, puesto que suelen ser contratos de adhesión en muchos casos).

Sin perjuicio de lo que diga, en su momento, el Tribunal de Justicia, cabe observar que, en efecto, hay que precisar cuál es el alcance de los *acuerdos de elección de foro*. Se trata de saber, en este caso concreto, si son válidos los acuerdos de elección de foro insertos en un *contrato de distribución*, cuando concurren *tres circunstancias*: 1ª) Son *previos* a la interposición de la acción; 2ª) se invocan frente a una *acción por daños anticompetitivos* (en concreto, por *abuso de posición dominante*); 3ª) configuran un *acuerdo de elección de foro asimétrico* que ha sido impuesto a la otra parte contratante por la empresa a la que supuestamente se acusa de abuso de posición dominante: Apple no ha renunciado al *forum loci delicti*. Por el contrario, sí que pretende impedir a la (potencial) víctima de su (supuesto) abuso de posición dominante que recurra a él. ¿Alguien sabría explicar cuáles son las ventajas para el comercio internacional de estos *acuerdos de elección de foro perfectamente asimétricos (cláusulas asimétricas de sumisión)*?¹¹⁷ Si, finalmente, se consideran válidos en el contexto de acciones por daños antitrust, se estará desincentivando la litigiosidad de las potenciales víctimas (Conclusiones del AG Sr. N. WAHL presentadas el 5 julio 2018, C-595/17, *Apple Sales International, Apple Inc., Apple retail France EURL/ MJA, en calidad de liquidador de eBizcuss.com [eBizcuss]*).

a) Requisitos de validez del acuerdo de sumisión

4.7 El art. 25 RB I-bis regula la *sumisión expresa*¹¹⁸. Para producir los efectos que le son propios, el acuerdo atributivo de competencia o acuerdo de sumisión expresa debe cumplir tres tipos de exigencias o requisitos:

¹¹⁶ Arrêt n° 1053 du 7 octobre 2015 (14-16.898), Cour de cassation, Première chambre civile, ECLI:FR:CCASS:2015:C101053.

¹¹⁷ *Vid.* epígrafe II, 4, b. *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 250 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

¹¹⁸ *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 221-264 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); U. MAGNUS, “Article 25”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 584-669.

- 1º) *Requisitos de validez procesal*. Se contienen en el mismo art. 25 RB I-bis y en otras disposiciones generales del Reglamento Bruselas I-bis. Se exige: (a) Que exista un auténtico “*acuerdo atributivo de competencia*”, un pacto entre las partes en cuya virtud se designan los tribunales competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre tales partes; (b) Que se elijan como competentes los tribunales de un Estado miembro; (c) Que el litigio al que se refiere el acuerdo afecte a una “situación internacional”; (d) Que el asunto sometido pertenezca a materia “contenciosa” y no de “jurisdicción voluntaria”; (e) Que el acuerdo no afecte a materias que son objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros (art. 25.4, art. 24 RB I-bis y Cons. [19] RB I-bis); (f) Que el acuerdo expreso de sumisión se refiera a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica.
- 2º) *Requisitos de validez formal*. Se regulan también en el mismo art. 25 RB I-bis, que exige el respeto a una forma determinada *ad solemnitatem*. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: (a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; (b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o (c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.
- 3º) *Requisitos de validez sustancial*. Son los requisitos relativos a la capacidad de las partes y al consentimiento de las mismas para pactar la sumisión a los tribunales de un Estado miembro. Se rigen por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes de modo exclusivo, incluidas sus normas de conflicto de leyes.

48. Estas cláusulas de sumisión expresa están sujetas a los requisitos de validez antes nombrados y a ningún otro: *Carácter cerrado de los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión*. En particular, un tribunal de un Estado miembro no puede negarse a dar validez a una cláusula de sumisión por el hecho de que sospeche que el tribunal designado en la misma va a ser parcial o no va a hacer justicia o no va a respetar el Derecho europeo¹¹⁹.

a’) Requisitos de validez procesal

49. Se contienen en el mismo art. 25 RB I-bis y en otras disposiciones generales del Reglamento Bruselas I-bis. Se trata de los siguientes:

50. a) *Existencia de un auténtico acuerdo inter partes sobre el tribunal competente*. Debe concurrir un auténtico “*acuerdo atributivo de competencia*”, que es la dicción literal del art. 25.1 *in fine* RB I-bis. El precepto exige que las partes hayan acordado que litigarán ante un tribunal o tribunales concretos de un Estado miembro. Debe existir un acuerdo entre las partes en tal sentido. Es decir, debe quedar claro que el “*acuerdo atributivo de competencia*” ha sido, efectivamente, objeto de un consentimiento manifestado por ambas partes¹²⁰. En la práctica, este “*acuerdo atributivo de competencia*” se conoce, igualmente, como “acuerdo de sumisión” o “convención atributiva de jurisdicción”¹²¹. La STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 63, corrobora que: “[...] *so pena de frustrar la finalidad del Reglamento n° 44/2001, el tribunal remitente no puede negarse a tener en cuenta una cláusula atributiva de competencia que se ajuste a las exigencias del artículo 23 de ese Reglamento, por la sola razón de que considere que el tribunal designado por esa cláusula no garantizaría el pleno efecto del principio de aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles, al no permitir que la víctima de un cártel obtuviera la reparación completa del perjuicio que hubiera sufrido. [...]*”.

¹¹⁹ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 63.

¹²⁰ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Hőszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 38.

¹²¹ STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115; STJUE 21 mayo 2015, C-322/14, *El Majdoub*, ECLI:EU:C:2015:334, § 29.

El concepto de “*acuerdo atributivo de competencia*” es un “concepto europeo”, esto es, un concepto propio del Reglamento Bruselas I-bis, que no debe definirse con arreglo al Derecho nacional de ningún Estado miembro¹²². Se trata, en definitiva, de un acuerdo entre las partes que refleja su voluntad de que la controversia se decida por un concreto tribunal de un Estado miembro¹²³. Es totalmente indiferente el Estado, miembro o no miembro, en el que las partes tengan su domicilio.

El art. 25.1 RB I-bis ha eliminado la exigencia de que al menos una de las partes en el acuerdo, ya sea el demandante o ya sea el demandado, deba tener su domicilio en el territorio de un Estado miembro¹²⁴. Esta supresión simplifica la aplicación del art. 25 RB I-bis, refuerza de manera muy sólida el respeto que las partes deben observar a los pactos de litigación que hayan acordado, y elimina los problemas de pluralidad de domicilios y de cambios de domicilios en el tiempo antes y durante el proceso judicial.

51. b) Elección de tribunales de un Estado miembro. El pacto de sumisión expresa debe atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis. En efecto, el objetivo del Reglamento Bruselas I-bis no estriba en determinar los casos en los que los tribunales de “terceros Estados” son competentes, sino los casos en los que son competentes los tribunales de los Estados miembros, y, además, los terceros Estados no han participado en la adopción del Reglamento. Por ello, el art. 25 RB I-bis no es aplicable a los pactos de elección de tribunales de terceros Estados¹²⁵.

52. c) El litigio debe afectar a una “situación internacional”. El art. 25 RB I-bis sólo se aplica a los acuerdos de sumisión que se refieren a situaciones jurídicas “internacionales”¹²⁶. No se aplica a los acuerdos de sumisión relativos a situaciones jurídicas meramente “internas” o “nacionales”. Esta exigencia procesal de internacionalidad de la situación constituye, en realidad, un presupuesto de aplicación de todo el Reglamento Bruselas I-bis recogido en el art. RB I-bis, y no sólo del art. 25 RB I-bis.

Varios datos deben destacarse sobre esta compleja cuestión:

- 1º) *Elementos de extranjería.* La internacionalidad debe derivar de los factores presentes en el litigio: domicilio de las partes en diferentes Estados, objeto del litigio, etc¹²⁷.
- 2º) *Momento de apreciación del elemento extranjero.* La internacionalidad del litigio puede concurrir tanto en el momento de conclusión del pacto de sumisión como en el momento de inicio del proceso (H. GAUDEMET-TALLON, P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, G.A.L. DROZ), aunque hay quien opina que debe concurrir sólo en el momento de la conclusión del pacto de sumisión¹²⁸.
- 3º) *La nacionalidad como elemento extranjero en el acuerdo de sumisión expresa.* El art. 25 RB I-bis calla sobre esta cuestión concreta. Este silencio hizo que gran parte de la doctrina defendiese la respuesta negativa, pues la nacionalidad constituye un factor plena y conscientemente ignorado por el Reglamento Bruselas I-bis (H. GAUDEMET-TALLON, A. HUET, G.A.L. DROZ, D. ALEXANDRE). Sin embargo, el TJUE y otros autores (A. MARTIN-SERF) han sostenido que la mera presencia de un litigante extranjero permite aplicar el art. 25 RB I-bis. El

¹²² STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 29; STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, §§ 21 y 27; STJUE 20 febrero 1997, C-106/95, *MSG/Les Gravières Rhénanes*, ECLI:EU:C:1997:70, §§ 15-17; STJUE 16 marzo 1999, C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142, § 19.

¹²³ STS 5 mayo 2016 (sumisión a tribunales españoles), SAP Vizcaya 26 mayo 2011 (cesión de futbolista profesional a club extranjero).

¹²⁴ AAP Madrid 16 enero 2012 [CENDOJ 28079370282012200003] (contrato de transporte de langostinos congelados desde India a España en régimen de conocimiento de embarque), AAP Pontevedra 4 febrero 2010 (sumisión a favor de tribunales portugueses), STJCE 17 enero 2006, C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, ECLI:EU:C:2006:39, Sent. Cour Cass. Francia 4 octubre 2005 e Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 105 en DOUE 13 diciembre 2009, STJCE 13 noviembre 1979, 25/79, *Sanicentral*, ECLI:EU:C:1979:255.

¹²⁵ STJUE 15 noviembre 2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung y otros*, ECLI:EU:C:2012:719, § 36 (elección de tribunales islandeses); SAP Valencia 8 noviembre 2016 [JUR\2017\14921] (sumisión a tribunales de Londres y conocimiento de embarque y mercancía destruida en Orán), Auto JPI de Moncada (Valencia) 10 mayo 2017 [ECLI:ES:JPII:2017:4A] (sumisión a tribunales de California).

¹²⁶ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, § 17.

¹²⁷ AAP Tarragona 10 junio 2004 (es “internacional” el litigio derivado de un contrato entre dos empresas españolas, una de las cuales es filial de empresa extranjera).

¹²⁸ Sent. Cour Cassation Francia 4 octubre 2005.

TJUE ha declarado que el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable cuando el único elemento extranjero presente en el supuesto es la nacionalidad extranjera de una de las partes¹²⁹.

- 4º) *Litigios plenamente internos con elección de un tribunal extranjero*. Los litigios en los que el único “elemento de internacionalidad” es la elección de un tribunal extranjero, suscitan agudos problemas. Se plantea, en efecto, la duda de saber si, en el supuesto de un caso en el que no concurre ningún elemento extranjero (= las partes disponen de su domicilio en el mismo Estado miembro, la relación jurídica entre tales partes y la situación litigiosa están vinculadas exclusivamente con dicho Estado miembro), pueden los litigantes elegir de modo expreso un tribunal de otro Estado miembro como únicamente competente para conocer de los litigios entre las mismas. El Reglamento Bruselas I-bis guarda un total silencio al respecto (M. AUDIT). Por ello, varias tesis se han mantenido: (1) *Tesis objetivista*. Es la tesis mayoritaria. Con arreglo a la misma, las partes no pueden convertir en “internacional” una situación “objetiva y meramente interna” por el simple hecho de elegir un tribunal de otro Estado miembro como competente (P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, P. SCHLOSSER, B. AUDIT, Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 104 en DOUE 13 diciembre 2009, etc.). En efecto, Esta tesis se edifica sobre tres argumentos. Primero, esta posibilidad fomentaría el fraude al Derecho Procesal del Estado con el litigio está “naturalmente conectado” y arruinaría “la autoridad de la Ley”, lo que no es conveniente. Segundo, debe recordarse que el Reglamento Bruselas I-bis sólo se aplica a supuestos “internacionales” (= *vid.* Cons. 4 y 15 RB I-bis, que se refieren a los “conflictos de jurisdicción”), de modo que los casos “meramente internos” se rigen por el Derecho Procesal de cada Estado Miembro y no por el Reglamento Bruselas I-bis (D. ALEXANDRE, J. KROPHOLLER, P. MAYER / V. HEUZÉ). Tercero, el Reglamento Bruselas I-bis no otorga ninguna relevancia jurídica a esta “elección artificial” del tribunal competente, a diferencia del Reglamento Roma I de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales], texto éste que sí lo hace en relación con la elección de Ley aplicable a los contratos objetivamente nacionales, que puede recaer en una Ley extranjera. Por ello, debe suponerse, *a contrario sensu*, que el legislador de la UE, pudiendo haber atribuido efectos legales a esta elección, no quiso hacerlo; (2) *Tesis subjetivista*. La elección de un tribunal extranjero hace que la situación sea ya “internacional” (P. JENARD, J.P. BÉRAUDO, G.A.L. DROZ). Esta segunda tesis sintoniza con una economía globalizada, en la que litigar en país extranjero puede ser más conveniente que litigar en el propio país; aunque el litigio no contenga “elementos extranjeros objetivos”. Sin embargo, su base legal es más endeble, razón por la que, *de lege lata*, la primera tesis parece preferible.

53. d) *El asunto sometido debe constituir materia “contenciosa” y no de “jurisdicción voluntaria”*. En los actos de jurisdicción voluntaria no existe “demanda” ni se ejercita propiamente una “acción”, ni el tribunal ejerce función “jurisdiccional”¹³⁰. No hay “partes” que puedan someterse a ningún tribunal. Por tanto, para que exista un acuerdo atributivo de competencia entre varias “partes”, válido con arreglo al art. 25 RB I-bis, es preciso que el asunto al que se refiere dicho acuerdo sea un asunto contencioso. En efecto, en los casos de jurisdicción voluntaria no existen “partes” que puedan “acordar” la elección de un tribunal competente.

54. e) *Materias sobre las que no cabe sumisión expresa*. El acuerdo de sumisión puede referirse, en principio, a cualquier litigio suscitado con ocasión de cualquier relación jurídica en materia civil y mercantil cubierta por el Reglamento Bruselas I-bis (art. 1 RB I-bis). Ahora bien, desde el punto de vista de la materia a la que se refiere el pacto de sumisión, la regla general anterior conoce dos poderosos límites:

- 1º) *Primer límite. Respeto de las competencias exclusivas de los Estados miembros*. El acuerdo de sumisión expresa no puede versar sobre materias que sean objeto de las competencias

¹²⁹ STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI:EU:C:2011:745, §§ 29-33.

¹³⁰ SAP Pontevedra 21 diciembre 2006 [CENDOJ 36038370012006100756] (depósito judicial de efectos ante Juzgado español).

exclusivas de tribunales de los Estados miembros (art. 25.4 y 24 RB I-bis y Cons. [19] RB I-bis). En cualquier otra materia cubierta por el Reglamento Bruselas I-bis pero que no es objeto de competencia exclusiva de un Estado miembro, la sumisión es perfectamente posible. Es el caso de los contratos de edición y la infracción de los derechos de propiedad intelectual¹³¹. Ello comporta varias consecuencias: (a) El pacto de sumisión que atribuye a tribunales de un Estado miembro el conocimiento de litigios que versan sobre materias objeto de competencia exclusiva de tribunales de otro Estado miembro, es nulo de pleno Derecho¹³²; (b) En los casos objeto de las competencias exclusivas relacionadas en el art. 24 RB I-bis, el art. 25 RB I-bis no permite a las partes elegir un “concreto tribunal competente” de entre los tribunales del Estado al que corresponde la competencia exclusiva. El Derecho Procesal de dicho Estado precisa la competencia territorial y determina si dicho pacto inter partes es válido o no lo es (G.A.L. DROZ); (c) Cuando las partes han sometido sus diferencias a un concreto tribunal, dicha sumisión no alcanza a las medidas de ejecución que deban o puedan dictarse para ejecutar lo que haya dispuesto el tribunal elegido por las partes¹³³.

2º) *Segundo límite. Acuerdos de sumisión y litigios con “parte débil”*. En determinadas materias, los acuerdos de sumisión deben respetar ciertos límites de fondo y de forma, con el fin de impedir que la parte fuerte de una relación jurídica imponga una determinada elección de tribunal competente a la “parte débil” de misma relación jurídica. Así ocurre respecto de los casos de *trust* (art. 25.3 y 4 RB I-bis)¹³⁴, contratos celebrados por consumidores (art. 19 RB I-bis), materia de seguros (art. 15 RB I-bis)¹³⁵, y contratos individuales de trabajo (art. 23).

55.f) Sumisión relativa a litigios concretos. El acuerdo expreso de sumisión debe referirse a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada relación jurídica: “*Une cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. [...]*”¹³⁶. En consecuencia, es nula la cláusula de sumisión expresa pactada en relación a toda divergencia, presente y/o futura, que pueda nacer entre varias partes, conocidas como “cláusulas escoba” (“*clauses balai*”). Esta “sumisión global” está prohibida (B. AUDIT)¹³⁷. La sumisión puede afectar a litigios pasados, presentes y futuros, pero siempre que deriven de una concreta relación jurídica¹³⁸.

La razón de ser de esta prohibición de las “cláusulas escoba” radica en que las partes deben poder prever la competencia del juez pactado y eso sólo es posible si las partes saben, *ex ante*, a qué controversias hace referencia la sumisión: “*Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia [...]*”¹³⁹. De ese modo, se evita que una parte sea sorprendida por la atribución a un tribunal determinado de todas las controversias que

¹³¹ SAP Barcelona 12 septiembre 2013 [CENDOJ 08019370152013100297] (cesión de derechos de propiedad intelectual y contrato de edición).

¹³² STS 11 febrero 2002.

¹³³ STS 18 diciembre 2009 (ejecución en España de *order* inglesa en la que se dispone la venta forzosa de acciones de sociedades españolas).

¹³⁴ *Vid.* Ord. Trib. Napoli 31 marzo 2015 (elección de tribunal competente en un *trust*): el acuerdo de competencia contenido en un *trust* regulado por la ley de Jersey vincula al constituyente y también al *trustee* y a los beneficiarios pero no a los terceros respecto del *trust*.

¹³⁵ *Vid., ad ex.*, C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contrato internacional de seguro”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1079-1113 (pp. 1091-1092); P. MANKOWSKI, “Eine Gerichtsstandsvereinbarung im Haftpflichtversicherungsvertrag entfaltet keine Derogationswirkung gegen den geschädigten Direktkläger (zu EuGH, 13.7.2017, Rs. C-368/16, Assens Havn vs. Navigators Management (UK) Ltd., unten S. 259, Nr. 18)”, *IPRax*, 38, 3, 2018, pp. 233-238.

¹³⁶ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 68.

¹³⁷ STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115, § 31.

¹³⁸ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Hőszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 33.

¹³⁹ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 68.

puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte y que nacieran de relaciones distintas de aquéllas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia¹⁴⁰. Esto significa, como apunta el Tribunal de Justicia, que: “Atendiendo a ese objetivo, el tribunal remitente deberá considerar en especial que una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito”¹⁴¹. Así, si en un contrato de compraventa se pacta la sumisión a un tribunal en el caso de “controversias que surjan en las relaciones contractuales” entre las partes, y se descubre que una de las partes participaba en un cártel ilegal, las acciones que la parte perjudicada puede ejercitar contra la parte que participó en el cártel no están cubiertas por esta cláusula de sumisión. En efecto, la responsabilidad delictual en la que hubiera podido incurrir una de las partes contratantes a causa de su participación en el cártel ilícito no está cubierta por la cláusula de sumisión, que únicamente debe cubrir los litigios derivados del contrato de compraventa. Para que la cláusula de sumisión cubra los litigios derivados de la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia es preciso que dicha cláusula haga expresa referencia a “las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia” y que designe como competente a un tribunal de un Estado miembro¹⁴². Sólo en tal caso, quedan excluidas las reglas especiales de competencia recogidas en los arts. 7 y 8 RB I-bis.

56. ➤ Caso I. En este sentido, la High Court of England and Wales se pronunció en el asunto *Provimi*, resolviendo la cuestión de la extensión de la cláusula de sumisión recogida en un contrato a la responsabilidad extracontractual derivada de la infracción del Derecho antitrust (High Court of England and Wales, *Provimi et al. v Aventis et al.*, [2003] 2 All ER (Comm) 683 [6 May 2003]). El asunto *Provimi* traía causa de una entente llevada a cabo por varias empresas de vitaminas (Decisión de la Comisión de 21 de noviembre 2001, asunto COMP/E-1/37.512 –*Vitaminas*). Las trece empresas sancionadas eran fabricantes de vitaminas A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, ácido fólico, betacaroteno y carotínidos, y abastecían a la Comunidad y el EEE. Estas entidades acordaron fijar precios en el mercado y asignar cuotas de venta; además crearon un dispositivo de supervisión del cumplimiento de los acuerdos. El mercado afectado era el EEE; aunque la Comisión consideró que cada vitamina podría tener un mercado mundial. La Comisión descubrió diferentes acuerdos relativos a las distintas vitaminas, en los participaban diferentes empresas. La duración de la infracción dependía del cartel del que hablemos: los acuerdos que más se extendieron en el tiempo estuvieron en vigor desde el año 1989 hasta el año 1999.

En el caso *Provimi*, los demandantes reclamaron una indemnización por los perjuicios sufridos por haber tenido que comprar vitaminas a un precio superior al que habría en el mercado de no haber existido la entente que infringía el Derecho europeo de la competencia. La compañía *Trouw Germany* interpuso demanda de reclamación de daños frente a la empresa *Roche UK* alegando el foro del artículo 2 del Reglamento 44. También actuó contra otras dos compañías suizas y, para ello, la empresa alemana utilizó el Convenio de Lugano, el artículo 6.1 en concreto. Por último, para demandar a *Roche Germany* utilizó el foro del litisconsorcio pasivo del artículo 6.1 del Reglamento 44 para atraer la competencia hacia Inglaterra. Esta compañía demandada, *Roche Germany*, alegó la sumisión expresa a los tribunales alemanes que existía en el contrato de compraventa, para que el foro del artículo 6.1 no pudiera funcionar. El tribunal inglés consideró que la cláusula de sumisión del contrato de compraventa no incluía en su ámbito de aplicación las reclamaciones por la infracción del Derecho europeo de la competencia, por ello entendió que no había sumisión y que podía entrar en juego el foro del artículo 6.1 para atraer la competencia a los tribunales ingleses. Solución → Los argumentos que utilizó el tribunal inglés para excluir de la cláusula de sumisión la responsabilidad extracontractual fueron los siguientes (F. W. BULST). En primer lugar, el órgano jurisdiccional inglés considera que los tribunales elegidos en el pacto de sumisión no son competentes para dirimir asuntos de este tipo, derivados de la vulneración del Derecho antitrust. En segundo lugar, los daños reclamados no pueden derivar de actuaciones fraudulentas. En el caso en cuestión, el tribunal inglés considera que el contrato de

¹⁴⁰ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 68.

¹⁴¹ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 69.

¹⁴² *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 188.

compraventa con *Roche Germany* fue firmado en condiciones de engaño, ya que, la demandante acordó la compra considerando que el precio se había fijado en condiciones competitivas de mercado. En último lugar, un juez alemán consideraría que la reclamación de daños no está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión puesto que puede entender que esta demanda de responsabilidad extracontractual no surge de la relación contractual entre las partes, sino del hecho de que *Roche Germany* formaba parte de un cartel de precios ya antes de concluir el contrato de compraventa con la demandante.

57. ➤ *Caso 2. Ryanair contra Esso Italiana*. La compañía Ryanair concluyó varios contratos de suministro de jet fuel en los aeropuertos italianos con la italiana Esso srl. Estos contratos se concluyen entre 1999 y 2006. En ellos, había una cláusula de sumisión a los tribunales ingleses (Clause 12.1), cuyo tenor literal era el siguiente: “*This Agreement contains the entire agreement of the parties with respect to the subject matter hereof and there are no other promises, representations or warranties affecting it. This Agreement cannot be modified in any way except in writing signed by the parties. No claims shall be made hereunder for prospective profits or for indirect or consequential damages except as otherwise provided in the footnotes attached to the schedule. This Agreement shall be governed by the laws of England excluding its conflict of law rules and the United Nations Convention on the International Sale of Goods Act shall not apply. For the purposes of the resolution of disputes under this Agreement, each party expressly submits itself to the non-exclusive jurisdiction of the Courts of England.*”. El 14 junio 2006, la Autoridad Nacional de la Competencia italiana condenó a varias compañías, entre las que se encontraba Esso, por haber participado en un cártel en el mercado de los carburantes contrario al art. 101 TFUE, consistente en el intercambio de información sensible sobre venta de jet fuel en los aeropuertos italianos. La compañía aérea irlandesa demandó a Esso Italiana, ante los tribunales ingleses, por daños y perjuicios como consecuencia de los precios excesivos que Esso había fijado al fuel para aeronaves, cosa que también habían hecho los demás integrantes del cártel. El debate se centró en saber cuál era el alcance del acuerdo de elección de foro: Si éste aprehendía a los daños por infracción de disposiciones legales. Se discutió si era aplicable la *presumption of one-stop adjudication*; es decir, si era pertinente, como sostuvo la decisión de la *House of Lords* en el pasado, que hombres racionales (*rational businessmen*), que son partes en un contrato, supondrán que todas las cuestiones suscitadas por su relación jurídica serán resueltas en el mismo tribunal, salvo que se diga claramente otra cosa (*Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov* [2007] UKHL 40). Solución → La *Court of Appeal* rechazó que el acuerdo de elección de foro previsto para las cuestiones contractuales abarcara también las cuestiones indemnizatorias relativas a ilícitos antitrust: “[...] *rational businessmen would be surprised to be told that a non-exclusive jurisdiction clause bound or entitled the parties to litigate in a contractually agreed forum an entirely non-contractual claim for breach of statutory duty pursuant to Article 101 TFEU, the essence of which depended on proof of unlawful arrangements between the seller and third parties with whom the buyer had no relationship whatsoever, and the gravamen of which was a matter which probably affected many other potential claimants, with whom such a buyer might very well wish to link itself*” (*Ryanair Ltd v Esso Italiana Srl* [2013] EWCA Civ 1450 (19 November 2013), § 46)¹⁴³.

b’) Requisitos de validez formal

58. Para que el *acuerdo atributivo de competencia* sea válido debe cumplir ciertos *requisitos de forma* especificados en el mismo art. 25.1 RB I-bis *in fine*¹⁴⁴. Varias observaciones deben realizarse en relación con este aspecto.

1º) *Carácter imperativo de las exigencias formales*. Estos requisitos de forma del acuerdo de sumisión constituyen requisitos de “forma *ad solemnitatem*”. Ello significa que si tales re-

¹⁴³ *Vid., ad ex.*, M. REQUEJO ISIDRO, “Cartel Damage Claims, Non-Exclusive Jurisdiction Clauses and the ‘One-Stop Shop’ Presumption: What Do Rational and Reasonable Businessmen Really Want?”, 28 noviembre 2013, disponible en *conflict-laws.net*, consultado por última vez el 19 marzo 2018.

¹⁴⁴ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, § 25; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 23.

quisitos formales no se verifican, la sumisión es nula de pleno derecho *tamquam non esset*¹⁴⁵. Y a *sensu contrario*, si se verifican tales requisitos de forma recogidos en el art. 25.1 RB I-bis, el pacto de sumisión es formalmente válido, sin que pueda exigirse el cumplimiento de otros requisitos de forma suplementarios requeridos por la legislación procesal nacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto¹⁴⁶.

- 2º) *Razón de ser de estos requisitos formales*. En el pasado y bajo el art. 23 R.44/2001, el TJUE dejó claro que requisitos formales se exigen porque su concurrencia garantiza que “*que la cláusula atributiva de competencia ha sido, efectivamente, fruto de un consentimiento, manifestado de manera clara y precisa por ambas partes*”¹⁴⁷. Esta perspectiva debe ahora completarse con lo que dispone el art. 25.1 RB I-bis, en el sentido de que, además de verificarse tales requisitos formales, el acuerdo atributivo de competencia debe ser válido “*en cuanto a su validez material*” según el Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos.
- 3º) *Elenco de los concretos requisitos de forma*. Pues bien, el acuerdo de sumisión debe hacerse (art. 25 RB I-bis): a) Por escrito; b) O verbalmente con confirmación escrita; c) O en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; d) O en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

c’) Requisitos de validez sustancial

59. El art. 25.1 RB I-bis indica que, para producir los efectos que le son propios, el acuerdo atributivo de competencia no debe ser “*nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material*” (Cons. [20] RB I-bis). A este respecto conviene subrayar diversos datos:

- 1º) *El acuerdo de sumisión es un contrato separado. Principio de “severability”*. El acuerdo de sumisión constituye, en realidad, un acuerdo separado del contrato en el que se inserta o al que se refiere. Por ello, el acuerdo de sumisión puede ser válido y el contrato puede ser nulo y viceversa¹⁴⁸. Lo indica de modo expreso el art. 25.5 RB I-bis. El acuerdo atributivo de competencia es, en sí mismo, un contrato. Es un contrato de elección del tribunal competente. Pues bien, al ser un “contrato” se le debe exigir, para su validez y efectos jurídicos, que se observe la forma legalmente exigida, así como una concreta capacidad legal de las partes y un consentimiento libre y puro de dichas partes que eligen el tribunal competente. El art. 25 RB I-bis regula de modo directo las exigencias formales del acuerdo atributivo de competencia.
- 2º) *Aplicación global del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos*. El art. 25.1 RB I-bis señala que las exigencias de sustanciales o de fondo, esto es, la capacidad legal de las partes y el consentimiento de las mismas al respecto, deben valorarse con arreglo al Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos por las partes. La dicción del precepto es general. Por ello puede afirmarse que el art. 25 RB I-bis se remite a todas las normas del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos, lo que incluye, naturalmente, “*las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro*”, como expresamente indica el Cons. [20] RB I-bis. Algunos Estados miembros disponen de normativas específicas que regulan, de modo directo y material, la validez de las cláusulas de sumisión jurisdiccional en cuanto al consentimiento de las

¹⁴⁵ Sent. Trib. Rovereto, Italia, 24 agosto 2006.

¹⁴⁶ SAP Alicante 24 febrero 2014 (contratación internacional turística y cláusula de sumisión expresa redactada en idioma inglés), Ordenanza Corte Cass. Italia 20 febrero 2007 (exigencia de redacción en un determinado idioma).

¹⁴⁷ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 37.

¹⁴⁸ M. HERRANZ BALLESTEROS, “The regime of party autonomy in the Brussels I recast: the solutions adopted for agreements on jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, 10, 2, 2014, pp. 291-308 (pp. 297-298); J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 11.

partes. Así, el Derecho francés trata de evitar una solución conflictual, de modo que el juez francés debe investigar, a partir de los datos del caso, si las partes han consentido realmente en dicha cláusula, sin necesidad de referirse a ninguna Ley estatal concreta. La aplicación de la Ley del Estado cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos, incluidas sus normas de DIPr., parece una solución complicada, pues puede comportar un “reenvío” (A. NUYTS). Sin embargo, la solución es lógica, previsible, segura y evita el *Forum Shopping*. Cualquiera que sea el Estado miembro ante cuyos tribunales surja la cuestión de la validez material de la cláusula de sumisión, la Ley aplicable a dicha cuestión será la misma.

- 3º) *Desarrollo para el Derecho español*. El art. 25 RB I-bis se remite a la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos por las partes. Si tal Estado miembro es España, ello significa lo siguiente:
- a) *Capacidad para pactar la elección del tribunal competente*. Se rige por la Ley estatal a la que remiten las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto. En España es aplicable la Ley nacional de cada parte (art. 9.1 CC). De este modo, por ejemplo, si dos ciudadanos croatas que litigan entre sí han elegido como competentes los tribunales de Madrid, la capacidad de tales personas para pactar dicha sumisión se regirá por la Ley croata (art. 9.1 CC).
 - b) *Consentimiento en la elección del tribunal competente*. Se rige por la Ley estatal a la que conduce el Reglamento Roma I (Ley aplicable a los contratos internacionales), pues el pacto de sumisión es un “contrato”. Las partes pueden elegir la Ley aplicable a su pacto de elección de tribunal y en defecto de tal elección, deberá aplicarse la Ley material del Estado miembro cuyos tribunales se han elegido, por ser la Ley del Estado con el que el supuesto presenta una vinculación más estrecha (art. 4.4 RR-I). De este modo, por ejemplo, si dos ciudadanos croatas que litigan entre sí han elegido como competentes los tribunales españoles, la Ley que rige su consentimiento en la elección de los tribunales españoles debe ser la Ley que las partes eligieran al efecto (art. 3.1 RR-I), y a falta de tal elección, la Ley material española (art. 4.4 RR-I).

60. Varios datos adicionales deben tenerse presentes:

- 1º) *Insuficiencia de las exigencias formales del art. 25 RB I-bis*. No basta con que la cláusula de sumisión se ajuste a las exigencias formales requeridas por el art. 25 RB I-bis para presumir que ha sido acordada libremente por partes que disponen de capacidad legal al efecto¹⁴⁹. La capacidad y el consentimiento de las partes en la elección de los tribunales competentes debe ajustarse a las exigencias legales establecidas por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos por dichas partes.
- 2º) *Caso especial. Elección de varios tribunales competentes de diferentes Estados miembros*. Cuando las partes eligen uno o varios tribunales competentes de un mismo Estado miembro, la validez material de dicho acuerdo se rige por el Derecho de dicho Estado miembro. Sin embargo, cuando las partes eligen como competentes los tribunales de varios Estados miembros, el acuerdo debe “descomponerse” en varios acuerdos distintos, uno por cada tribunal elegido. De ese modo, la validez material de cada sub-acuerdo se rige por la Ley del Estado cuyos tribunales han sido elegidos (Cons. [20] RB I-bis).
- 3º) *Imposibilidad de elección de la Ley aplicable al contrato de elección de tribunal o acuerdo atributivo de competencia*. Aunque el acuerdo atributivo de competencia es un “contrato”,

¹⁴⁹ Vid. antes del Reglamento Bruselas I-bis: SAP Barcelona 29 marzo 2010 [CENDOJ 08019370012010100149] (sumisión a tribunales de Barcelona); AAP Barcelona 3 diciembre 2008 [CENDOJ 08019370172008200220] (sumisión expresa a favor de tribunales alemanes y contrato de distribución y agencia); STJCE 9 noviembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606; STJCE 20 febrero 1997, C-106/95, *MSG/Les Gravières Rhénanes*, ECLI:EU:C:1997:70; STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 27.

las partes no pueden elegir la Ley aplicable a dicho contrato. El art. 25 RB I-bis impone, imperativamente, la aplicación del Derecho material del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes. Como escribe J.-P. BERAUDO, la cláusula de elección de tribunal es autónoma (= separable) respecto del contrato en el que se inserta, pero las partes carecen de autonomía de voluntad conflictual para señalar la Ley aplicable a la validez material de dicha cláusula: autonomía sin autonomía. Se asemeja este régimen al que dispensa el Reglamento Roma I a los contratos de elección de Ley aplicable al contrato (art. 3 RR-I). Las partes no disponen de autonomía de la voluntad conflictual para señalar la Ley aplicable a tales contratos de elección de Ley.

61. Cabe, pues, preguntarse cuál es la *Ley aplicable al consentimiento de las partes en el pacto de sumisión expreso regulado en el art. 25 RB I-bis*. Existen muchas incertidumbres sobre cómo integrar la laguna legal existente al respecto en Derecho español. Varias tesis se han mantenido al respecto: (a) Antes de la entrada en escena del Reglamento Roma I, numerosos tribunales de los Estados miembros optaron en favor de una aplicación por analogía del Convenio de Roma de 1980 a estas cuestiones (U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, M. FALLON). Con ello se consigue que el Derecho que regula el contrato sea el mismo que el Derecho que regula estas cláusulas de elección de arbitraje y tribunal (M. VIRGÓS SORIANO). Esta tesis afirma que la exclusión de estos acuerdos del Reglamento Roma I es una exclusión que afecta únicamente a los aspectos procesales del acuerdo (= regidos por el Reglamento Bruselas I-bis u otros convenios internacionales o normas de DIPr. español, como el art. 22 LOPJ), de modo que los aspectos sustantivos (= consentimiento de las partes, por ejemplo), no están excluidos del Reglamento Roma I; (b) Otros expertos indican que el Reglamento Roma I acepta, *a sensu contrario*, que dichas lagunas deban ser integradas mediante la aplicación de las normas de DIPr. de producción interna de cada Estado miembro (D. McCLEAN & K. BEEVERS, F. GARAU SOBRINO). Es decir: es preciso determinar la “Ley aplicable” a estos aspectos no regulados por los instrumentos legales internacionales de carácter procesal que se ocupan del régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro y arbitraje. Y dicha Ley aplicable debe precisarse, en el caso español, con arreglo al art. 10.5 CC, visto que el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación la determinación de la Ley aplicable a estos “acuerdos de elección de foro”. Falta un pronunciamiento claro del TJUE sobre esta cuestión de la aplicación del Reglamento Roma I a estos acuerdos de elección de foro o arbitraje. En todo caso, hubiera sido mucho más conveniente y útil y hubiera proporcionado una mayor seguridad jurídica, que el Reglamento Roma I hubiera fijado la Ley aplicable a los distintos aspectos jurídicos sustanciales (= no procesales) de estos pactos de elección de tribunal, al menos para las cuestiones no reguladas por otros instrumentos legales internacionales específicos en la materia (L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, P.A. NIELSEN / O. LANDO). Ello habría constituido un elemento poderoso de lucha contra las “*Torpedo Actions*” que se ejercitan ante tribunales de Estados que exigen requisitos muy elevados a los acuerdos de sumisión y que hacen inválidos tales acuerdos, empantanando el procedimiento en vez de permitir la litigación ante los tribunales elegidos por los contratantes (P.A. NIELSEN / O. LANDO).

62. Como se ha indicado, para valorar la validez de una cláusula de elección de tribunal es preciso consultar la Ley del Estado cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos, incluidas sus normas de conflicto de leyes (= *Ley aplicable a la validez de fondo de la cláusula de elección de tribunal y “solución por reenvío”*). Así, si se presenta demanda judicial ante tribunales españoles y el demandado invoca una sumisión previa realizada en favor de los tribunales suecos, el tribunal español deberá valorar si dicha cláusula es válida o nula con arreglo al Derecho sueco, incluidas sus normas de conflicto de Leyes. Si tales normas remiten, por ejemplo, al Derecho sustantivo inglés, entonces el tribunal español aplicará el Derecho inglés. Cualquier otro tribunal de cualquier otro Estado miembro ante el que se plantee la cuestión de la validez / nulidad de esta cláusula de sumisión aplicará, igualmente, el Derecho conflictual sueco y a través del mismo el Derecho sustantivo inglés. Se trata de adoptar el punto de vista legal de los jueces suecos (A. NUYTS). Esta solución fue sugerida por el Abogado General Gordon Slynn en el caso que dio lugar a la STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148. Queda por aclarar quién debe probar las normas de conflicto del Derecho del Es-

tado miembro cuyos tribunales han sido designados competentes por las partes y el Derecho sustantivo al que tales normas de conflicto conducen (L. USUNIER). El Reglamento calla sobre este particular, de modo que cada Estado miembro aplicará sus normas sobre alegación y prueba del Derecho extranjero. En consecuencia, para España, es la parte interesada la que debe probar tales normas jurídicas extranjeras (art. 281.2 LEC) y no el tribunal ante el que se plantea la cuestión.

b) Posibilidades de las partes

63. Las partes pueden atribuir competencia a los tribunales de modos muy diversos.

64. a) Litigios pasados y futuros. El acuerdo de sumisión puede referirse a litigios que ya hubieran surgido o a litigios que pudieran surgir en el futuro. En todo caso, debe tratarse de litigios que surjan de una determinada relación jurídica: un contrato concreto, por ejemplo. Dos aspectos deben añadirse: (a) El juez puede interpretar la cláusula de sumisión para fijar su “alcance objetivo”, es decir, para precisar los litigios que cubre y los que no cubre y para dar un efecto útil a dicha cláusula en sintonía con la voluntad auténtica de las partes¹⁵⁰; (b) El pacto de elección de tribunal es totalmente diferente del pacto de designación del lugar de cumplimiento de la obligación¹⁵¹. Una cláusula interpartes que fije un “lugar ficticio de ejecución del contrato” es, en el fondo, una “cláusula de sumisión”, y sólo es válida si se ajusta al art. 25 RB I-bis¹⁵².

65. b) Sumisión a tribunales concretos y a tribunales en conjunto. El art. 25.1 RB I-bis permite de modo expreso que las partes atribuyan competencia a los tribunales de un Estado “en su conjunto”¹⁵³. En este caso, la precisión del tribunal concreto competente se hará con arreglo al Derecho procesal interno del Estado cuyos tribunales han sido elegidos, que precisará el tribunal que dispone de la competencia territorial. *Ejemplo:* “*son competentes los tribunales alemanes*”. También permite el precepto que las partes se sometan a un concreto tribunal de un concreto Estado miembro. *Ejemplo:* “*son competentes los tribunales de Berlín*”. En este último caso, la elección del tribunal será válida si se acomoda al art. 25 RB I-bis aunque no se ajuste al Derecho Procesal del país al que pertenece el tribunal (F. SALERNO)¹⁵⁴. En este último caso, también para saber qué concretos tribunales de entre los que operan en Berlín es el competente, se aplicará las normas de competencia territorial del Estado miembro en cuestión, las normas alemanas¹⁵⁵.

66. c) No necesidad de vínculo objetivo entre tribunal designado y litigio. Las partes pueden designar el tribunal o tribunales que estimen por conveniente, sin que sea necesario que exista un “vínculo objetivo” entre el litigio y el tribunal designado¹⁵⁶.

¹⁵⁰ STJCE 14 diciembre 1976, 24/76, *Colzani*; STJCE 14 diciembre 1976, 25/76, *Segoura*; STJCE 14 julio 1983, C-201/82, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, ECLI:EU:C:1983:217; STJCE 19 junio 1984, C-71/83, *Tilly Russ/Nova*, ECLI:EU:C:1984:217; STJCE 11 julio 1985, 221/84, *Berghofer*; STJCE 11 noviembre 1986, 313/85, *Fiat*; STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115; STJCE 13 noviembre 1979, 25/79, *Sanicentral*, ECLI:EU:C:1979:255; STS 10 marzo 2010 [RJ 2010\2337] (sumisión a favor de los tribunales italianos y contrato de distribución, contrato de mutuo disenso y sumisión a arbitraje); SAP Madrid 3 octubre 2011 [CENDOJ 28079370252011200157] (contrato de distribución y sumisión a favor de tribunales de París para decidir en torno a la “interpretación o ejecución del contrato”); SAP Pontevedra 19 enero 2016 (importación de langostinos desde Argentina a España) [CENDOJ 36038370012016100069].

¹⁵¹ STJCE 17 enero 1980, C-56/79, *Zelger/Salinitri*, ECLI:EU:C:1980:15.

¹⁵² STJCE 20 febrero 1997, C-106/95, *MSG/Les Gravières Rhénanes*, ECLI:EU:C:1997:70.

¹⁵³ STS 5 mayo 2016 [RJ 2016\2453] (sumisión a tribunales españoles).

¹⁵⁴ AAP Lugo 16 enero 2004 [CENDOJ 27028370012004200008] (sumisión válida de las partes a los “tribunales de Lugo”).

¹⁵⁵ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 48.

¹⁵⁶ AAP Madrid 16 enero 2012 [CENDOJ 28079370282012200003] (contrato de transporte de langostinos congelados desde India a España en régimen de conocimiento de embarque), STJCE 17 enero 1980, C-56/79, *Zelger/Salinitri*, ECLI:EU:C:1980:15; STJCE 16 marzo 1999, C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142; STJCE 3 julio 1997, C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, ECLI:EU:C:1997:337; SAP Pontevedra 31 julio 2007 [CENDOJ 36057370062007100357] (contrato de remolque y sumisión a tribunal inglés).

67. d) Designación directa y designación indirecta del tribunal competente. Las partes disponen de una muy amplia paleta de opciones para concretar los tribunales a los que encomiendan la solución de sus controversias. En tal sentido cabe subrayar lo que sigue:

- 1º) *Designación directa del tribunal competente.* Las partes pueden designar directamente el órgano u órganos jurisdiccionales competentes, si bien debe tratarse del que corresponda en primera instancia en el Estado miembro del que se trate. en el caso de que las partes designen como competentes otros tribunales que no sean los tribunales de primera instancia no invalida la sumisión siempre que quede claro que se pactó la competencia de los tribunales de un concreto Estado miembro. *Ejemplo:* “*the construction and performance of this Agreement shall be governed and interpreted in accordance with the laws of Spain and the parties submit to the jurisdiction of the High Court of Spain which shall have exclusive jurisdiction over any dispute arising herefrom*”. Esta cláusula no otorga competencia a un tribunal inexistente en España o al Tribunal Supremo español, pero sí es claro que las partes quisieron otorgar competencia internacional a los tribunales españoles, por lo que, en tales términos, debe considerarse como una elección perfectamente válida en favor de los tribunales españoles¹⁵⁷.
- 2º) *Designación indirecta del tribunal competente.* Las partes pueden designar también el tribunal competente mediante la una indicación de los “elementos objetivos necesarios” para determinar el tribunal al que se han sometido. Esta sumisión es perfectamente válida¹⁵⁸, pues designa clara y concretamente los tribunales competentes. *Ejemplo:* “*serán competentes los tribunales del lugar del establecimiento del transportista*”.

68. e) Sumisión múltiple fraccionada. Las partes pueden someter el litigio a tribunales de Estados distintos al mismo tiempo, de modo que atribuyen a cada órgano jurisdiccional el conocimiento de controversias distintas que nacen de una misma relación jurídica interpartes¹⁵⁹. Es más: la sumisión es válida cuando se designan como competentes tribunales distintos pero pertenecientes al mismo Estado miembro. Igualmente, las partes pueden atribuir la competencia judicial internacional a un tribunal en relación a cuestiones concretas derivadas de la relación jurídica, dejando subsistentes, por lo que concierne a los demás aspectos de la relación, los foros previstos en el Reglamento Bruselas I-bis.

69. f) Sumisión múltiple completa. Las partes pueden someter el litigio a tribunales de Estados distintos al mismo tiempo, de modo que, en caso de litigio, la parte demandante puede presentar su demanda ante cualquiera de los tribunales que contempla la cláusula de sumisión. *Ejemplo:* “*en caso de litigio, serán competentes los tribunales de España, Francia y Luxemburgo*”.

70. g) Sumisión múltiple híbrida o mixta. El art. 25 RB I-bis permite las llamadas “cláusulas híbridas de sumisión”. Se trata de cláusulas en cuya virtud las partes otorgan competencia internacional a los tribunales de un Estado miembro y, alternativamente, a tribunales o instituciones arbitrales u otros medios de solución de controversias¹⁶⁰.

71. h) Sumisión con carácter “exclusivo”. El art. 25 RB I-bis indica que la competencia atribuida en virtud del pacto de sumisión “*será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes*” (*widerlegliche Vermutung*)¹⁶¹. El Reglamento Bruselas I-bis presume que, salvo pacto en contrario, la sumisión tiene carácter “exclusivo”, es decir, que se realiza en favor del tribunal designado con la intención de

¹⁵⁷ SAP Barcelona 12 septiembre 2013 [CENDOJ 08019370152013100297] (cesión de derechos de propiedad intelectual y contrato de edición).

¹⁵⁸ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 41; STJCE 9 noviembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606.

¹⁵⁹ STJCE 9 noviembre 1978, C-23/78, *Meeth/Glacet*, ECLI:EU:C:1978:198.

¹⁶⁰ AAP Madrid 18 octubre 2013 [CENDOJ 28079370282013200024] (sumisión a arbitraje y a tribunales holandeses).

¹⁶¹ J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 11.

excluir la competencia de cualquier otro tribunal¹⁶². Si las partes desean pactar una competencia judicial no exclusiva, deben pactarlo de modo expreso.

72. *i) Sumisión opcional o no exclusiva.* Es posible una “sumisión opcional”. Se trata de un acuerdo en el que se fija la posibilidad de acudir ante determinados tribunales, sin que se impida acudir ante otros tribunales previstos en el Reglamento Bruselas I-bis¹⁶³. Estas cláusulas no desactivan la posibilidad de acudir a los tribunales que resultan competentes con arreglo a los foros de competencia recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis.

73. *j) Imposibilidad de la “sumisión en favor de una parte”.* El art. 25 RB I-bis ha eliminado la posibilidad de los llamados “acuerdos de sumisión en favor de una parte”. Se trata de una fórmula en virtud de la cual una de las partes sólo puede demandar a la otra ante un tribunal determinado en el acuerdo de sumisión, pero la otra parte, sin embargo, puede demandar a la primera ante dicho tribunal o ante cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del Reglamento Bruselas I-bis¹⁶⁴. Esta posibilidad sólo beneficiaba a la parte más fuerte en la negociación del contrato y no comportaba ninguna ventaja significativa para el comercio internacional (Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 106 en DOUE 13 diciembre 2009). Tales cláusulas, también conocidas como “cláusulas asimétricas de sumisión” son relativamente frecuentes¹⁶⁵. Como explica F. NIGGEMANN, estas cláusulas son usuales en los contratos bancarios y financieros, en los que se suele hacer constar que el cliente sólo puede demandar al banco ante los tribunales del Estado miembro de la sede del banco, pero se permite que el banco pueda demandar a su cliente ante cualquier otro tribunal permitido por la Ley. Estas cláusulas son contrarias al art. 25 RB-I bis.

c) Efectos jurídicos de la sumisión expresa

74. La sumisión válidamente realizada produce distintos efectos jurídicos.

a’) Efecto de prórroga

75. El acuerdo de sumisión atribuye competencia al tribunal elegido por las partes (*prorogatio fori*). De este modo, los tribunales designados por las partes serán los “*únicos competentes*” para conocer de la cuestión (art. 25 RB I-bis). En efecto, si las partes, han acordado que un tribunal sea competente para conocer de un litigio entre ellas dicho tribunal será competente para conocer del mismo y su competencia será exclusiva (art. 25 RB I-bis), salvo pacto en contrario entre las partes. En este sentido cabe introducir varias precisiones:

- 1º) El acuerdo de sumisión puede atribuir competencia judicial internacional a tribunales de un Estado miembro que de otro modo no serían competentes según el Reglamento Bruselas I-bis.
- 2º) El acuerdo de sumisión puede también atribuir competencia judicial internacional a tribunales que podrían ser competentes con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis pero que no disponen de competencia exclusiva. Por ejemplo, las partes pueden elegir, como tribunal para litigar, el tribunal del Estado miembro donde tiene su domicilio cualquiera de las partes o el tribunal del lugar de entrega de la mercadería o de prestación de un servicio.
- 3º) El acuerdo de sumisión no puede atribuir competencia internacional a tribunales de un Estado miembro que ya son exclusivamente competentes con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis.

¹⁶² SAP Barcelona 20 diciembre 2004 [CENDOJ 08019370152004100383].

¹⁶³ SAP Barcelona 26 febrero 2009 [CENDOJ 08019370142009200033] (sumisión no exclusiva a los tribunales de Munich); AAP Barcelona 5 marzo 2009 [CENDOJ 08019370142009200049] (sumisión a los tribunales de Munich: “*We agree to submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the city of Munich*”).

¹⁶⁴ STJCE 24 junio 1986, C-22/85, *Anterist/Credit lyonnais*, ECLI:EU:C:1986:255.

¹⁶⁵ Ord. Cass Italia 8 marzo 2012 / *RDIPP*, 2013, p. 143; Sent. Cass. Francia 26 septiembre 2012 / *JDI*, 2013, pp. 175-184 y nota de C. BRIÈRE.

b') Efecto de derogación

77. Mediante el acuerdo expreso de sumisión se excluye la competencia judicial internacional de cualquier otro tribunal que pudiera ser competente según el Reglamento Bruselas I-bis de no existir el acuerdo expreso de sumisión¹⁶⁶. Ello significa que la sumisión expresa prevalece tanto sobre el foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis) como sobre los foros especiales por razón de la materia (arts. 7-21 RB I-bis)¹⁶⁷. Los únicos tribunales a los que el acuerdo de sumisión no puede privar de su competencia internacional son los tribunales que disponen de competencia exclusiva a tenor del art. 24 RB I-bis. Varias precisiones son necesarias:

- 1º) *Control del acuerdo de sumisión a instancia de parte*. El acuerdo expreso de sumisión no se controla de oficio. Para que surta efectos derogatorios de la competencia de otro tribunal, la parte interesada debe alegarlo (art. 27.1 RB I-bis *a sensu contrario* y art. 26.1.II RB I-bis). El tribunal sólo se declarará incompetente de oficio si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 24 RB I-bis o si carece de todo foro de competencia con arreglo al mismo Reglamento Bruselas I-bis. Por tanto, si existe una sumisión expresa en favor de tribunales de otro Estado miembro pero el demandado no impugna la competencia del tribunal de un Estado miembro ante el que se ha presentado la demanda, dicho tribunal no puede declararse de oficio incompetente con el argumento de que existe otro tribunal de otro Estado miembro que las partes han elegido de modo previo y expreso. Ello es lógico, visto que el tribunal bien puede no tener datos sobre la existencia de una previa sumisión a tribunales de otro país y visto también que corresponde a las partes, y no al juez, hacer valer los derechos que pueden derivar de un pacto privado entre las partes en cuya virtud dichas partes atribuyeron la competencia a un concreto tribunal de un Estado miembro¹⁶⁸.
- 2º) *Competencia pactada no exclusiva*. La “competencia exclusiva” de los tribunales designados, pierde, naturalmente, su carácter de “exclusiva”, si las partes acuerdan que dicha competencia no sea “exclusiva”. Las partes pueden pactar que se puedan ejercitar acciones ante tribunales de distintos Estados miembros.

77. El demandado puede hacer valer la sumisión a tribunales de otro Estado miembro, mediante la oportuna declinatoria, cuando así convenga a su estrategia procesal (= *inexistencia de abuso de derecho y ejercicio de la sumisión expresa*)¹⁶⁹. En tal sentido cabe subrayar lo siguiente:

- 1º) Todo demandado tiene derecho a invocar una cláusula de sumisión válida a favor de tribunales de otros Estados miembros¹⁷⁰.

¹⁶⁶ STJUE 21 mayo 2015, C-322/14, *El Majdoub*, ECLI:EU:C:2015:334, § 25; STJCE 14 diciembre 1976, 24/76, *Colzani vs. Rüwa*, [ECLI:EU:C:1976:177], § 7; STJCE 14 diciembre 1976, 25/76, *Segoura vs. Bonakdarian*, [ECLI:EU:C:1976:178], § 6; AAP Madrid 23 abril 2010 [CENDOJ 28079370282010200057] (sumisión a tribunal inglés en virtud de cláusula en conocimiento de embarque); SAP Madrid 10 diciembre 2002 [CENDOJ 28079370132002100031]; AAP Madrid 30 abril 2004 [CENDOJ 28079370112004200073]; AAP Madrid 22 marzo 2004 [CENDOJ 28079370252004200097]; AAP Barcelona 22 abril 2008 [CENDOJ 08019370182008200112] (sumisión a tribunales de Dinamarca e incompetencia de los tribunales españoles).

¹⁶⁷ STJUE 28 junio 2017, C-436/16, *Leventis and Vafeias*, ECLI:EU:C:2017:497, § 40.

¹⁶⁸ STJCE 7 marzo 1985, C-48/84, *Spitzley/Sommer Exploitation*, ECLI:EU:C:1985:105, §§ 23-24; STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657, § 52; Sent. Corte Cass. Italia 24 mayo 2007 [<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3486.php>].

¹⁶⁹ E. GOTTSCHALK/S. BRESSLER, “Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht”, *ZEuP*, 2007, pp. 56-80; S. LEIBL/E. RÖDER, “Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht”, *RIW*, 2007, pp. 481-487.

¹⁷⁰ Muy correctamente: SAP Pontevedra 19 enero 2016 (importación de langostinos desde Argentina a España) [CENDOJ 36038370012016100069]; AAP Madrid 21 diciembre 2012 [CENDOJ 28079370282012200177] (daños sufridos por mercancías y transporte marítimo desde la India hasta Vigo); AAP Madrid 16 enero 2012 [CENDOJ 28079370282012200003] (contrato de transporte de langostinos congelados desde India a España en régimen de conocimiento de embarque); AAP Madrid 18 noviembre 2010 [CENDOJ 28079370282010200159] (contrato de transporte y sumisión expresa a tribunales de Londres); STS 15 noviembre 2010 [RJ 2010\8871] (contrato de agencia celebrado entre partes españolas a desarrollar en Turquía); AAP Madrid 23 abril 2010 [CENDOJ 28079370282010200057] (sumisión a tribunal inglés en virtud de cláusula en conocimiento de embarque).

- 2º) Cuando un demandado invoca un acuerdo atributivo de competencia para evitar que conozca un determinado tribunal de un concreto Estado miembro, dicho demandado se limita a ejercer su derecho subjetivo, que para eso lo tiene y para eso está protegido por los arts. 25 y 28 RB I-bis.
- 3º) El hecho de que el tribunal elegido pertenezca a un Estado miembro que nada tiene que ver con la transacción no supone, en absoluto, que exista *abuso de derecho* por parte del litigante que invoca el acuerdo atributivo de competencia para evitar, por ejemplo, que conozcan del asunto los tribunales del Estado miembro donde dicho litigante tiene su domicilio¹⁷¹.
- 4º) Afirmar que el demandado, en estos casos, incurre en abuso en la utilización de la declinatoria internacional, supondría, simplemente, “*negar eficacia a las cláusulas de sumisión con el único fundamento de que el demandado se encuentra domiciliado en España*”, lo que resulta directamente contrario al art. 25 RB I-bis¹⁷².

c') Efectos obligatorios

78. La sumisión expresa es obligatoria para las partes. Éstas deben litigar ante el tribunal acordado previamente por las mismas. Un mutuo acuerdo de sumisión posterior, tácito o expreso, entre las mismas partes, puede “derogar” el primer acuerdo de sumisión, que pierde, así, su carácter obligatorio¹⁷³.

d') Efectos objetivos

79. La sumisión expresa afecta, exclusivamente, a la relación jurídica de la que se trate y a las diferencias concretas pactadas por las partes.

80. Debe investigarse la voluntad de las partes a la hora de precisar el *alcance objetivo de la cláusula atributiva de competencia*. Al respecto cabe afirmar lo que sigue.

- 1º) El tribunal que está conociendo del asunto es competente para interpretar la cláusula de atribución de competencia invocada ante él. Dicho juez debe determinar las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión¹⁷⁴.
- 2º) La cláusula de sumisión incluida en un contrato principal no afecta ni se extiende a los contratos accesorios al mismo.
- 3º) Cuando se acuerda la sumisión a favor de determinados tribunales para la “interpretación y ejecución del contrato”, la sumisión no abarca litigios relativos a la “nulidad del contrato”.
- 4º) Por el contrario, cuando se pacta en el contrato una cláusula de sumisión en la que se indica que “toda controversia que nace del presente contrato queda sujeta a la competencia de los tribunales del Estado miembro X”, entonces la extensión objetiva de la sumisión es “completa”. Cubre todos los aspectos relativos al contrato: interpretación, ejecución, nulidad, existencia, etc. En este “sentido contractual completo” deben interpretarse las cláusulas “*relating to this Agreement*”. En tal caso, la cláusula cubre todas las vicisitudes y controversias entre las partes que puedan surgir del contrato en cuestión, aunque no cubrirá los litigios extracontractuales o de otro género que puedan plantearse entre las partes¹⁷⁵.

¹⁷¹ AAP Madrid 21 diciembre 2012 [CENDOJ 28079370282012200177] (daños sufridos por mercancías y transporte marítimo desde la India hasta Vigo).

¹⁷² AAP Madrid 21 diciembre 2012 [CENDOJ 28079370282012200177] (daños sufridos por mercancías y transporte marítimo desde la India hasta Vigo).

¹⁷³ STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148.

¹⁷⁴ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 67; STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Peterit*, ECLI:EU:C:1992:115, § 37; STJCE 3 julio 1997, C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, ECLI:EU:C:1997:337, § 31.

¹⁷⁵ Ord. Cass Italia 27 febrero 2012 (responsabilidad precontractual por vulneración de los deberes de información al intermediario y cláusula “*relating to This Agreement*”, *RDIPP*, 2012, p. 941).

- 5º) Del mismo modo, la cláusula de sumisión que las partes incluyen en su contrato para determinar el tribunal competente en casos de responsabilidad “contractual” entre las mismas, no se extiende ni es aplicable a los litigios “extracontractuales” entre los mismos¹⁷⁶.

e’) Efectos inter partes

81. El acuerdo expreso de sumisión produce efectos entre las partes que lo firman, y no frente a terceros¹⁷⁷. Sólo obliga a las partes¹⁷⁸. De hecho, el art. 25 RB I-bis indica que el acuerdo de sumisión sólo opera si se ha celebrado entre “las partes” que lo son en el litigio, partes que “*han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer*” de un litigio. Los terceros no pueden invocar a su favor las cláusulas de sumisión acordadas por otras partes distintas. Pero tampoco los terceros resultan afectados por tales acuerdos de sumisión.

82. Una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato celebrado entre dos sociedades no puede ser invocada por los representantes de una de ellas a fin de negar la competencia de un tribunal para conocer de una demanda de indemnización en la que se solicita que se declare la responsabilidad solidaria de dichos representantes por actos supuestamente delictuales realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones (= *Relatividad subjetiva de la cláusula de sumisión*). Los demandantes son terceros y pueden presentar su demanda ante los tribunales correspondientes al Estado miembro del domicilio del demandado y éste no puede invocar una cláusula de sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro, si dicha cláusula se firmó entre el demandado y otro sujeto que no es la parte demandante¹⁷⁹.

83. El art. 25 RB I-bis no precisa si un acuerdo atributivo de competencia puede transferirse a un tercero por una de las partes que firmó originariamente dicho acuerdo (= *transmisión a terceros de las cláusulas de sumisión: criterios de solución*)¹⁸⁰. Ello plantea la cuestión de saber si el tercero que se subroga, en todo o en parte, en los derechos y obligaciones de una de las partes del contrato inicial, está vinculado por la cláusula del contrato original en la que se contiene el *acuerdo atributivo de competencia (efficacia ultra vires delle clausole di scelta del foro)*¹⁸¹. Al respecto cabe observar diversos datos.

- 1º) *La elevada movilidad subjetiva de las cláusulas de elección de tribunal.* Como se ha indicado, el acuerdo expreso de sumisión produce efectos entre las partes que lo firman, y no frente a terceros. No obstante, en el comercio internacional actual se aprecia una fuerte “movilidad del contrato”. El contrato subsiste, pero los sujetos del mismo cambian. Las obligaciones permanecen, pero los obligados cambian porque sujetos terceros entran en el lugar que ocupaban los sujetos inicialmente obligados. La cesión de créditos, la subrogación y las “cadenas de contratos” son los mecanismos técnicos más utilizados al efecto.
- 2º) *Regla general: el consentimiento necesario del tercero y los “tres requisitos”.* El TJUE indica que el acuerdo atributivo de competencia sólo surte efectos entre las partes que han dado su consentimiento a dicho acuerdo. En efecto, así lo exige el art. 25.1 RB I-bis. En consecuencia, una “cláusula atributiva de competencia” incluida en un contrato sólo puede, en principio, producir efectos entre las partes que prestaron su acuerdo a la celebración de ese contrato. En realidad, la transmisión de la cláusula de sumisión sólo se produce cuando con-

¹⁷⁶ AAP Madrid 29 junio 2010 (declinatoria internacional y sumisión a tribunal de Londres).

¹⁷⁷ F. MOHS, *Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur subjektiven Reichweite von Zuständigkeitsvereinbarungen bei Forderungsabtretung in der Schweiz, in Deutschland und in den USA*, München, Sellier, Frankfurt am Main, Quadis, 2006.

¹⁷⁸ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 64; STJUE 28 junio 2017, C-436/16, *Leventis and Vafeias*, ECLI:EU:C:2017:497, §§ 33-35; SAP Valencia 16 diciembre 2008 (contrato de transporte y sumisión a tribunales de Londres) [CENDOJ 46250370092008100374].

¹⁷⁹ STJUE 28 junio 2017, C-436/16, *Leventis and Vafeias*, ECLI:EU:C:2017:497, § 43.

¹⁸⁰ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, § 25.

¹⁸¹ *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 188.

curren tres requisitos: (i) Debe existir, entre dos partes concretas, una cláusula de sumisión que sea válida con arreglo al art. 25 RB I-bis; (ii) El tercero debe haber sucedido a una de esas dos partes en el contrato inicial en todos sus derechos y obligaciones, lo que incluye la cláusula de sumisión en cuestión. La Ley que regula el contrato de cesión o la subrogación, determinada con arreglo a las normas de conflicto del Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, indicará si, en efecto, se ha producido esa sucesión en todos los derechos y obligaciones; (iii) Es preciso que dicho tercero haya podido conocer el soporte documental donde se incluye dicha cláusula de sumisión, esto es, que dicho soporte “*sea de fácil acceso*”¹⁸². Con estos tres requisitos queda claro que el tercero ha prestado su consentimiento a la cláusula y por tanto, le es oponible y él mismo puede oponerla a la otra parte¹⁸³.

3º) *Regla especial. Tipos de relaciones jurídicas. La sucesión entre las partes.* El TJUE ha indicado que deben distinguirse diferentes relaciones jurídicas a efectos de comprobar si ha habido “transmisión del acuerdo atributivo de competencia”. En tal sentido es preciso distinguir.

- a) *Accionista que suscribe los estatutos de una sociedad en los que consta un “acuerdo atributivo de competencia”.* Al suscribir tales estatutos sociales, el accionista presta su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia que figura en tales estatutos. La adhesión del accionista a dichos estatutos da lugar a una “relación contractual” entre el accionista y la sociedad y entre los propios accionistas contractual¹⁸⁴. En consecuencia, dicha “cláusula atributiva de competencia” surte efectos en relación con todos los accionistas que han suscrito los estatutos sociales.
- b) *Sujeto que adquiere un bien que ha sido adquirido previamente en virtud de contrato en el que consta un “acuerdo atributivo de competencia”.* Cuando un sujeto adquiere un bien de un vendedor que a su vez lo compró al fabricante, la relación jurídica entre el segundo adquirente y el fabricante es una “relación jurídica no contractual”. Entre ambos no existe ningún contrato¹⁸⁵. Por lo tanto, visto que el subadquirente del bien y el fabricante del mismo no están unidos por un vínculo contractual, no puede considerarse que ambos sujetos “hubieren acordado”, como exige el art. 25.1 RB I-bis, que el tribunal designado competente en caso de litigación entre ambos, fuere el que pactaron, en el contrato inicial, dicho fabricante y el primer adquirente del bien. En consecuencia, un acuerdo atributivo de competencia pactado en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad, ha adquirido ese bien y desea ejercitar una acción de responsabilidad contra el fabricante. Para que dicha cláusula sea oponible a dicho tercero, es preciso que conste que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula atributiva de competencia en las condiciones mencionadas en el art. 25 RB I-bis.
- c) *Conocimiento de embarque.* El conocimiento de embarque es un documento que recoge en soporte físico un contrato de transporte de mercancías o personas a cambio de un precio (flete) y por el cual el transportista asume la obligación de desplazar la mercancía, su custodia y su entrega en el destino pactado. El conocimiento de embarque sirve para probar la existencia del contrato, el recibo de la entrega de las mercancías y opera como un “título representativo” de las mismas que es, además, negociable. En la práctica, el sujeto que posee el conocimiento de embarque, puede disponer de las mercancías. Pues bien, resulta muy frecuente que dichos “conocimientos de embarque” incorporen una cláusula

¹⁸² STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 36.

¹⁸³ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, §§ 29-33; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 64-65; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 33.

¹⁸⁴ STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115, §§ 16-19; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 34.

¹⁸⁵ STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handte/TMCS*, ECLI:EU:C:1992:268, § 16.

de sumisión en favor de un tribunal de un Estado miembro para el caso de litigación. Pues bien, la cláusula de sumisión inserta en un conocimiento de embarque puede transmitirse a terceros siempre que se cumplan estos requisitos¹⁸⁶.

Primera. Regla previa procesal. La validez del acuerdo atributivo de competencia con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis. La cláusula debe ajustarse a los requisitos de fondo y forma previstos en el art. 25 RB I-bis.

Segunda. Regla conflictual. La “Ley aplicable al contrato” debe establecer que el tercero, al entrar en la relación contractual, sucede al anterior contratante en todos sus derechos y obligaciones, por lo que sucede a éste también en lo relativo a la cláusula de sumisión. La Ley reguladora del contrato debe establecer una “total sustitución” entre el transmitente tenedor del conocimiento de embarque y el tercero al que se transmite dicho conocimiento¹⁸⁷. Por tanto, si el Derecho estatal aplicable no prevé esa “sustitución” total de sujetos, el tribunal debe comprobar la existencia y validez del consentimiento del tercero en relación con la cláusula atributiva de competencia.

Tercera. Reglas materiales de corrección. Dos reglas deben tenerse presentes: (I) No es posible transmitir el contrato o las obligaciones sin la cláusula de sumisión expresa, aunque ello resulte permitido por la Ley que rige el contrato. El acuerdo atributivo de competencia constituye una cláusula accesoria al contrato y sigue el destino del mismo (H. GAUDEMET-TALLON, J.M. BISCHOFF, F. LECLERC); (II) La cláusula de sumisión no se transmite al tercero si éste logra demostrar que no tenía conocimiento de la existencia de tal cláusula y que nunca la ha aceptado (sent. Cass. Francia 4 junio 2009).

De este modo, si el tribunal de un Estado miembro comprueba que se verifican estas tres reglas, debe considerar que el tercero prestó su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia y no resultará necesario que dicho tribunal compruebe, específicamente, si el tercero en cuestión prestó su consentimiento a la cláusula¹⁸⁸.

84. Los criterios de solución antes enunciados sobre la *transmisión a terceros de las cláusulas de sumisión* son consecuencia de *ciertos datos* que conviene tener presentes: (1) La cláusula de sumisión presenta un doble carácter jurídico (N. COIPEL-CORDONNIER). Por una parte, es un acuerdo procesal que produce “efectos procesales-competenciales”, aspecto que se rige por la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Por otra parte, la sumisión es “un contrato en sí mismo”, regido por su propia Ley estatal, Ley que determina su validez; (2) Las cláusulas de sumisión son independientes del contrato al que se refieren (= es la “autonomía sustancial de la cláusula de sumisión”, dato hoy corroborado por el art. 25.4 y 5 RB I-bis y Cons. [20] RB I-bis) (C. BLANCHIN). Sin embargo, tales cláusulas son también “acesorias al contrato”, pues sin el contrato carecen de sentido (= es la “accesoriedad procesal de la cláusula de sumisión”). Por ello, la validez sustancial de estas cláusulas es independiente de la validez sustancial del contrato al que se refieren, pero en el plano de la transmisión de la cláusula, ésta sigue el destino del contrato.

f) Efectos de la nulidad del contrato sobre el acuerdo de sumisión

85. La nulidad del contrato no afecta a la validez de la cláusula de sumisión. La sumisión es independiente del contrato en cuanto a su validez o nulidad. La validez o nulidad de la sumisión se decide con arreglo a criterios propios, diferentes de criterios que determinan la validez o nulidad del contrato

¹⁸⁶ STJCE 14 julio 1983, C-201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, ECLI:EU:C:1983:217; STJCE 19 junio 1984, C-71/83, *Tilly Russ/Nova*, ECLI:EU:C:1984:217, § 24; STJCE 16 marzo 1999, C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142, § 41; STJCE 9 noviembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606, §§ 23-27; STS 29 septiembre 2005, AAP Granada 23 febrero 2007 (sumisión impresa en el reverso de conocimiento de embarque).

¹⁸⁷ AAP Pontevedra 24 septiembre 2009 [CENDOJ 36038370012009200152] (sumisión a tribunales extranjeros); AAP Las Palmas 13 enero 2006 [CENDOJ 35016370032006200017]; AAP Zaragoza 16 diciembre 2011 [CENDOJ 50297370052011200022] (seguro y pacto de sumisión contenido en conocimiento de embarque).

¹⁸⁸ Auto Juzgado Mercantil Madrid 13 septiembre 2016 [CENDOJ 28079470062016200039] (sumisión a tribunales de Londres en conocimiento de embarque).

(H. GAUDEMET-TALLON, O. CACHARD). Así lo indica el texto mismo del art. 25.5 RB I-bis y en este sentido se pronuncia también la jurisprudencia¹⁸⁹.

g') Patologías de la cláusula de sumisión

86. Con frecuencia, existe una sola cláusula de elección de foro que será válida o nula según los casos y las exigencias legales. Ahora bien, el art. 25 RB I-bis guarda silencio en relación con el caso, menos frecuente pero perfectamente posible, de un conflicto entre cláusulas de elección de foro (= *múltiples cláusulas de sumisión: cláusulas de sumisión jurisdiccional y arbitral contradictorias entre sí.*) (J.-P. BERAUDO, L. PERREAU-SAUSSINE). En ocasiones las partes se intercambian documentos contractuales con cláusulas de significado opuesto y es posible que las partes hayan redactado dos o más cláusulas de elección de foro o de arbitraje, incompatibles entre sí, y aplicables al mismo contrato o relación jurídica. Ello puede producirse en los conocidos casos conocidos como “*battle of the forms*” (= intercambio de formularios predispuestos por una parte, de modo que ambas parten firman formularios que contiene cláusulas de sumisión contradictorias entre sí). En el supuesto de que una cláusula ponga de relieve que las partes la consideran prioritaria sobre otras posibles cláusulas de sumisión, dicha cláusula prioritaria prevalecerá. En el supuesto de cláusulas en conflicto perfectamente simétricas, varias soluciones son posibles:

- 1º) *Solución por efecto reflejo en favor del Derecho nacional.* Acudir a las soluciones de Derecho nacional del Estado cuyos tribunales conocen del asunto es una primera solución. Sin embargo, esta vía no parece oportuna, pues incentivaría el *Forum Shopping* y provocaría inseguridad jurídica, lo que contraviene los objetivos del Reglamento Bruselas I-bis. Los tribunales de los distintos Estados miembros podrían hacer prevalecer una u otra cláusula de sumisión. Por ello, esta tesis debe rechazarse.
- 2º) *Aplicación per analogiam del art. 31 RB I-bis.* Otra solución consiste en acudir al art. 31.1 RB I-bis, de modo que el tribunal ante el que se acude en primer lugar dispondría de “preferencia cognitiva” y el segundo tribunal deberá suspender el procedimiento en beneficio del tribunal ante el que se acudió en primer término. La solución es razonable y tiene un soporte legal *per analogiam*. Sin embargo, fomenta la carrera al tribunal y el *Forum Shopping*, lo que no es positivo.
- 3º) *Anulación simétrica.* Puede, igualmente, estimarse que no existe elección de tribunal. En efecto, lo más aconsejable, ante la validez de dos cláusulas de elección de tribunal, ambas válidas y ambas incompatibles entre sí, consiste en estimar que las cláusulas se anulan entre sí y que no existe un acuerdo atributivo de competencia que prevalezca sobre el otro. Las partes deberán litigar ante otros tribunales designados por el Reglamento Bruselas I-bis y el art. 25 RB I-bis no es aplicable.
- 4º) *Solución específica en caso de cláusula de sumisión jurisdiccional y arbitral.* En el caso de conflicto entre cláusula de elección de foro y cláusula compromisoria en cuya virtud se pacta un arbitraje, la jurisprudencia francesa tiende a dar prioridad a la cláusula compromisoria; aunque no explica bien por qué (L. PERREAU-SAUSSINE)¹⁹⁰. Posiblemente la razón estriba en el carácter de *jus specialis* de la normativa internacional que regula el arbitraje y en su primacía aplicativa sobre la normativa que regula la competencia de los tribunales de los Estados miembros (art. 1.2.d), Cons. 12 RB I-bis). En efecto, con mayor claridad, el art. 73 RB I-bis indica que el Reglamento Bruselas I-bis “*no afectará a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958*”. En consecuencia, la existencia de una válida cláusula de sumisión a arbitraje regulada por el citado convenio de Nueva York prevalece sobre una cláusula de sumisión a tribunales estatales válida con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis.

¹⁸⁹ STJCE 3 julio 1997, C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, ECLI:EU:C:1997:337; AAP Las Palmas 1 febrero 2007 [CENDOJ 35016370042007200007].

¹⁹⁰ Sent. Cass. Francia 18 diciembre 2003 [*Bulletin*, 2003, II, n. 403, p. 333]; Sent. Cass. Francia 17 mayo 2010; Sent. Cour Cass. Francia 25 junio 2014 y nota de S. CLAVEL, *RCDIP*, 2015, pp. 413-420.

87. Es cierto que los pactos de sumisión en favor de un concreto tribunal se celebran para ser cumplidos. Por eso, el foro elegido no es renunciabile sin más: se debe litigar ante el tribunal al que las partes sometieron sus disputas¹⁹¹. Sin embargo, si una parte no respeta el pacto de sumisión y acciona ante tribunales de un Estado diferente a los tribunales designados, dicha parte ha incumplido dicho acuerdo de sumisión (= *ruptura de la cláusula de sumisión: Consecuencias de la infracción de un acuerdo de sumisión*). Las consecuencias de ello dependen del tribunal ante el que la parte incumplidora ha accionado:

- 1º) *Acción ante tribunales de otro Estado miembro.* En este caso, la sanción debe ser sólo de carácter procesal, pues así se contempla en el Reglamento Bruselas I-bis. En concreto, el tribunal ante el que se ejercita la acción debe declararse incompetente si la parte perjudicada por la ruptura del pacto de sumisión interpone la excepción declinatoria (art. 28.1 y 25.1 *in fine* RB I-bis). De ese modo se frustra la intención del sujeto incumplidor de situar el litigio ante tribunales distintos a los designados inicialmente por las partes.
- 2º) *Acción ante tribunales de terceros Estados o ante árbitros.* En este caso, los tribunales de terceros Estados no aplican el Reglamento Bruselas I-bis, por lo que pueden, perfectamente, conocer del asunto con arreglo a sus normas nacionales de competencia judicial internacional. Por tanto, las consecuencias de la ruptura del pacto de sumisión, en este caso, no pueden ser de carácter procesal, pues nada asegura que el tribunal del tercer Estado se declare incompetente. La sanción jurídica surge de las consecuencias de dicha ruptura, siempre que el pacto de sumisión sea válido y debe ser de carácter sustantivo. Con dicho comportamiento incumplidor, el actor puede haber obligado a la otra parte a tener que defenderse en un “foro extranjero imprevisto”. Ello le puede ocasionar gastos que derivan del incumplimiento del pacto de sumisión: gastos materiales, contratación de abogados en dicho país, etc. Y como el pacto de sumisión es un contrato, ese incumplimiento es un incumplimiento contractual que genera responsabilidad contractual que puede ser reclamada a la parte que no respetó el pacto de sumisión, como sucede en los sistemas jurídicos *Common Law* y como ha indicado el TS español¹⁹². Debe tenerse presente que la cláusula de elección de tribunal es, con frecuencia, decisiva para la conclusión de un concreto contrato material, ya que las partes, al haber pactado, por ejemplo, que litigarán en España, excluyen con ello la litigación en países que permiten obtener *punitive damages*. Si luego ello no es así, surge una responsabilidad patrimonial. Esta especie de “*antisuit injunction a posteriori* a la española” resulta muy razonable, y también tribunales de otros países han seguido esta vía¹⁹³. Ahora bien, no siempre será sencillo detectar si ha sido la parte misma la que no respetó el pacto de sumisión previamente firmado o fue su abogado el responsable. O si lo fueron ambos (D.P. FERNÁNDEZ ARROYO).

B) Sumisión tácita

a) Concepto, existencia y requisitos

88. Se produce la sumisión tácita por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional (art. 26 RB I-bis)¹⁹⁴. De este modo, las partes, cualquiera

¹⁹¹ SAP Barcelona 26 febrero 2009 [CENDOJ 08019370142009200033] (sumisión no exclusiva a los tribunales de Munich).

¹⁹² STS 12 enero 2009 [RJ 2009\544] (incumplimiento de sumisión en favor de los tribunales de Barcelona mediante demanda presentada ante tribunales norteamericanos en busca de *punitive damages*), comentada por D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Nota a STS 12 enero 2009, *RCIDP*, 2009, pp. 756-765.

¹⁹³ Sent. Cass Francia 14 octubre 2009, *Wolberg*, [*Bulletin*, 2009, I, n. 207].

¹⁹⁴ *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Article 26”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 669-682; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 265-274 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giu-

que sea el Estado de su domicilio, e incluso aunque ninguna tenga su domicilio en un Estado miembro, pueden “prorrogar” la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales que, inicialmente, carecían de competencia judicial internacional; porque ninguno de los demás foros del Reglamento Bruselas I-bis atribuía tal competencia a dichos tribunales¹⁹⁵.

89. Para que exista sumisión tácita se exige que concurren dos elementos:

- 1º) La presentación de una demanda ante un tribunal por parte del demandante, que revela su voluntad inequívoca de querer litigar ante dicho tribunal.
- 2º) La contestación al fondo de dicha demanda por parte del demandado. En este sentido, es preciso que la parte demandada comparezca y manifieste su voluntad de querer litigar ante el tribunal en cuestión¹⁹⁶. Puede manifestar dicha voluntad mediante allanamiento¹⁹⁷.

90. La *voluntad de sumisión del demandado* es esencial elemento del art. 26 RB I-bis. En numerosos Estados miembros, como es el caso de Austria, existe una normativa con arreglo a la cual un representante del demandado nombrado por el tribunal ante la ausencia física del demandado, puede realizar actos procesales válidos y, entre otros muchos, comparecer y aceptar la competencia de un tribunal a efectos del art. 26 RB I-bis. Pues bien, es obvio que para que exista una comparecencia del demandado, es preciso que éste tenga un conocimiento veraz del procedimiento judicial iniciado en su contra. En consecuencia, es necesario que la demanda haya sido notificada al demandado, que éste conozca el procedimiento entablado en su contra. Un “representante del demandado” nombrado por el tribunal y al que el demandado no le ha otorgado poderes no permite considerar que el demandado ha tenido conocimiento del proceso. Por eso no ha podido someterse al tribunal. En estos casos, pues, y, aunque el representante judicial del demandado se someta al tribunal, no existe sumisión tácita válida a efectos del art. 26 RB I-bis¹⁹⁸. Si así fuera, la competencia del tribunal sería imposible de prever para el demandado, lo que vulneraría dos principios fundamentales del Reglamento Bruselas I-bis: la previsibilidad de los foros de competencia (Cons. [15 RB I-bis]) y el respeto a los derechos de defensa del demandado.

b) Régimen jurídico

91. El régimen jurídico de la sumisión tácita se concreta en los siguientes puntos:

- 1º) El art. 26 RB I-bis sólo es aplicable, naturalmente, en relación a litigios internacionales cubiertos por el ámbito material del Reglamento Bruselas I-bis.
- 2º) La sumisión tácita no puede operar en litigios relativos a materias objeto de competencias exclusivas regulados por el Reglamento Bruselas I-bis (arts. 24 y 26.1 *in fine* RB I-bis).
- 3º) El litigio sobre el que se verifica la sumisión tácita, debe, lógicamente, haber surgido ya en el momento de verificarse la sumisión tácita.
- 4º) La sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior¹⁹⁹, que queda “desactivada”. No es relevante que la sumisión expresa anterior otorgase competencia a tribunales de un Estado miembro o de un tercer Estado²⁰⁰.

diziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1177-1178); A. STAUDINGER, “Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigenden Prorogation nach Art. 24 EuGVVO”, *IPRax*, 2011, pp. 548-554.

¹⁹⁵ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 21.

¹⁹⁶ SAP Barcelona 27 enero 2016 (Derecho suizo) [CENDOJ 08019370132016100035].

¹⁹⁷ AAP Huelva 27 julio 2017 (sumisión tácita) [ECLI:ES:APH:2017:714A].

¹⁹⁸ STJUE 11 septiembre 2014, C-112/13, *A vs. B y otros* [ECLI:EU:C:2014:2195], §§ 52-57; STJCE 10 octubre 1996, C-78/95, *Hendrikman*, [ECLI:EU:C:1996:380], § 18.

¹⁹⁹ STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148; STJCE 7 marzo 1985, C-48/84, *Spitzley/Sommer Exploitation*, ECLI:EU:C:1985:105; SAP Madrid 30 diciembre 2015 (contrato de distribución exclusiva) [CENDOJ 28079370252015100427]; SAP Baleares 28 diciembre 2016 (sumisión tácita a favor de los tribunales españoles) [JUR\2017\23509].

²⁰⁰ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 23.

- 5º) En relación con la actitud del demandado en el proceso, es preciso subrayar que no existe sumisión tácita de éste en los términos del art. 26 RB I-bis en los casos siguientes:
- a) Cuando la comparecencia del demandado tiene como finalidad impugnar la competencia judicial internacional del tribunal.
 - b) Cuando el demandado impugna la competencia judicial internacional y hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo o una demanda reconventional subsidiaria²⁰¹. En tal caso, de todos modos, es preciso que tanto el demandante como el juez que conoce del asunto se encuentren en condiciones de comprender, desde el instante mismo en que el demandado formula su primer medio de defensa doble en cuanto al fondo y a la competencia del tribunal, que su finalidad es cuestionar la competencia del juez²⁰².
 - c) Cuando en el primer acto de oposición, el demandado formula una excepción basada en la incompetencia del juez al que se ha sometido el asunto, excepción que tiene carácter subsidiario respecto de otras excepciones procesales propuestas en el mismo acto. En verdad, en tal caso no existe voluntad del demandado de aceptar la competencia del tribunal²⁰³.
- 6º) El art. 26 RB I-bis sólo es aplicable para otorgar competencia judicial internacional a tribunales de un Estado miembro en el Reglamento Bruselas I-bis. No es necesario que exista un “vínculo objetivo” entre el litigio y el órgano jurisdiccional designado tácitamente.
- 7º) El tribunal tácitamente designado por las partes debe ser un tribunal al que el Reglamento Bruselas I-bis no otorgaba competencia internacional en virtud de otro foro (P. GOTHOT / D. HOLLEAUX). Ello significa que el acuerdo tácito de las partes puede emplearse para otorgar competencia a un concreto tribunal del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio. En efecto, el art. 4 RB I-bis no otorga competencia internacional a ningún concreto tribunal de un Estado miembro, sino a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado en su conjunto. Por tanto, el acuerdo tácito de las partes puede hacer internacionalmente competente a un concreto tribunal del Estado miembro del domicilio del demandado²⁰⁴. Eso sí: la sumisión tácita no puede operar para hacer competente a un concreto juez de un Estado miembro que ya dispone, según otros criterios recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis, de competencia judicial internacional. Así, las partes no se pueden someter tácitamente al tribunal del lugar de entrega de la mercancía (art. 7.1.b) RB I-bis o al tribunal del lugar del evento dañoso (art. 7.2 RB I-bis)²⁰⁵. *Ejemplo*: el sujeto B y otras personas presentaron en el Landesgericht Wien una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el sujeto A, individuo con domicilio en Malta, en la que alegaban que este sujeto A había secuestrado a los cónyuges o padres de aquéllos en Kazajstán. El tribunal de Viena no es competente con arreglo a ningún foro exclusivo (art. 24 RB I-bis), ni al foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis) ni con arreglo al foro del lugar del hecho dañoso (art. 7.2 RB I-bis). En consecuencia, el tribunal de Viena sólo posee competencia judicial internacional en el caso de que el demandante presente su demanda ante dicho tribunal y el demandado conteste a la misma y acepte voluntariamente litigar ante dicho tribunal (STJUE 11 septiembre 2014, C-112/13, A).
- 8º) En el caso de pluralidad de controversias entre las partes (*mehrere Streitgegenstände*), el tribunal tácitamente designado sólo es internacionalmente competente si el demandado se

²⁰¹ STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148; STJCE 22 octubre 1981, *Rohr*, y STJCE 7 marzo 1985, C-48/84, *Spitzley/Sommer Exploitation*, ECLI:EU:C:1985:105; STJCE 31 marzo 1982, 25/81, *CHW*, STJCE 14 julio 1983, C-201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, ECLI:EU:C:1983:217; STS 29 septiembre 2005.

²⁰² STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148, §§ 14-15; STJUE 27 febrero 2014, C-1/13, *Cartier parfums-lunettes y Axa Corporate Solutions assurances*, ECLI:EU:C:2014:109, § 37.

²⁰³ STJUE 13 julio 2017, C-433/16, *Bayerische Motoren Werke*, ECLI:EU:C:2017:550, §§ 32 y 36.

²⁰⁴ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 25.

²⁰⁵ STJUE 27 febrero 2014, C-1/13, *Cartier parfums-lunettes y Axa Corporate Solutions assurances*, ECLI:EU:C:2014:109, § 34.

somete y acepta la competencia del tribunal en relación con todas y cada una de las diferencias jurídicas (R. GEIMER/R.A. SCHÜTZE).

- 9º) La sumisión tácita recogida en el art. 26 RB I-bis opera sea cual fuere el domicilio de las partes, incluso cuando ambas partes estén domiciliadas en terceros Estados²⁰⁶. La explicación es clara. El art. 26 RB I-bis no exige el domicilio de ninguna de las partes en el territorio de los Estados miembros porque se respeta la autonomía de la voluntad de ambas partes, -que han querido someterse, tácitamente, a un tribunal de un Estado miembro-, y han podido perfectamente prever la aplicación del art. 26 RB I-bis a su pacto tácito de sumisión.

92. Cabe preguntarse *si es posible que las partes otorguen competencia territorial a un concreto órgano jurisdiccional a través del art. 26 RB I-bis*. La doctrina se encuentra dividida ante este complicado dilema:

- 1º) *Doctrina favorable*. Un primer grupo de autores opina que ello es perfectamente posible porque el art. 26.1 RB I-bis no se opone a ello y porque si el art. 25 RB I-bis lo permite, así debe ser también en relación con el art. 26.1 RB I-bis, ya que se aprecia la necesaria identidad de razón entre dichos preceptos que permite la aplicación analógica del art. 25 RB I-bis a la concreta laguna que el art. 26.1 RB I-bis presenta en este punto (P. KAYE, S. O'MALLEY / A. LAYTON). El TJUE parece compartir esta opinión, pues se refiere a “... *la regla general sobre la prórroga tácita de la competencia del juez al que se ha sometido el litigio...*” y no al Estado miembro a cuyos jueces ese ha sometido el litigio²⁰⁷.
- 2º) *Doctrina contraria*. Un segundo grupo de autores sostiene lo contrario: en su opinión, el art. 26.1 RB I-bis es una “norma pura de competencia judicial internacional” o norma pura de “conflicto de jurisdicciones”, y no una norma de competencia territorial (L. MARI, P. GOTHOT / D. HOLLEAUX). Por ello, las partes pueden acordar, de forma tácita, según el art. 26 RB I-bis, que los tribunales de un concreto Estado miembro conozcan del asunto. Será, entonces, el Derecho Procesal Civil de ese Estado miembro el que decidirá qué concreto tribunal ostenta competencia territorial. Las partes podrán prorrogar la competencia de un tribunal que pertenece a un Estado miembro cuyos tribunales no eran competentes, *a priori*, para conocer del litigio.

93. Cuestión muy discutida es decidir *si la sumisión tácita prevista en el art. 26.1 RB I-bis exige el domicilio de alguna de las partes en algún Estado miembro*. Varias posturas se han mantenido.

- 1º) *Tesis paralela*. Ciertos autores opinan que debería exigirse, “paralelamente” a lo dispuesto por el antiguo art. 23 RB-I 2000, que al menos una de las partes estuviera domiciliada en un Estado miembro (V. FUENTES CAMACHO, J.C FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO). Esta tesis muestra fuertes carencias. En efecto: a diferencia de los arts. 7-23 RB I-bis, -que exigen expresamente el domicilio del demandado en un Estado miembro-, el art. 24 RB I-bis no exige el domicilio de ninguna de las partes en un Estado miembro-. Así lo ha indicado la STJCE 13 julio 2000, C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399, §§ 44-45. La no exigencia de domicilio de ninguna de las partes en el territorio de un Estado miembro es lógica: en el caso de sumisión tácita, el acuerdo tiene lugar cuando el litigio ya ha surgido, de manera que ambas partes pueden prever la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis a su acuerdo de sumisión tácita. Por otro lado, el legislador europeo ha eliminado la exigencia de domicilio en un Estado miembro también para la sumisión tácita (art. 25 RB I-bis), por lo que esta tesis carece actualmente de todo sustento literal, lógico y valorativo.
- 2º) *Tesis del domicilio del demandado*. Una segunda postura defiende que el art. 26 RB I-bis sólo se aplica si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro (P. JENARD, J.P.

²⁰⁶ STJCE 13 julio 2000, C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399, §§ 44 y 45.

²⁰⁷ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 23.

BERAUDE, H. GAUDEMET-TALLON, M. VIRGÓS / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ). La tesis se apoya en la “nueva redacción” del art. 4.1 RB-I 2000 y del art. 6.1 RB I-bis, diferente a la redacción de ese precepto en el Convenio de Bruselas. El art. 6.1 RB I-bis deja claro que los foros de competencia del Reglamento Bruselas I-bis se aplican sólo si el demandado está domiciliado en un Estado miembro, con la única excepción, expresamente consignada en el art. 6.1 RB I-bis, de las competencias exclusivas (art. 24 RB I-bis), de la sumisión expresa (art. 25 RB I-bis) y de los casos de demandantes partes débiles “consumidor” y “trabajador” (art. 18.1 y 21.2 RB I-bis). Por tanto, el precepto podría haber nombrado como “excepción” a la regla general, también, el caso de la sumisión tácita. Y no lo ha hecho. sin embargo, esta tesis tampoco convence: no tiene ningún sentido no aplicar el art. 26 RB I-bis a casos en los que las partes han podido prever, perfectamente, la aplicación del citado art. 26 RB I-bis a su pacto de sumisión tácita, lo que sucede en todos los casos en los que las partes se someten tácitamente a un tribunal de un Estado miembro, con independencia total del Estado en el que tienen su domicilio.

- 3º) *Tesis expansiva*. La mayor parte de la doctrina opina que el art. 26 RB I-bis opera sea cual fuere el domicilio de las partes, incluso cuando ambas partes estén domiciliadas en terceros Estados (P. MAYER, P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, B. AUDIT, P. LAGARDE, P. KAYE, L. MARI, F. SALERNO, etc.). El TJUE también comparte esta tesis²⁰⁸. Como antes se ha indicado, ello encuentra su *raison d'être* en que las partes que se han sometido tácitamente a un tribunal de un Estado miembro han podido perfectamente prever la aplicación del art. 26 RB I-bis a su acuerdo tácito de sumisión. Por otra parte, el legislador europeo ha reforzado esta tesis, pues si no se exige ya que una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro para que la sumisión expresa se rija por el art. 25 RB I-bis, no tiene sentido alguno exigir tal domicilio en un Estado miembro para que sea válida la sumisión tácita, pues el art. 26 RB I-bis no exige tal domicilio. Un ejemplo muy ilustrativo del seguimiento de esta tesis por la jurisprudencia española se encuentra en el caso “*Honeywell*” (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). El 1 julio 2002, se produjo un accidente aéreo en el espacio aéreo alemán, sobre la localidad germana de Überlingen, al norte del lago Constanza. Un aparato Tupolev de la Bashkirian Airlines y el Boeing 611 de DHL, colisionaron en pleno vuelo a las 23,35 hrs. Todos los pasajeros y toda la tripulación fallecieron en el accidente. En total, 71 personas perdieron la vida. Tras diversos sucesos legales, los demandantes, en su inmensa mayoría rusos con residencia habitual en Rusia, ejercitaron sus acciones antes los tribunales españoles contra dos empresas demandadas con sede en los Estados Unidos de América (*Honeywell Internacional Inc*, y *Aviation Communication & Surveillance Systems*), a las que los demandantes consideraron responsables de haber diseñado y fabricado un sistema defectuoso para prevenir accidentes aéreos, causa principal del accidente. Los tribunales españoles comprobaron que, para acreditar su competencia internacional, era de aplicación el art. 26 RB I-bis y el foro de la sumisión tácita de los litigantes. Aunque ninguno de los litigantes tenía su domicilio en un Estado miembro, ambos manifestaron su voluntad procesal tácitamente expresada de litigar ante jueces de Barcelona. Estos jueces afirmaron su competencia judicial internacional y entraron a conocer del fondo del asunto.

94. En definitiva, en la práctica, el *foro de la sumisión tácita* (art. 26 RB I-bis) es muy poco atractivo, como táctica procesal, para las víctimas de daños por infracción del Derecho antitrust europeo (A. WOLF)²⁰⁹: (a) El tribunal tiene una *competencia muy limitada*: puede conocer de las acciones interpuestas por la víctima contra un presunto causante del daño que lo acepte; pero aquél seguiría siendo incompetente para conocer de las acciones contra los otros participantes del cártel que también contri-

²⁰⁸ STJCE 13 julio 2000, C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399.

²⁰⁹ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

buyeron a causar el daño²¹⁰. (b) La competencia del foro de la sumisión tácita es *muy frágil*: para que resulte inoperante, basta que cualquiera de los miembros del cártel que haya sido demandado comparezca, en los términos que ya han sido expuestos, e impugne ante el propio tribunal su competencia judicial internacional²¹¹. (c) La competencia del foro de la sumisión tácita puede ser *extremadamente peligrosa*: si quien ha interpuesto la demanda es el supuesto infractor del Derecho antitrust europeo o uno de ellos, bien pudiera tratarse de una maniobra procesal, como, *ad ex.*, el intento, por una parte, de que dicho tribunal estime una acción declarativa negadora de cualquier daño antitrust (*eine negative Feststellungsklage*) y, por otra, que, en el caso de que haya sido el primero en declararse competente, se invoque la litispendencia internacional europea (*Einrede der Rechtshängigkeit*) frente a los demás tribunales ante los que después se demande la reparación de daños procedentes del mismo asunto²¹².

5. El foro general del domicilio del demandado

95. Son competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tiene su domicilio el demandado (art. 4 RB I-bis y Cons. [16] RB I-bis)²¹³; aunque, para ello, es preciso que, en el caso de que exista un acuerdo de elección de foro o un acuerdo arbitral, ninguno de ellos, como es habitual, alcance a las demandas por infracción del Derecho antitrust o, simplemente, no exista una relación contractual entre la potencial víctima y el causante del daño antitrust y éstos no hayan concluido, con posterioridad al hecho ilícito, ningún acuerdo de sumisión o arbitral²¹⁴.

96. En este caso, tales tribunales serán competentes para conocer de la “totalidad del ilícito” sufrido, es decir, de todas las reclamaciones por daños sufridos en todo el mundo por la presunta víctima²¹⁵.

97. En relación a este foro cabe anotar lo que sigue:

1º) *Regla de competencia judicial internacional*. El art. 4 RB I-bis contiene una regla de competencia judicial internacional²¹⁶. No es una regla de competencia territorial ni una regla de competencia especial. Por ello, la determinación del concreto órgano jurisdiccional competente se debe realizar con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro en cuestión don-

²¹⁰ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

²¹¹ F. BECKER/J. KAMMIN, “Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen: Rahmenbedingungen und Reformansätze”, *EuZW*, 2011, pp. 503-507; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

²¹² A. ANTHIMOS, “Rügelose Einlassung und Einrede der Rechtshängigkeit”, *GPR*, 11, 2014, pp. 236-239 (pp. 237 y 238); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

²¹³ *Vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 275-284 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 9-15; P. VLAS, “Article 4”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 106-112. *Vid.*, *ad ex.*, ATS Civil 21 octubre 2015 (venta de acciones a residente en Alemania) [JUR 2015\301223]; AAP Madrid 6 febrero 2013 (demandado con domicilio en España y posible competencia de tribunales de Marruecos) [CENDOJ 28079370102013200019]; SAP Murcia 27 noviembre 2012 (declinatoria basada en arbitraje internacional) [CENDOJ 30030370012012100547]; SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002 [JUR 2002\228306]; AAP Guipúzcoa 10 octubre 2006 (accidente de circulación en Francia y demandado con domicilio en España) [CENDOJ 20069370022006200276].

²¹⁴ R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1156-1158); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 202.

²¹⁵ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61.

²¹⁶ W.-G. RINGE, “‘Überseering im Verfahrensrecht’ – Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auf das Internationale Zivilprozessrecht”, *IPRax*, 2007, pp. 388-395 (p. 390); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 203-204.

de se halle el domicilio del demandado²¹⁷. La errónea redacción del Cons. [15] *in primis*, que se refiere al “*principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado*”, no debe llamar a engaño (J.-P. BERAUDO).

- 2º) *Foro general*. Se dice que el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis es un “foro general” porque opera con independencia de varios factores: a) La materia objeto del litigio; b) El tipo de proceso del que se trate: “proceso declarativo”, “proceso ejecutivo”²¹⁸.
- 3º) *Foro débil*. El foro del domicilio del demandado es un “foro débil”, pues no opera si el litigio es objeto de foros de competencia exclusiva (art. 24 RB I-bis), o existe sumisión de las partes a tribunales de otros Estados (arts. 25 y 26 RB I-bis).
- 4º) *Levantamiento del velo: domicilio de la sociedad controlada*. En el caso de que el demandado sea una persona jurídica, se ha sostenido tradicionalmente que no opera la técnica societaria del “levantamiento del velo” (*Lifting the Corporate Veil*). Ejemplo: si el demandado es una sociedad con sede social en Argentina, que es filial de una sociedad con sede en España que la controla económicamente, en el caso de que un tercero demande a la sociedad con sede en Argentina, no podrá hacerlo ante tribunales españoles con arreglo al art. 4 RB I-bis. No es relevante que la “sociedad controlante” o “sociedad madre” tenga su domicilio en España. Cada persona jurídica se trata como un “demandado separado” (*Trennungsprinzip*) a efectos del art. 4 RB I-bis²¹⁹. Es ésta, no obstante, una regla (*Trennungsprinzip*) que, como veremos al ocuparnos de la legitimación procesal pasiva y del litisconsorcio pasivo, es impugnada actualmente, cuando se trata de competencia judicial internacional sobre acciones de resarcimiento por actos anticompetitivos.
- 5º) *Fundamento*. El foro del domicilio del demandado responde a la clásica regla *actor sequitur forum rei*, de origen medieval y raíces romanEsta regla *actor sequitur forum rei* hace competente al “juez natural” del demandado y tiene un triple fundamento jurídico-público, muy bien explicado por M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN y que consiste en los siguiente: a) El Estado con más título para conocer del asunto es el correspondiente al domicilio del demandado, porque si éste se beneficia de los servicios de dicho Estado, debe quedar sujeto al “poder jurisdiccional” del mismo. Existe un vínculo jurídico-político entre el particular y el Poder judicial derivado de la soberanía estatal; b) Este foro permite una adecuada sustanciación del proceso en orden a las pruebas, notificaciones, etc. Asegura un proceso más económico y sencillo; c) Visto que el actor es el que tiene que desplazarse al país del demandado para interponer su demanda, sólo lo hará si tiene sólidas razones para creer que su demanda está fundada y triunfará. La regla evita así procesos infundados y meramente dilatorios que perjudican el correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

98. El art. 4 RB I-bis contiene, como se ha indicado, una regla de competencia judicial internacional pura. La errónea redacción del Cons. [15] *in primis*, que se refiere al “*principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado*”, no debe llamar a engaño (J.-P. BERAUDO). Una vez localizado en un Estado miembro el domicilio del demandado, el Derecho Procesal de dicho Estado miembro precisará el concreto tribunal territorialmente competente. No parece posible contemplar este art. 4 RB I-bis como una regla de “coordinación de sistemas” que hace aplicable el sistema nacional de competencia judicial internacional de cada Estado miembro. Ello conduciría a una paradójica situación: podría darse el caso de que resultase imposible demandar a un sujeto con domicilio en un Estado miembro en dicho Estado si las normas nacionales del mismo no dispusieran de un foro de

²¹⁷ W.-G. RINGE, “‘Überseering im Verfahrensrecht’ – Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auf das Internationale Zivilprozessrecht”, *IPRax*, 2007, pp. 388-395 (pp. 390-391); U. SCHMIDT, *Europäisches Zivilprozessrecht in der Praxis: das II. Buch der ZPO*, München, Beck, 2004, p. 30; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 204.

²¹⁸ SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002, o “juicio monitorio” (AAP Cádiz 27 mayo 2003 [CENDOJ 11012370072003200090]; erróneamente AAP Cádiz 31 marzo 2003).

²¹⁹ SAP Madrid 27 junio 2003 [CENDOJ 28079370142003200003].

competencia judicial internacional que atribuya competencia a sus tribunales. Este resultado es contrario al principio de seguridad jurídica y previsibilidad de la competencia judicial internacional en la UE. Por ello esta interpretación del art. 4 RB I-bis como una regla de coordinación de sistemas nacionales de competencia judicial internacional debe ser rechazada.

99. ➤ *Caso 1. Estrategia procesal internacional y foro del domicilio del demandado.* Una empresa con sede social en Milán planea demandar a una empresa con sede social en Valencia por incumplimiento de un contrato internacional de distribución. Las obligaciones de la empresa valenciana debían cumplirse en Francia. Los abogados de la empresa demandante deben decidir ante qué tribunales de qué Estado presentar su demanda. Solución → La empresa milanesa puede demandar a la valenciana ante los tribunales franceses (art. 7.1 RB I-bis = lugar de ejecución del contrato) o ante los españoles (art. 4 RB I-bis = Estado miembro de domicilio del demandado). Es muy posible que le resulte más conveniente hacerlo en España con arreglo al art. 4 RB I-bis, pues es en España donde la empresa valenciana tiene bienes que pueden ser embargados, y, dictada la sentencia, rápidamente ejecutados a instancias de la demandante, la empresa milanesa. Por ello, el foro del domicilio del demandado no sólo beneficia al demandado, que litiga en su país, sino al demandante, que dispone de vías sólidas para una auténtica tutela judicial de su derecho.

100. ➤ *Caso 2. Levantamiento del velo, competencia judicial internacional y domicilio del demandado.* Un banco argentino está controlado por un banco español, que posee el 100% de sus acciones y capital. El banco argentino impide a sus clientes retirar sus ahorros: un caso del llamado “corralito argentino”. Los perjudicados por dichos actos desean iniciar acciones legales pero dudan de cuáles son los tribunales competentes. Solución → Los perjudicados no pueden demandar al banco argentino ante tribunales españoles, aunque el banco argentino y el banco español son “el mismo demandado” y que éste tiene su domicilio en España. El art. 4 RB I-bis trata a cada persona jurídica como potenciales “demandados separados”.

101. El domicilio del demandado debe concretarse en el momento de presentación de la demanda. De ese modo se refuerza la seguridad jurídica²²⁰.

A) Determinación del Estado miembro del domicilio del demandado

102. El Reglamento Bruselas I-bis no pudo ni quiso imponer un concepto material europeo de “domicilio” válido a efectos del Reglamento Bruselas I-bis y común a todos los Estados miembros. La explicación de ello radica en que el concepto de “domicilio” es muy distinto en cada Estado miembro. En particular en los países anglosajones, el concepto de “*domicile*” poco tiene que ver con el concepto de “domicilio” empleado en los países de tradición jurídica continental. Por ello, diseñar e imponer un concepto común de “domicilio” aceptable por todos los Estados miembros fue imposible. El Reglamento Bruselas I-bis contiene ciertas reglas para fijar el domicilio, válidas a los efectos de la aplicación de sus normas.

a) Domicilio de las personas físicas

103. Conviene distinguir dos supuestos-

104. a) Domicilio del demandado, persona física, en el país cuyos tribunales conocen del asunto. Para determinar si una parte, persona física, está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su Ley interna (art. 62 RB I-bis). Cuando una persona física sea demandada ante los tribunales españoles en virtud del art. 4 RB I-bis, el tribunal español debe comprobar, con arreglo a las normas españolas, si dicho demandado tiene su “domicilio” en España. Y así sucesivamente. Varias observaciones son necesarias:

²²⁰ STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2005 [AS 2005\2583].

- 1º) *Domicilio del demandado persona física en España y residencia habitual (art. 40 CC)*. Para saber si un sujeto, persona física, está domiciliado en España, debe aplicarse el art. 40 CC y no el art. 22 ter.2 LOPJ, que se refiere también al “domicilio del demandado”, pero sólo a efectos de las normas españolas de competencia judicial internacional. El art. 40 CC identifica el “domicilio” con la “residencia habitual”. Por tanto, tiene su domicilio en España la persona que reside habitualmente en España. El concepto de “residencia habitual” es difícil de definir. El TS ha indicado que concurre “residencia habitual” cuando se aprecia: a) “Presencia física” del sujeto en un lugar (*domus colere*): la duración de dicha presencia física no es determinante pero tal presencia es, en todo caso, necesaria; b) “Intención de permanecer” en tal lugar (*animus manendi / settled purpose*). Es importante este elemento pues en casos dudosos, la falta de intención de permanecer del demandado en un lugar indica que dicho sujeto no tiene su domicilio en dicho lugar. El concepto de “residencia habitual” es, además, esencialmente relativo: un sujeto puede tener varios lugares y países en los que se concreta su “residencia habitual”. Por ello, es preciso concretar la residencia habitual con arreglo al “tipo de litigio” del que se trate. Cuando el litigio afecte a la actividad profesional del sujeto, habrá de tenerse en cuenta aquella residencia habitual “relacionada” con las actividades profesionales del sujeto, y no la que opera sólo a efectos personales y familiares. Y viceversa. No son determinantes a efectos de precisar la “residencia habitual” del sujeto en España otros datos secundarios, como el hecho de que la residencia sea “legal” o “ilegal”, o la inscripción en padrones municipales, administrativos o fiscales.
- 2º) *Sujeto sin residencia habitual en España (art. 50 LEC)*. En el caso de que, con arreglo a las normas legales españolas, el demandado, persona física, no tenga “domicilio” en España, dicho sujeto no podrá ser demandado ante tribunales españoles en virtud del art. 4 RB I-bis, aunque tenga su “residencia” en España, aunque “se encuentre en España”, o aunque hubiera tenido su “última residencia en España”. En otras palabras: el art. 50 LEC 1/2000 es inaplicable a estos casos, pues dicha norma no regula la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. El citado art. 50 LEC es una norma de “competencia territorial”, no una norma de “competencia judicial internacional”²²¹.

b) *Domicilio del demandado, persona física, en otro Estado miembro*. Cuando una parte no estuviera domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte está domiciliada en otro Estado miembro, aplicará la Ley de dicho Estado miembro. Es una “solución conflictual”, una “remisión” a una Ley estatal, pues se aplica la Ley del domicilio presunto de la persona demandada. Ciertos Estados, como el Reino Unido, han adoptado una definición específica de “domicilio” a efectos del Reglamento Bruselas I-bis (Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 24 en DOUE 13 diciembre 2009).

b) Domicilio de personas jurídicas

106. Se considera que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: (a) su sede estatutaria; (b) su administración central, o (c) su centro de actividad principal (art. 63 RB I-bis). En torno a esta noción triple y material de “domicilio” de las personas jurídicas, cabe formular algunas precisiones:

- 1º) Esta noción de “domicilio” está inspirada en la empleada por el art. 54 TFUE, precepto que regula la libertad de establecimiento de personas jurídicas en la UE.
- 2º) El art. 63 RB I-bis contiene, a estos efectos, una “noción material” de domicilio de la persona jurídica. El precepto no se remite a ninguna Ley estatal ni recurre a nociones tomadas de ningún Derecho nacional.

²²¹ Con enorme confusión: AAP Cádiz 27 mayo 2003 [CENDOJ 11012370072003200090].

- 3º) Al utilizar un criterio triple de domicilio de la persona jurídica, aumentan las posibilidades de demandar a una empresa en virtud del art. 4 RB I-bis. En efecto, tribunales de varios Estados miembros pueden ser competentes con arreglo al art. 4 RB I-bis. Ello refuerza la tutela judicial efectiva e incentiva el comercio internacional con las empresas internacionales, pues en el caso de que no cumplan sus obligaciones, la contraparte dispone de la posibilidad de demandarlas ante tribunales de varios Estados miembros en virtud del art. 4 RB I-bis.
- 4º) Con este “triple concepto de domicilio” se evita toda posibilidad de *Forum Non Conveniens* entendido en sentido anglosajón puro (G.A.L. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON). *Ejemplo 1*: si una sociedad dispone de su sede estatutaria en Londres, pero desarrolla su actividad comercial principal en España, el tribunal inglés está obligado a declararse competente. *Ejemplo 2*: si una sociedad tiene su sede estatutaria en Londres pero despliega la totalidad de sus actividades comerciales en Argentina, el juez inglés también está obligado a declararse competente en aplicación del art. 4 RB I-bis.

107. Diversas precisiones necesarias resultan en este punto:

- 1º) *Domicilio de personas jurídicas en Derecho anglosajón y art. 63 RB I-bis*. Visto que en Derecho anglosajón se desconoce el concepto de “sede estatutaria”, el art. 63.2 RB I-bis indica que “[p]ara Irlanda, Chipre y el Reino Unido, la expresión ‘sede estatutaria’ se equiparará a la 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 haya efectuado la formación (creación) de la sociedad o persona jurídica”.
- 2º) *Domicilio del trust y art. 63 RB I-bis*. Según el art. 63.2 RB I-bis, para determinar si un trust está domiciliado en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado. En Derecho anglosajón, los trusts, en realidad, no tienen domicilio, porque no son personas jurídicas, pero sí disponen de una sede jurídica natural o *situs of the trust*.
- 3º) *Domicilio de la sociedad europea y art. 63 RB I-bis*. Dudas muy relevantes surgen en el caso de una Sociedad anónima europea (SE). La SE tiene su sede social en el Estado miembro donde posee su “administración central” (art. 7 R. 2157/2001). Algunos autores sostienen que la SE sólo puede ser demandada en ese país (F. SALERNO). Pero esta postura no parece correcta: el art. 63 RB I-bis es muy claro al respecto al permitir el “triple concepto de domicilio” en relación a toda persona jurídica. Además, una interpretación restrictiva del art. 63 RB I-bis en relación con la SE, colocaría a ésta en situación de “ventaja procesal” en relación con las demás personas jurídicas “nacionales”, lo que no parece justificado.
- 4º) *Elección de domicilio y Reglamento Bruselas I-bis*. Es frecuente, en los contratos internacionales, una “elección de domicilio” por las partes. Dicha elección no opera a efectos del art. 4 RB I-bis, pues el Reglamento no permite a las partes “elegir el domicilio”. Si ello se permitiera, se fomentarían los fraudes y se vulneraría la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción. Por tanto, tales cláusulas de “elección de domicilio” se equiparan, en su caso, a una cláusula de “sumisión expresa” (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN).

B) Conflictos de domicilios

108. La inexistencia de una noción autónoma y única de “domicilio” en el Reglamento Bruselas I-bis, hace surgir “conflictos positivos y negativos de domicilios”.

a) Conflictos positivos de domicilios de personas físicas

109. Una persona física puede tener, con arreglo a los respectivos Derechos nacionales, su domicilio en dos o más Estados miembros del Reglamento Bruselas I-bis. En tal supuesto, dos datos son relevantes: (a) El demandante puede elegir en qué país demandar, visto que el demandado está domiciliado

en varios Estados miembros; (b) Si el actor demanda en un Estado miembro en el que está domiciliado el demandado, sus tribunales se declararán competentes aunque tenga también domicilio en otro Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis, pues prevalece siempre el domicilio que se concreta en el país cuyos tribunales conocen del asunto.

b) Conflictos positivos de domicilios de personas jurídicas

110. En el caso de las personas jurídicas, visto que existen tres criterios materiales que sirven para determinar el domicilio, tribunales de distintos Estados miembros pueden declararse competentes. Varios datos son importantes: (a) El demandante puede elegir ante qué tribunales de qué país desea demandar; (b) Si se demanda en varios países a la vez, para determinar qué tribunales estatales deben conocer, se acudirá a las reglas de la litispendencia (art. 31 RB I-bis): tendrán preferencia los tribunales estatales ante los que se interpone la demanda en primer lugar.

c) Conflictos negativos de domicilios de personas físicas

111. Surgen en el caso de sujetos no domiciliados en ningún Estado miembro, pero que desarrollan su vida o actividades principales en el territorio de los Estados miembros. Varias teorías se enfrentan:

- 1º) *Teoría del “sistema cerrado”*. Algunos autores afirman que cuando no se puede litigar ante tribunales de ningún Estado miembro por el hecho de que el demandado no dispone, con arreglo a los distintos Derechos de los diferentes Estados miembros, de un domicilio en ningún Estado miembro, se deberá acudir entonces ante tribunales de un tercer Estado. con otras palabras: no se podrá litigar en la UE. Sin embargo, esta tesis puede incurrir en “denegación de Justicia”, algo vetado por el art. 6 CEDH, por el art. 24 CE e incompatible con el sistema y objetivos del Reglamento Bruselas I-bis, pues obliga al demandante a litigar en un tercer Estado que puede negar la competencia de sus tribunales o ser un país en el que el acceso a la Justicia supone una carga procesal desmesurada.
- 2º) *Teoría del “foro de necesidad”*. Distintos autores sostienen que, para no dañar la tutela judicial efectiva y salvaguardar el art. 6 CEDH, debe permitirse la posibilidad de litigar en algún Estado miembro mediante la apertura de un “foro de necesidad”. Pero cuidado: esta posibilidad sólo es admisible si se acredita un “ligamen efectivo” entre el supuesto y el Estado miembro cuyos tribunales deberían conocer del asunto (S. OTHENIN-GIRARD). Varias tesis han surgido: (a) *Foro de necesidad patrimonial*: debe poderse demandar en el Estado miembro donde el sujeto posee bienes susceptibles de ejecución (J. KROPHOLLER); (b) *Foro de necesidad por residencia habitual*. Debe poderse demandar ante los tribunales del Estado donde la persona física tiene su “residencia habitual” (P. COURBE, B. AUDIT, G.A.L. DROZ, R. GEIMER); (c) *Foro de necesidad libremente elegido*. Debe poderse demandar ante los tribunales de cualquier Estado miembro en el que el sujeto despliega sus actividades, libremente elegido por el demandante (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN).

d) Conflictos negativos de domicilios de personas jurídicas

112. La “regla de base” para abordar este problema es la siguiente. El Reglamento Bruselas I-bis dispone de “nociones materiales” sobre el domicilio de las personas jurídicas, de modo que si ninguno de los tres criterios permite localizar el domicilio de la persona jurídica en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis, ningún tribunal estatal de tales países se declarará competente sobre la base del foro recogido en el art. 4 RB I-bis. Ahora bien, una “regla especial” se impone en ciertos casos: es posible que existan personas jurídicas que desarrollan todas sus actividades en la UE, pero respecto de las que ningún tribunal de un Estado miembro sea competente, porque el art. 63 RB I-bis no las considera domiciliadas en ningún país de la UE, ya que no desarrollan su “actividad principal” en un país concreto de la UE, aunque sí “en la UE”. En este caso específico, el art. 63 RB I-bis necesita un

“desarrollo judicial”: para evitar la denegación de Justicia, puede utilizarse la ficción de considerar a la sociedad domiciliada en cualquier Estado miembro en el que realiza sus actividades de modo evidente (*Doing Business Rule*).

6. Los foros especiales

A) El *forum delicti commissi*

113. Indica el art. 7.2 RB I-bis que: “[l]as personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro (...) 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”²²². Varios aspectos básicos de este foro deben subrayarse.

114. La existencia de este foro se justifica por *dos razones*:

- 1º) *Justificación económica: costes reducidos de litigación internacional y principio de proximidad.* Este foro designa como competentes a los tribunales ante los cuales el coste de litigación internacional es el más reducido para ambas partes. En otras palabras, más formales, son “tribunales próximos al litigio”, cuya competencia puede ser razonablemente prevista por ambos litigantes y que, por ello, comporta costes de litigación internacional reducidos para ambas partes²²³. El foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis no persigue favorecer a ninguna de las partes en el litigio, ni a la presunta víctima (*favor laesi*) ni al presunto causante y/o presunto responsable del presunto daño²²⁴. Ambos sujetos, presunta víctima y presunto responsable del daño, pueden utilizar este foro para ejercitar acciones ante los tribunales de un Estado miembro²²⁵. Este foro cumple, por tanto, con el *principio de proximidad*²²⁶.
- 2º) *Justificación económica: la buena administración de la justicia y la sustanciación adecuada del proceso.* Este foro permite una “buena administración de la Justicia” o “sustanciación adecuada del proceso”. En efecto, el tribunal que corresponde al “lugar del daño” es un tribunal que puede desarrollar su labor jurisdiccional de manera efectiva y real, con calidad jurídica, y a un coste reducido, esto es, de manera eficiente²²⁷. Al fin y al cabo, el lugar donde

²²² *Vid., ad ex.,* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 328-405 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); C. GRAF-SCHIMEK, “Die Rom II-VO und die internationale Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO”, en D. AICHBERGER-BEIG (HRSG.), *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008, pp. 17-35; R. HAUSMANN, “Internationale Zuständigkeit für Wettbewerbsverletzungen im Internet”, en *Zwischen Gestern und Morgen: Medien im Wandel: Festschrift für Mathias Schwarz zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 335-349; P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten”, *WuW*, 2012, pp. 797-807; *Id.*, “Article 7”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 121-369 (pp. 262-340); F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 15-31; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1158-1169); W.-H. ROTH, “Der europäische Deliktserichtsstand in Kartellstreitigkeiten”, en *Rechtslage, Rechtskenntnis, Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2015, pp. 427-444.

²²³ Cons. [16] RB I-bis); STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, § 28; STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, § 26; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Drouot assurances/Consolidated metallurgical industries y otros*, ECLI:EU:C:1998:242; STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 33.

²²⁴ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, § 39; STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8.

²²⁵ STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 47.

²²⁶ *Vid., ad ex.,* C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175: “La deroga alla regola generale si spiega [...] con lo stretto legame che la causa presenta con lo Stato menzionato nella norma”.

²²⁷ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, §§ 26-28; STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, §§ 26-27; STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 37; STJUE 21 abril 2016, C-572/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286,

se ha producido el hecho dañoso es el lugar donde, con una alta probabilidad, se deberán recabar pruebas, datos y hechos que son necesarios para que los tribunales puedan decidir adecuadamente el litigio²²⁸.

115. La expresión “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” se ha traducido, en la práctica, por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dictada en cuestiones de daños ajenas al Derecho antitrust, en el reconocimiento de la posibilidad que tiene el actor de interponer la demanda ante los tribunales del Estado (o Estados) en que se ha producido el daño como ante los tribunales del Estado (o Estados) en que se ha producido el hecho generador del daño (*teoría de la ubicuidad, teoria dell’ubiquità dell’illecito, principle of ubiquity*)²²⁹. La *tesis de la ubicuidad* no persigue favorecer a la víctima: no es un “favor a la víctima, dictado por ‘la ideología de la reparación’”²³⁰. Sin embargo, es inevitable concluir que, en la práctica, potencia no el *Forum Victimae*, pero sí el *Forum Actoris*. En efecto, con mucha frecuencia, el país donde se verifica el resultado lesivo es el país donde está domiciliado el demandante, sea éste la presunta víctima o el presunto responsable²³¹.

116. Por otra parte, el hecho de que la *tesis de la ubicuidad* se haya originado en materia de daños ajenos al Derecho antitrust, obliga a plantearse si es adecuada su extensión a los ilícitos concurrentes y si el concepto de *lugar del hecho dañoso* debe interpretarse igual en el caso del art. 101 TFUE (*ententes*) que en el del art. 102 TFUE (*abusos de posición dominante*).

117. En el caso, de los *acuerdos colusorios lato sensu*, se observan datos fácticos y jurídicos muy relevantes. Es un foro que puede resultar *impracticable*; porque, con frecuencia, se ignora dónde se celebró el intercambio de voluntades entre los integrantes del cártel (*ad ex.*, donde fueron las reuniones entre los representantes de las empresas implicadas en el acuerdo anticompetitivo): es *improbable* que se realizase en un solo lugar y en un solo momento determinado²³². Otras veces, existen varios lugares, pertenecientes a distintos Estados miembros de la UE, en los que despliegan sus efectos los acuerdos alcanzados por los cartelistas (*daños plurilocalizados*)²³³. Por último, interpretada al pie de la letra la *tesis de la ubicuidad*, atribuye a la víctima un derecho a escoger el tribunal estatal competente tan amplio que a algunos autores les parece *excesivo*²³⁴.

118. En el supuesto de los *abusos de posición dominante*, un sector doctrinal interpreta que la *tesis de la ubicuidad* carece de utilidad, al menos en la mayoría de los casos; puesto que el abuso de posición dominante y su efecto lesivo acostumbra a producirse en el mismo mercado²³⁵.

§ 30; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 26; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 27; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 47; STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 19; STUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, § 46.

²²⁸ D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, p. 501.

²²⁹ C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175.

²³⁰ D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, p. 505.

²³¹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61.

²³² *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 175-176.

²³³ *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176.

²³⁴ *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176.

²³⁵ *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176; J. KAMMIN, *Reforming private antitrust enforcement in Europe: between harmonisation and regulatory competition*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, p. 148.

a) Doble carácter del foro del lugar del hecho dañoso

119. El foro contenido en el art. 7.2 RB I-bis es un foro tanto de *competencia judicial internacional* como de *competencia territorial*²³⁶. En tal sentido, el foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis otorga competencia a los tribunales de un concreto “lugar” determinado, y no sólo a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto. No obstante, pueden presentarse casos en los que la competencia de los tribunales de un Estado miembro sea clara, pero no sea posible identificar el concreto órgano jurisdiccional competente de dicho Estado. Es el caso de ilícitos verificados a bordo de buques o aeronaves. En dicho supuesto, pueden aplicarse las normas del Derecho Procesal de dicho Estado miembro para concretar el órgano judicial territorialmente competente²³⁷.

b) Acciones cubiertas por el art. 7.2 RB I-bis

120. El foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis es, realmente, un foro muy previsor. En todos los sentidos. Cubre las siguientes acciones (M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN): (a) Acciones de resarcimiento o de indemnización derivadas de un daño; (b) Acciones de cesación de una conducta, comportamiento o actividad; (c) Acciones de exoneración de responsabilidad no contractual, así como acciones de negación de la existencia de dicha responsabilidad (*acciones declarativas negativas, negative declaratory action, action dénégatoire de responsabilité, azione di accertamento negativo, negative Feststellungsklage*), que se utilizan para obtener de un tribunal un pronunciamiento declarativo en el que se hace constar que un sujeto no ha vulnerado y/o no está vulnerando un derecho del que es titular un tercero y que no está incurriendo en ninguna responsabilidad jurídica extracontractual²³⁸; (d) Acciones legales preventivas, que se utilizan para evitar daños todavía no verificados pero que podrían verificarse en el futuro. El art. 7.2 RB I-bis es, en este punto, totalmente transparente, pues indica que será competente el tribunal del lugar donde se hubiere producido o “*pudiere producirse*” el hecho dañoso; (e) Acciones de ejercicio del derecho de réplica o contestación y de rectificación, de utilización muy frecuente en el ámbito de la vulneración de los derechos de la intimidad, propia imagen y derecho al honor de las personas físicas; (f) Acciones colectivas de inhibición que ejercitan ciertos colectivos de sujetos, asociaciones o instituciones, como los consumidores para obligar a ciertos empresarios a no utilizar determinadas “condiciones de generales de la contratación” en un país concreto o a abstenerse de ciertos comportamientos desleales en el mercado²³⁹.

121. *Caso. Acciones declarativas de daños por infracción del Derecho de la competencia como alternativa o en ausencia de acciones de condena por daños (2016)*. La empresa pública alemana encargada del transporte público de cercanías en el área central del Ruhr demandó por daños derivados del incumplimiento de las normas del Derecho de la competencia ante los tribunales alemanes a las principales empresas proveedoras de las infraestructuras de transporte ferroviario (*Eisenbahnoberbaumaterialien*), en especial rieles, interruptores y traviesas (*Schienen, Weichen und Schwellen*), que habían sido adquiridas entre los

²³⁶ *Vid., ad ex.*, D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, p. 501; C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175.

²³⁷ Para España, *vid. arts.* 50-52 LEC.

²³⁸ STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, §§ 36-37. *Vid., ad ex.*, P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y forum delicti commissi. ¿Galgos o podencos?: la litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA.”, *CDT*, 5, 1, 2013, pp. 240-253; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, pp. 514-516; T. DOMEJ, “Negative Feststellungsklagen im Deliktgerichtsstand”, *IPRax*, 2006, pp. 550-555; C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 181-182; M. GARAVAGLIA, “Azione di accertamento negativo e forum delicti nel Regolamento CE n. 44/2001”, *Rivista di diritto processuale*, LXVIII, 4-5, 2013, pp. 1248-11260; M. GEBAUER, “Negative Feststellungsklage am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung”, *ZEuP*, 2013, pp. 870-889; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1169-1174); H. RÜSSMANN, “Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ”, *IPRax*, 1995, pp. 76-80; C. THOLE, “Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage”, *NJW*, 2013, pp. 1192-1196.

²³⁹ STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555.

años 2001 y 2011. La pretensión de la demandante era la mera declaración de la existencia de responsabilidad civil por daños anticompetitivos, no la cuantificación de estos últimos. Las empresas demandadas se opusieron, alegando que no podía interponerse una acción declarativa positiva sin haber presentado una acción declarativa de condena. ¿Quién tenía razón? Solución → Ésta es una cuestión procesal (la estructura y clases de procedimientos existentes en un ordenamiento jurídico), que debe resolverse conforme a la *lex fori*. De acuerdo con el Derecho procesal alemán, el LG Dortmund apreció que sí existía un interés legítimo en interponer este tipo de acciones, aun en ausencia de cualquier acción de condena de cantidad; ya que son acciones mucho más breves que las que tienen, como objetivo, la cuantificación de los daños, requieren un menor esfuerzo y tienen un menor coste; lo que facilita una posterior negociación de las partes²⁴⁰.

c) Factores indiferentes para el funcionamiento del foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis. “Hecho”, “daño” y “hecho dañoso” como elementos del foro de competencia

122. El foro del art. 7.2 RB I-bis opera con independencia de los siguientes factores: (a) Es irrelevante que el derecho subjetivo vulnerado o el bien jurídico protegido presuntamente lesionado estén o no admitidos como tales en el Derecho sustantivo del país donde se presenta la demanda (*Lex Fori*). Ésa es una cuestión de fondo del asunto que no corresponde decidir al art. 7.2 RB I-bis; (b) No es preciso que se pruebe, antes o en el momento de presentar la demanda, que se ha producido un “daño” a un bien jurídico, pues eso es, realmente, una cuestión de “fondo”, cuestión que es la que debe decidir el tribunal en su decisión mediante la aplicación de una concreta Ley estatal a la que llega mediante una norma de conflicto. Será suficiente, por lo tanto, un “principio de prueba” o la concurrencia de indicios razonables de que se ha producido o se puede producir un daño (D. BUREAU/H. MUIR WATT). Estos aspectos relativos al “principio de prueba” serán valorados por el tribunal con arreglo a las pautas de su propio Derecho Procesal (art. 3 LEC)²⁴¹. El art. 7.2 RB I-bis sólo exige que el “hecho” presuntamente generador del daño haya ocurrido en un Estado miembro para que los tribunales de dicho Estado resulten competentes para conocer del asunto. No se exige que se demuestre que ha existido un “daño”. Se exige, solamente, que el “hecho” controvertido haya ocurrido realmente, que de tal “hecho” se pueda derivar una responsabilidad extracontractual y que tal “hecho” haya ocurrido en un concreto Estado miembro²⁴². Indica el TJUE que la cuestión de si un concreto uso de una palabra en un anuncio “*vulnera efectivamente el derecho de marca, pertenece al ámbito del examen del recurso en cuanto al fondo, que el órgano jurisdiccional competente llevará a cabo a la luz del Derecho material aplicable*”²⁴³.

d) Demandas por responsabilidad extracontractual contra varios sujetos

123. Es frecuente que los distintos Derechos nacionales contengan reglas sobre imputación de la responsabilidad civil en casos de actos lesivos en los que han participado varios sujetos. Dos casos deben diferenciarse:

- 1º) *Varios presuntos responsables del ilícito extracontractual y determinación del lugar del “hecho causal”*. El § 830 BGB alemán indica que “1. Cuando varias personas hubiesen causado un daño por un acto ilícito realizado conjuntamente, todas ellas responderán por él. Lo mismo ocurrirá cuando sea imposible determinar cuál de las personas implicadas ha causado el daño con su actuación. 2. A los coautores se asimilan los inductores y los cómplices”. Pues bien, cuando un sujeto víctima de un perjuicio decide demandar a varias per-

²⁴⁰ Sentencia LG Dortmund 21 diciembre 2016, 8 O 90/14 [Kart], ECLI:DE:LGDO:2016:1221.8090.14KART.00.

²⁴¹ STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, §§ 44-45: el tribunal que conoce de un asunto “debe examinar, a la hora de comprobar si es competente con arreglo al art. 7.2 RB I-bis, todos los elementos de que disponga, incluidas, en su caso, las objeciones formuladas por el demandado”; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, §§ 62-65; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, §§ 37-40.

²⁴² SAP Asturias 10 febrero 2012 (accidente de circulación ocurrido en Marruecos) [ECLI:ES:APO:2012:283]; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, §§ 21 y 26.

²⁴³ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 26.

sonas ante el tribunal del Estado miembro del lugar del “hecho generador” o “hecho causal”, resulta que sólo podrá demandar a través del art. 7.2 RB I-bis ante dicho tribunal al sujeto que haya operado o intervenido en el país donde se ha producido el “hecho generador” pero no a los sujetos que no han actuado en tal Estado miembro²⁴⁴. No es posible utilizar las reglas de un concreto Derecho material para atraer, *ex art.* 7.2 RB I-bis, ante los tribunales de un Estado miembro a sujetos que no han actuado en dicho Estado miembro. En tal caso, el art. 7.2 RB I-bis se convertiría en un foro exorbitante que no permitiría al demandado prever la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros.

2º) *Varios presuntos responsables del ilícito extracontractual y determinación del lugar del “daño”*. Este caso ha sido abordado por la STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318²⁴⁵, y por la STJUE 3 abril 2014, C-387/12, *Hi Hotel*²⁴⁶. En el caso objeto de esta sentencia, resulta que el Sr. Spoering, reputado fotógrafo, tomó 25 diapositivas del interior de distintas habitaciones del hotel que la empresa Hi Hotel explota en Niza (Francia) en el año 2003. El Sr. Spoering cedió a Hi Hotel el derecho de explotar tales fotografías en folletos publicitarios y en sus páginas de Internet. En el año 2008, el Sr. Spoering descubrió, en una librería de Colonia, un libro ilustrado publicado por la editorial Phaidon, con domicilio social en Berlín (Alemania), que contenía reproducciones de nueve fotografías que él había tomado del interior del hotel explotado por Hi Hotel en Niza. El Sr. Spoering consideró que Hi Hotel había vulnerado sus derechos de autor sobre las fotografías al transmitírselas a un tercero, la editorial Phaidon de París, y demandó judicialmente a Hi Hotel en Colonia (Alemania) y solicitó que Hi Hotel cesase en la reproducción, difusión y exposición en el territorio alemán de las fotografías en cuestión, así como una indemnización por los daños sufridos por el demandante, el Sr. Spoering. Es claro que el hecho causal del hecho dañoso está constituido por la cesión de las fotografías a terceros, lo que se produjo en Francia, y que el daño está constituido por la publicación de las fotografías, lo que se verificó en Alemania. Pues bien, es preciso realizar varias consideraciones:

- a) En este caso, el hecho causal (= cesión ilícita de las fotografías) se ha producido en Francia. Por tanto, los tribunales alemanes no son competentes para conocer de dicho litigio en virtud del foro del lugar del “hecho causal” *ex art.* 7.2 RB I-bis.
- b) En este caso, el daño (= publicación ilícita de las fotografías) se ha producido en Alemania. Por tanto, los tribunales alemanes sí son competentes para conocer de dicho litigio en virtud del foro del lugar del “daño” *ex art.* 7.2 RB I-bis. Los tribunales alemanes sólo son competentes para conocer de los perjuicios causados en Alemania, y no de los producidos en Francia.
- c) Cuando varios sujetos han intervenido en ilícitos extracontractuales pero la demanda se dirige exclusivamente contra un solo sujeto, es irrelevante el Estado o Estados donde

²⁴⁴ STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 41; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 51.

²⁴⁵ R. HACKBARTH, “EuGH ‘Coty’: Teilnehmerhandeln im Ausland und internationale Zuständigkeit deutscher Gemeinschaftsmarkengerichte”, *GRUR-Prax.*, 2014, pp. 320-322; J. VON HEIN, “Markenrecht: Internationale Zuständigkeit bei Markenverletzung durch mehrere Beteiligte”, *EuZW*, 2014, pp. 667-668; R. JANAL, “Die Plattform-Ökonomie vor dem EuGH: zu den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rs. *Coty Germany/Parfümerie Akzente*”, *EuZW*, 28, 21, 2017, pp. 844-849; A. KUR, “Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht - Zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen EuGH, Rs. C-360/12 – *Coty* und EuGH, Rs. C-479/12 – *Gautzsch*”, *GRUR Int.*, 2014, pp. 749-760; M. LAZOUZI, “Cour de justice, 4e ch., 5 juin 2014, *Coty Germany*, aff. C-360/12, ECLI:EU:C:2014:1318”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 833-835; C. LAURICHESSE, “Cour de justice de l’Union européenne - 5 juin 2014 - Aff. C-360/12”, *RCDIP*, 2015, n° 1, pp. 197-207; G. MUSGER, “Verletzung einer Gemeinschaftsmarke: Zuständigkeit für markenrechtliche und parallele lauterkeitsrechtliche Ansprüche”, *ÖBl*, 2014, pp. 281-282; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36.

²⁴⁶ K. AUERNIG/C. KOLLER/M. SLONINA, “Keine Handlungsortszurechnung des Mittäters bei Urheberrechtsverletzung; Mo-saikprinzip für Erfolgsortgerichtsstand”, *Ecolex*, 2014, pp. 433-434; M. MÜLLER, “EuGVVO: Deliktgerichtsstand bei Teilnahmehandlung in anderem Mitgliedstaat – *Hi Hotel*”, *EuZW*, 2014, pp. 434-435; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36.

hayan operado los demás sujetos que intervinieron en el acto ilícito. Si en relación con el mismo hecho dañoso los sujetos A, B y C operaron en Alemania (lugar del daño) y el sujeto D operó sólo en Francia (lugar del hecho causal), los tribunales alemanes no son competentes con arreglo al foro del lugar del hecho causal *ex art. 7.2 RB I-bis* para conocer de la demanda dirigida contra la empresa D. Visto que el daño sí se ha producido en el territorio alemán, los tribunales alemanes sí son competentes para conocer de la demanda dirigida contra D en relación con los perjuicios producidos en Alemania²⁴⁷.

e) Precisión del “lugar del hecho dañoso”

124. Como ha subrayado, entre otros, C. FRATEA, la expresión “lugar del hecho dañoso” no está libre de dificultades interpretativas, debido fundamentalmente a dos hechos: que el hecho generador del daño puede ser una “conducta territorialmente dispersa” (en varios Estados) y/o que los efectos dañosos se produzcan “en más de un Estado”²⁴⁸.

125. En relación con el hecho generador del daño, cuando éste es una “conducta territorialmente dispersa” (C. FRATEA), debe recordarse que la STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 56, proclamó que: Cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una *infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE* en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros. en diferentes momentos y lugares, infracción que ha sido declarada por la Comisión, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente y cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del *lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel*, o del *lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado*, o bien ante el tribunal del *lugar de su propio domicilio social*.

126. Casi tan importante como el *abanico de posibilidades* que el Tribunal de Justicia permitió a las presuntas víctimas de daños anticompetitivos es el hecho de que no siguiera la opinión del Abogado General, Sr. N. JÄÄSKINEN, quien, en sus conclusiones (11 diciembre 2014), llegó a afirmar que: “ *Si bien no puede excluirse, en principio, la aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I en el marco de una acción de daños y perjuicios basada en una infracción del artículo 101 TFUE, me inclino, no obstante, a considerar que tal disposición no puede aplicarse útilmente en relación con el caso particular de un cártel de carácter horizontal, que ha tenido una duración importante, que ha restringido la competencia en el conjunto del territorio de la Unión y cuya estructura es muy compleja, al haber dado lugar a toda una serie de acuerdos y prácticas colusorias, lo cual ha ocasionado que tanto los participantes en el cártel como las víctimas de los daños invocados estén dispersos en un gran número de Estados miembros [...] En conclusión, por analogía con lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Besix, considero que la regla de competencia especial en materia delictual o cuasi-delictual, formulada en el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I, es inoperante en el supuesto de que, como ocurre en el litigio principal, no sea posible determinar el lugar donde supuestamente se ha producido el hecho dañoso, debido a que la infracción al artículo 101 TFUE en la que se fundamenta la acción consiste en actuaciones caracterizadas por la multiplicidad de lugares donde se han celebrado o ejecutado, lo cual no permite identificar clara y útilmente cuál sería el órgano jurisdiccional que podría disponer de una conexión particularmente estrecha con el conjunto del litigio*”²⁴⁹.

²⁴⁷ STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 59.

²⁴⁸ C. FRATEA, “*Private antitrust enforcement* e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175.

²⁴⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. NILO JÄÄSKINEN presentadas el 11 diciembre 2014, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros*, ECLI:EU:C:2014:2443, §§ 47 y 52. *Vid., ad ex.*, S. GARTAGANI/N. BOYLE/L. HANNAH, “Jurisdiction in follow-on damages claims - AG Jaaskinen’s opinion in the Hydrogen Peroxide case”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. R53-R57.

Con todo, conviene no sobrevalorar la opinión del Sr. N. JÄÄSKINEN por dos motivos. En primer lugar, porque se apoya en un precedente jurisprudencial en materia contractual, no extracontractual, muy concreto: el de la obligación de abstenerse de actuar en todos los países del mundo. En efecto, la STJCE 19 febrero 2002, C-256/00, *Besix*, ECLI:EU:C:2002:99, § 49, sostuvo que: “*Por su propia naturaleza, una obligación de no hacer que, como la controvertida en el litigio principal, consiste en el compromiso de actuar exclusivamente con otra parte contratante y en la prohibición para ambas partes de vincularse con otras empresas a efectos de presentar una oferta común en relación con un contrato público, y que, según la voluntad de las partes, resulta aplicable sin ninguna limitación geográfica y debe, pues, cumplirse en todo el mundo -y, en particular, en cada uno de los Estados contratantes-, no puede localizarse en un lugar preciso ni tampoco vincularse a un órgano jurisdiccional que sea particularmente idóneo para conocer de las controversias relacionadas con la misma. En efecto, el compromiso de abstenerse de hacer algo en todo el mundo no puede, por definición, tener mayor conexión con un tribunal que con otro*”²⁵⁰. En segundo lugar, porque una lectura desapasionada del informe JÄÄSKINEN muestra que no excluye, en general, la aplicabilidad del *forum delicti commissi* a las acciones por daños derivadas de la infracción del art. 101 TFUE, sino que interpreta que no es un foro operativo, cuando se trata de infracciones del art. 101 TFUE de larga duración y estructura compleja por cárteles²⁵¹.

a’) Lugar del hecho dañoso imprevisible

127. El TJUE ha indicado que el art. 7.2 RB I-bis hace competente al tribunal del Estado miembro que corresponde al lugar donde se produce el daño pero siempre que dicho lugar sea “previsible” para las partes implicadas²⁵². Indica el TJUE que el objetivo del hoy Reglamento Bruselas I-bis consiste en “establecer atribuciones de competencia ciertas y previsibles”. Si concurren circunstancias azarosas que hacen imposible prever el lugar donde se produce el hecho dañoso, éste ya no puede cumplir con su misión de designar de manera clara, directa y previsible, el tribunal competente. En tal caso, el TJUE ha descartado el foro del lugar del daño cuando dicho foro no permite designar, de modo previsible, el tribunal competente. Por ello el TJUE indica que “[e]n efecto, la determinación del órgano jurisdiccional competente dependería entonces de circunstancias inciertas (...)”. Ello es así porque sólo en el caso de que el foro sea verdaderamente “previsible”, el art. 7.2 RB I-bis cumple su función de proporcionar un foro en el que litigar sea posible a un coste reducido para actor y demandado (P. HAY). En diversa jurisprudencia el TJUE ha descartado toda interpretación del art. 7.2 RB I-bis que conduzca a un tribunal imprevisible para las partes. Por tanto, si el lugar del daño es “imprevisible” para el demandado, el art. 7.2 RB I-bis debería someterse a una reducción teleológica y, en consecuencia, no debería aplicarse. Estas consideraciones son particularmente relevantes en los casos de comercialización de productos. Un sujeto que comercializa productos a escala local y que no exporta tales productos a ningún país, no debe poder ser demandado ante los tribunales de otro Estado miembro, aunque el producto provoque daños en dicho Estado. En tal caso, el fabricante no puede prever el tribunal ante el que es demandado en virtud del foro del lugar del daño. Por tanto, sólo los fabricantes que colocan sus productos en una corriente de comercio (= *Stream of Commerce*) que arranca de un país y que tiene como destino otro

²⁵⁰ Comentada, *ad ex.*, por A. BUHROW, “Noch einmal - keine autonome Bestimmung des Erfüllungsorts nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ”, *European Law Reporter*, 2002, pp. 170-171; L. CARBALLO PIÑEIRO, “Obligación de no hacer y competencia judicial internacional (la STJCE de 19 febrero 2002, *Besix vs. Wabag Plafog* y sus consecuencias)”, *La Ley*, 2002, n° 5534, pp. 1890-1896; Id., *REDI*, 2002, pp. 856-860; M. DE CRISTOFARO, “Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis”, *Il Corriere giuridico*, 2002, pp. 114-117; P. FRANZINA, “Obbligazioni di non fare e obbligaioni eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001”, *RDIPP*, 2002, pp. 391-406; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 2002, pp. 588-594; W. HAU, *ZJP Int.*, vol. 7, 2002, pp. 214-220; U. HUBER-MUMELTER/K.H. MUMELTER, “Mehrere Erfüllungsorte beim forum solutionis: Plädoyer für eine subsidiäre Zuständigkeit am Sitz des vertragscharakteristisch Leistenden”, *JBl*, 2008, pp. 561-577; P. LOMBARDI, “Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968: il caso *Besix*”, *Contratto e impresa/Europa*, 2002, pp. 640-653; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36; P. VOLKEN, *SZIER*, 2004, p. 390.

²⁵¹ C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 178 (nota 31).

²⁵² STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, § 19.

país pueden ser demandados en virtud del foro del art. 7.2 RB I-bis ante los tribunales de dicho país si el producto causa daños en dicho Estado. De este modo, cada fabricante diseña su estrategia comercial como desea y asume las consecuencias, positivas (= el exportador que fabrica sus productos en España y los exporta a Francia amplía su mercado y tendrá, previsiblemente, más ganancias) y negativas (= el exportador que fabrica sus productos en España y los exporta a Francia puede ser demandado en Francia si allí producen daños).

b') Lugar del daño futuro

128. El art. 7.2 RB I-bis, muy previsor, indica que, en materia delictual o cuasidelictual, la demanda puede presentarse ante el tribunal del lugar donde pudiese producirse el hecho dañoso. Es decir, se trata de daños que no se han producido todavía pero se ha creado un “peligro ilícito” de modo que el tribunal del lugar del “daño futurible” es competente para conocer de la demanda presentada por el futuro perjudicado en virtud del ejercicio de acciones legales preventivas. Pues bien, en estos casos surge la dificultad de precisar el “lugar del hecho dañoso”. La jurisprudencia francesa ha estimado que debe procederse a un “agrupamiento de contactos” a fin de descubrir el país con el que la situación presenta una vinculación más estrecha (*la siége du rapport de droit*), proceso en el que los hechos que, por azar ocurren en uno u otro país son irrelevantes para probar una proximidad del supuesto con los tribunales de un país concreto²⁵³. *Ejemplo:* se construyó un navío construido en Malasia, cuyo estado para navegar había sido calificado como “excelente” por una sociedad francesa de calificación de buques, mediante certificado expedido en Francia. El propietario del buque lo vende a una empresa con sede social en Qatar, y el buque se trasladó a los Emiratos Árabes para, tras ciertos trabajos de reconversión y adaptación, ser reconvertido en plataforma marina. En los Emiratos Árabes es donde se descubre que las soldaduras se encuentran en un estado deplorable. Pues bien, el lugar donde se descubren los desperfectos es fortuito, pero no así el lugar donde se hallaba el buque, cuando fue certificado como “excelente para la navegación”, que coincidía con el lugar donde se verifica el daño al buque y con el lugar donde se hallaba el buque cuando fue objeto de compraventa: Malasia (P. CARLIER)²⁵⁴. De ese modo, la competencia del tribunal al que conduce, en estos casos, el art. 7.2 RB I-bis puede ser fácilmente previsible por todos sujetos implicados en la situación.

c') Precisión del lugar del hecho dañoso y daños por omisión

129. En estos casos, debe considerarse que el lugar del hecho dañoso se localiza en el país en cuyo territorio el sujeto debía haber realizado un acto o conducta positiva con arreglo a la Ley y no lo hizo.

f) Ilícitos a distancia

130. El art. 7.2 RB I-bis suscita complicados problemas en su aplicación. Los más relevantes son los que siguen: a) Ilícitos a distancia; b) Daños plurilocalizados o daños producidos en múltiples países; c) Víctimas indirectas; d) Daños indirectos.

a') Concepto y sectores operativos

131. Conviene precisar con la mayor exactitud el concepto de “ilícito a distancia”. Los “ilícitos a distancia” (*Distanzdelikte*) son aquéllos que se componen de dos elementos que, además, se localizan en países diferentes. Elemento (a), el hecho generador, que se produce en un país. Elemento (b), el daño, que se verifica en otro país o países distintos.

²⁵³ Sent CA Versailles 5 febrero 2010.

²⁵⁴ Sent CA Versailles 5 febrero 2010.

132. Los ejemplos que ofrece la realidad ayudan a comprender la entidad y la estructura de estos casos y, sobre todo, los sectores donde se verifican estos “ilícitos a distancia”.

- 1º) *Daños por contaminación transfronteriza.* Los vertidos en ríos, mares y aire que se producen en un país y que llegan a otros países constituyen clásicos ejemplos de “ilícitos a distancia”. *Ejemplo 1:* una empresa establecida en Francia procedió a verter unos residuos salinos altamente contaminantes en las aguas del Rin y dichas aguas causaron un daño en determinadas zonas de cultivo situadas en los Países Bajos²⁵⁵. *Ejemplo 2:* un fallo en una central nuclear situada en Ucrania produce la emisión de una nube radioactiva que alcanza varios países y produce graves perjuicios a personas y bienes sitios en Rusia, Italia, Francia, Suiza, España y otros países. *Ejemplo 3:* ciertos terrenos agrícolas situados en Austria se vieron dañados por radiaciones ionizantes procedentes de una central nuclear sita en Temelin (República Checa)²⁵⁶. *Ejemplo 4:* en Uruguay se han construido dos fábricas papeleras que pertenecen a empresas finlandesas y españolas, que elaboran celulosa para la exportación y que, presumiblemente, realizarán vertidos contaminantes en el río Uruguay, vertidos que llegarán a la costa argentina²⁵⁷.
- 2º) *Daños a los derechos de la personalidad (derecho al honor, propia imagen, intimidad personal) producidos por prensa escrita y/o por Internet.* *Ejemplo 1:* un editor publica en París y en formato papel, un semanario que contiene informaciones difamatorias del honor de una mujer inglesa, y la publicación se difunde en Francia, Reino Unido, y otros países²⁵⁸. *Ejemplo 2:* una sociedad sueca publica en su website que la empresa estonia B comete delitos y fraude, de modo que esa información es visible en todo el mundo²⁵⁹.
- 3º) *Daños a los derechos de propiedad intelectual o industrial verificados en Internet o prensa escrita.* *Ejemplo:* una empresa alemana utiliza una marca registrada en Austria a favor de una empresa austríaca, como texto para un anuncio vertido en Internet e introducido en Alemania, pero escrito en idioma alemán y visible en todo el mundo²⁶⁰.
- 4º) *Daños causados por los productos defectuosos importados.* Cuando se reclama responsabilidad civil al fabricante de un producto elaborado en un país y que causa daños en otro país, el supuesto constituye un “ilícito a distancia”. *Ejemplo:* una empresa alemana fabrica bicicletas defectuosas y un particular austríaco adquirió una bicicleta en Austria. Un día, cuando estaba en Alemania de paseo con su bicicleta, ésta le causó daños, al parecer por un defecto de fabricación. Según el TJUE, el hecho causal se produce en Alemania, país donde tuvo lugar la fabricación defectuosa de la bicicleta y el daño se produce en el país donde el usuario sufre las lesiones²⁶¹.

133. Estos “ilícitos a distancia” plantean 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 empleada por el art. 7.2 RB I-bis como foro de competencia judicial internacional. En efecto, debe decidirse si el lugar del “hecho dañoso” es aquél donde se produce el “hecho causal” o es el lugar donde se verifica el “daño” o “resultado lesivo”.

134. Se han suscitado grandes controversias en torno a la aplicación analítica y dissociada del art. 7.2 RB I-bis en relación con ciertos hechos y actos. Son los que se conocen como los “falsos ilícitos a distancia” o ilícitos producidos íntegramente en un país pero que producen efectos en otros países:

²⁵⁵ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166.

²⁵⁶ STJCE 18 mayo 2006, C-343/04, *Čez*, ECLI:EU:C:2006:330.

²⁵⁷ *Diario El País*, 14 julio 2006, p. 13.

²⁵⁸ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, comentada, *ad ex.*, por K. KREUZER/P. KLÖTGEN, “Die *Shevill*-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktsortsgerichtsstands des Art. 5 Nr. 3 EuGVÜ für ehrverletzende Streudelikte”, *IPRax*, 1997, pp. 90-96.

²⁵⁹ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766.

²⁶⁰ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 18.

²⁶¹ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7.

- 1º) *Introducción de mercancías falsificadas, procedentes de un Estado miembro, en otro Estado miembro.* La jurisprudencia francesa estima que no constituye un “ilícito a distancia” el que se produce por la expedición desde un país, con destino a otro país distinto, de productos falsificados. En este caso, existe sólo un ilícito simple (*délit simple*) que se verifica en el Estado miembro de destino de las mercancías²⁶². Si la exportación tiene como destino varios países, existirán tantos ilícitos como países de destino puedan identificarse, y los tribunales de cada uno de dichos Estados miembros serán competentes para juzgar los daños producidos en sus respectivos territorios.
- 2º) *Expedición de permisos y licencias.* La negativa a expedir una licencia administrativa o permiso para ejercitar una actividad se produce en el país donde radica la institución u organismo al que se ha solicitado tal permiso o autorización. Es obvio que esa denegación o negativo produce “efectos perjudiciales” en otros países. Sin embargo, el daño directo se ha verificado en el país donde se elabora y emite la negativa a conceder el permiso o autorización. En consecuencia, no se trata de un ilícito a distancia y no se puede presentar una demanda *ex art.* 7.2 RB I-bis en el Estado miembro en el que el sujeto alega no poder ejercer una actividad (= ejemplo: agente deportivo de jugadores de fútbol) como consecuencia de que un organismo sito en otro Estado ha denegado dicha licencia, título, permiso o autorización²⁶³.

135. La aplicación del art. 7.2 RB I-bis a los ilícitos a distancia puede concretarse en diversas reglas que han sido establecidas por el TJUE en copiosa jurisprudencia.

b’) Identificación doble del lugar del hecho. La tesis de la ubicuidad

13. Indica el TJCE que, en los casos de ilícitos a distancia, el “lugar donde se hubiere producido o pudiere 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 verifica el “resultado lesivo” o el “daño”. Ésta es la “tesis de la ubicuidad” (*teoría de la ubicuidad, teoria dell’ubiquità dell’illecito, principle of ubiquity*), que el TJUE acogió en la fundamental STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166. La tesis ha sido posteriormente corroborada por numerosa jurisprudencia.

13. El origen de la tesis de la ubicuidad como criterio hermenéutico de interpretación del hoy art. 7.2 RB I-bis se halla en la celeberrima y archifamosa STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166.

- 1º) *El caso Mines de Potasse d’Alsace.* El caso fue el siguiente. La empresa hortícola “*Société anonyme Handelskwekerij G.J. Bier BV*”, con domicilio social en Nieuwerkerk aan den IJssel (Países Bajos), así como la “*Fondation Reinwater*”, con sede social en Amsterdam, sociedad cuyo objeto social era promover la mejora de la calidad del agua en la cuenca del Rin, demandaron ante el *Gerechtshof* (Tribunal de apelación) de La Haya (Países Bajos), a la “*Société anonyme Mines de potasse d’Alsace SA*”, con domicilio social en Mulhouse (Francia). Se acusaba a la fundación “*Mines de potasse d’Alsace S.A.*” de haber contaminado las aguas del Rin mediante vertidos masivos, en dicho río, de residuos salinos procedentes de la explotación de las “*Mines de Potasse*”. Tales vertidos se realizaban en territorio francés. La empresa hortícola *Bier BV* utilizaba, para regar sus viveros, las aguas del Rin ya en los Países Bajos, y se lamentaba de que su elevado contenido en sal perjudicaba sus plantaciones y en particular las semillas empleadas en sus viveros. Ello le obligaba a adoptar muy costosas medidas para limitar los daños. En efecto, la empresa francesa vertía

²⁶² Sent. Cass. Francia 25 marzo 2009 (importación en Francia por el demandante, de productos parasitarios procedentes de Alemania) [*RCDIP*, 2009, nº 98, p. 580].

²⁶³ Sent. Cass. Francia 1 febrero 2012, *JDI*, 2012, p. 980, nota J. GUILLAUMÉ y *RCDIP*, 2013, pp. 465-471 y nota V. PIRONON.

- diariamente unas 11.000 toneladas de cloruro en un canal que desembocaba en el Rin. Por otro lado, la fundación *Reinwater* promovía todo tipo de acciones, incluidas las demandas judiciales, para proteger y mejorar la calidad del agua del río Rin. En suma, los demandantes, ambas empresas holandesas con sede en Holanda, sostenían que los vertidos de cloruro realizados en Francia por la empresa francesa *Mines de Potasse d'Alsace* eran ilegales y que tal empresa debía indemnizar el daño causado. Mientras que los demandantes holandeses afirmaban que el lugar del evento dañoso era Holanda (= lugar del daño, país donde resultaron dañados los cultivos), la demandada francesa sostenía que dicho lugar se concretaba en Francia (= lugar del acto causante del daño, país donde se realizaron los vertidos salinos).
- 2º) *La situación en los Estados miembros*. El informe *Jenard* anejo al Convenio de Bruselas precisa que los Estados partes en el entonces Convenio de Bruselas de 17 septiembre 1968 no quisieron optar en el art. 5.3 del Convenio (hoy art. 7.2 RB I-bis) ni por el lugar donde se ha cometido el hecho que ha provocado el daño ni por el lugar en el que se ha verificado el daño. De modo consciente, los redactores del precepto dejaron la cuestión a la jurisprudencia del hoy TJUE. En 1968, la doctrina y la legislación de los Estados partes en el Convenio de Bruselas estaba muy dividida. En Francia se consideraba que el evento dañoso se debía entender producido tanto el lugar del hecho causal como en el lugar del daño, de modo que demandante podía optar por uno o por otro foro. Criterio similar se mantenía en Dinamarca. En Alemania, varias sentencias habían seguido ese camino, esto es la *optio fori* entre el lugar del acto causal y el lugar del daño, pero el art. 32 de la Ley de Enjuiciamiento civil alemana optaba claramente por el lugar del acto causal (*die unerlaubte Handlung*). En Italia y en Bélgica prevalecía el lugar del daño. En el Reino Unido se daba prioridad a veces al lugar del acto causal y a veces al lugar del daño. El Abogado General, F. CAPOTORTI, en sus magníficas conclusiones, había apostado, con argumentos muy solventes, en favor del “lugar del daño” como único foro previsto en el hoy art. 7.2 RB I-bis.
- 3º) *Posibles interpretaciones*. Las posibilidades de interpretación del hoy art. 7.2 RB I-bis en relación con el lugar del hecho dañoso en los ilícitos a distancia son, pues, cuatro. En efecto, el lugar del evento dañoso puede ser: (a) El lugar del acto causal; (b) El lugar del daño; (c) Ambos lugares, de modo que sea el demandante el que active uno u otro foro; (c) El lugar que presente una vinculación más estrecha con el ilícito, esto es, “*the proper place of the tort*”. En este último caso, el tribunal ante el que se presenta la demanda debería evaluar los contactos del caso con los distintos países, de modo que sería competentes los tribunales del Estado con el que el litigio presenta la conexión más estrecha. Estos tribunales podrían ser los tribunales de un Estado miembro que no fuera el Estado donde se ha producido el acto causal ni tampoco el Estado donde se ha verificado el daño. Esta cuarta posibilidad debe descartarse por dos motivos. Primero: debido a su excesiva flexibilidad, esta tesis no permite precisar con objetividad y seguridad cuál es el tribunal competente en materia de daños. Ello no es compatible con el objetivo del hoy Reglamento Bruselas I bis de proporcionar un sistema previsible de foros de competencia internacional. Segundo: visto que puede conducir a hacer competentes tribunales que no son ni los del lugar del acto causal ni los del lugar del daño, esta posibilidad es incompatible con la letra y el espíritu del art. 7.2 RB I-bis. Quedan, pues, tres opciones de interpretación del art. 7.2 RB I-bis.
- 4º) *La solución del TJUE: “double down”*. El TJUE no dio la razón ni a una parte ni a la otra ni tampoco al Abogado General. Sostuvo el TJUE que se trataba de un “ilícito a distancia”, y que en estos casos, el “lugar del hecho dañoso” es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el “hecho causal” (= Francia, lugar del vertido), como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el “daño” (= Holanda, lugar donde resultaron dañados los viveros).

138. La tesis de la ubicuidad (= tesis *Mines de Potasse*) es un elemento emblemático característico de la jurisprudencia del TJUE que tuvo su origen en la citada y famosísima STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166. El TJUE

mantiene esta tesis desde ya más de cuarenta años y en relación con muchos tipos distintos de responsabilidad extracontractual: daños físicos, daños a la propiedad intelectual e industrial, daños al honor, daños financieros, etc. No hay quien pueda con ella. La fidelidad casi romántica del TJUE a esta tesis es perceptible en numerosos pronunciamientos²⁶⁴.

139. Esta tesis de la ubicuidad se justifica en los siguientes argumentos:

- 1º) *La identidad de proximidad entre ambos lugares.* El fundamento de esta tesis radica en la idea de que no puede afirmarse que el ilícito se haya verificado mayor o fundamentalmente 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. Ambos lugares pueden reflejar una conexión relevante del supuesto con un Estado miembro²⁶⁵. Dicha conexión de proximidad fac lita: (a) La práctica y recogida de la prueba²⁶⁶; (b) La adecuada sustanciación del proceso²⁶⁷, esto es la “buena administración de la justicia”²⁶⁸; (c) La previsibilidad del tribunal competente, pues tanto demandante como demandado pueden razonablemente prever que el tribunal del lugar del hecho causal y el tribunal del lugar del daño se encuentran en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio consecuencia de un ilícito a distancia. El foro dual es previsible para las partes²⁶⁹.
- 2º) *No al ‘favor laesi’.* Esta disociación de lugares en el art. 7.2 RB I-bis en el caso de ilícitos a distancia practicada por el TJUE, no persigue, en ningún momento, favorecer a la presunta víctima del perjuicio y permitirle así litigar en varios Estados (*favor laesi*), como ha enfatizado el mismo TJUE²⁷⁰. De hecho, esta “disociación de lugares” opera también cuando el demandante es el presunto responsable causante del presunto daño. La disociación de lugares obedece al principio de proximidad y no al deseo de favorecer a la presunta víctima del ilícito.
- 3º) *La jurisprudencia toma el poder.* El texto legal del art. 7.2 RB I-bis actualmente vigente se refiere al “tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” y no hace referencia a los casos de ilícitos a distancia. Este dato resulta curioso,

²⁶⁴ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, §§ 31-33; STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Concurrence*, § 25; STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 72; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 36-39; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, § 45; STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 18; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 46; STJUE 3 abril 2014, C-387/12, *Hi Hotel*, § 27; STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, § 23; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 25; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 26; STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 39; STJUE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 52; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 19; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475; STJCE 5 febrero 2004, C-18/02, *DFDS Torline*, ECLI:EU:C:2004:74.

²⁶⁵ STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, § 28; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 39-41.

²⁶⁶ STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 74.

²⁶⁷ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 19.

²⁶⁸ STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 73.

²⁶⁹ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, §§ 24-28: “la atribución de competencia al tribunal del lugar de fabricación del producto de que se trate responde, por lo demás, a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia, en la medida en que tanto el fabricante demandado como la víctima demandada pueden razonablemente prever que ese tribunal estará en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio que implique, en particular, la comprobación de un defecto de tal producto”; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 27: “existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse 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”; STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Amazon*, § 26; STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, §§ 49-51; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 27; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 32; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, §§ 20-21; STJUE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 41.

²⁷⁰ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, §§ 30-31; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*, ECLI:EU:C:1995:289; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364.

porque el legislador europeo de 2000, responsable del Reglamento Bruselas I (2000) y el legislador de 2012, responsable del Reglamento Bruselas I-bis (2012), conocía perfectamente la jurisprudencia del TJUE relativa a estos supuestos²⁷¹. Sin embargo, y a diferencia de otros casos, el legislador europeo optó por no alterar el texto original procedente del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y no hizo referencia alguna a esta jurisprudencia (T. BALLARINO). La explicación puede hallarse en el hecho de no querer “fossilizar” la aplicación práctica del art. 7.2 RB I-bis en el caso de ilícitos a distancia. En efecto, con la redacción actual del precepto, la jurisprudencia dispone de una libertad muy extensa para forjar reglas específicas en relación con los ilícitos a distancia que pueden presentarse en el futuro, que, sin duda, serán más complejos que los que hasta ahora han surgido.

140. Conviene tener claro que, si hubiera que optar por elegir, con carácter excluyente, sólo una de las dos interpretaciones posibles del “lugar del hecho dañoso”; es decir, como lugar donde se ha producido el hecho desencadenante del daño (*causa*) o como lugar donde se han dejado surtir sus secuelas (*efecto*), el Derecho antitrust se inclinaría, sin lugar a dudas, por la segunda. En favor de esta interpretación existe una buena razón: Es la mejor interpretación posible para salvaguardar la *imperatividad del Derecho antitrust* de la UE. Lo destacó con claridad la STJCE 27 septiembre 1988, C-89/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, ECLI:EU:C:1988:447, § 16: “[...] una infracción del artículo 85 [actual art. 101 TFUE], como es la conclusión de un acuerdo que ha tenido por efecto restringir la competencia dentro del mercado común, implica dos elementos de comportamiento, en concreto, la adopción del acuerdo colusorio y su ejecución. Si se hiciera depender la aplicabilidad de las prohibiciones impuestas por el Derecho de la competencia del lugar de adopción del acuerdo colusorio, ello nos conduciría claramente a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones. Lo que es determinante, por tanto, es el lugar en el que el acuerdo colusorio se ejecuta”. Es cierto que el Tribunal de Justicia no sostiene esta interpretación en favor de la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros de la UE, sino que la mantiene en favor del denominado *principio de extraterritorialidad del Derecho europeo de la competencia*. Pero, si se cree en la unidad del sistema jurídico, como criterio hermenéutico de las normas, esta última objeción no resta un ápice de su valor a dicho principio, aplicado por analogía en materia de conflictos de jurisdicciones sobre ilícitos anticompetitivos. En el fondo, subyace una idea tan sencilla como importante: subordinar la competencia de la UE para sancionar conductas anticompetitivas a que las empresas no hayan concluido el acuerdo colusorio o tengan su sede fuera del espacio europeo es un peligro de proporciones ciclópeas. Dicho con otros términos, es un peligro; puesto que suministraría a las empresas “un fácil medio para sustraerse a las prohibiciones impuestas por los Tratados”²⁷².

141. Veamos algunos *datos comunes a todo tipo de litigio en relación con la precisión del lugar del resultado dañoso*. En efecto, varias precisiones adicionales son necesarias: 1º) En los casos de ilícitos a distancia y también plurilocalizados, la “opción de tribunal” sólo es factible en relación con los “daños directos” padecidos en diferentes Estados y no en relación con los “daños indirectos” que haya podido sufrir la presunta víctima en cualquier otro Estado; 2º) Además, esta “opción de tribunal” sólo es operativa en el caso de daños padecidos por “víctimas directas” y no en relación con los daños sufridos por “víctimas indirectas”.

c’) Alcance asimétrico de la tesis de la ubicuidad

142. La disociación del foro de competencia judicial internacional recogido en el art. 7.2 RB I-bis presenta un *alcance objetivo asimétrico*: 1º) Cuando se demanda ante el tribunal del Estado miembro que corresponde al *lugar del hecho causal* de un ilícito a distancia (art. 7.2 RB I-bis), dicho tribunal es

²⁷¹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166.

²⁷² *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176.

competente para conocer de la responsabilidad por los daños producidos, en su caso, *en todo el mundo*²⁷³. La explicación radica en que el hecho causal da origen a todos los daños que se verifican posteriormente en otros países; 2º) Por el contrario, cuando, en el caso de un ilícito a distancia, se demanda ante el tribunal del Estado miembro que corresponde al *lugar del daño*, dicho tribunal es competente para conocer de la controversia relativa a los daños producidos, exclusivamente, *en dicho país*, en el país del daño²⁷⁴. La explicación yace ahora en el hecho de que un tribunal está sólo correctamente situado para conocer de los daños ocurridos en el territorio del Estado al que pertenece.

d') Elección de tribunal por el demandante

143. En consecuencia, el demandante dispone de una opción (*optio fori*), pues puede decidir a qué tribunales estatales desea acudir. En efecto, el actor 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. El demandante es completamente libre de accionar en un Estado miembro o en otro. En ningún caso se puede acusar al demandante de “fraude procesal” por presentar su demanda en el Estado miembro donde tiene su domicilio si el lugar del hecho causal o del resultado lesivo se localizan en dicho Estado (D. BUREAU/H. MUIR WATT). Ambos lugares manifiestan una igual “dosis de proximidad” con el ilícito.

144. ➤ *Caso . Daño a distancia por ingerencia de la sociedad madre en la gestión de la sociedad filial (2011)*. Un ejemplo de daño a distancia puede observarse en la Sent. Cass Francia 28 octubre 2011 (daño extracontractual por intromisión de sociedad madre italiana en la gestión de su filial francesa)²⁷⁵. En este supuesto, una sociedad madre con sede en Italia impidió que su filial francesa cumpliera con una serie de garantías. Ello ocasionó daños a terceros. La *Cour* estimó que se trataba de un “ilícito a distancia”. El hecho generador se había producido en Italia (= país de la sede social de la sociedad madre y lugar donde se toma la decisión de intromisión por parte de dicha sociedad madre italiana), mientras que el daño se había verificado en Francia (= lugar donde los terceros experimentaron pérdidas patrimoniales daño). El art. 7.2 RB I-bis es aplicable y puede demandarse en Francia, que es el “lugar del daño” [= *locus damni*: Francia es el “lugar del resultado dañoso”]).

e') Verificación del nexo de causalidad

145. Para poder demandar en el lugar donde se ha verificado el “hecho causal” (*Handlungsort*), es preciso que tal hecho causal sea, realmente, el hecho que causa directamente el perjuicio²⁷⁶.

146. El TJUE ha indicado que el sistema de la *optio fori* que se deriva del art. 7.2 RB I-bis en los casos de ilícitos a distancia exige comprobar que el “daño” se ha producido “*por efecto directo del agente causal*”²⁷⁷. Es decir, que “*la responsabilidad delictual o cuasidelictual sólo surge cuando pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina*”²⁷⁸. En consecuencia, es preciso concretar que el “agente causal” o “hecho generador” ha producido, de manera directa, un daño. El precepto requiere, pues, una “causalidad directa”. Varias precisiones resultan oportunas sobre esta cuestión:

- 1º) *Causa única del daño*. Esta exigencia sólo funciona correctamente si existe una sola causa del daño, como es un vertido contaminante de residuos salinos realizado en el río Rhin en su paso por Francia que, transportado por la corriente fluvial, daña posteriormente unos cultivos

²⁷³ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, § 33.

²⁷⁴ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, §§ 36-37.

²⁷⁵ *JDI*, 2012, p. 684, nota S. CLAVEL; *RCDIP*, 2012, pp. 640-648 y nota de L. USUNIER.

²⁷⁶ STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, § 13; STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, § 26.

²⁷⁷ STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, § 19.

²⁷⁸ STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, § 33; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, §§ 13 y 28; STJUE 21 abril 2016, C-572/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286, § 41.

en los Países Bajos. También en los casos de productos defectuosos: el daño es consecuencia de la fabricación deficiente del producto, sea cual sea el país donde se verifica el daño.

- 2º) *Causas múltiples del daño*. En relación con los casos en los que el daño se produce por la combinación de dos causas distintas, la exigencia de una “causalidad directa” debe modularse. Puede afirmarse que, en estos “casos difíciles” resulta conveniente seguir la tesis de la “causalidad adecuada”. En efecto, esta tesis se acomoda correctamente a la función del art. 7.2 RB I-bis, que radica en determinar con precisión y previsibilidad, para las partes, el tribunal internacionalmente competente. Según esta propuesta, en casos de daños debidos a varias causas concomitantes, deben eliminarse del análisis aquellas causas o eventos que de manera muy improbable hubieran causado el daño. Sólo es relevante, como “hecho generador” de un daño extracontractual, aquél hecho del que resulta probable esperar un daño.
- 3º) *Actos meramente preparatorios*. Los “actos meramente preparatorios” pero que, en sí mismos, no producen causalmente y de forma directa un daño material, no son relevantes para el art. 7.2 RB I-bis y no son operativos para concretar el lugar del “hecho causal”. Por ejemplo, la decisión de fabricar un producto nocivo para la salud, la compra de sustancias químicas venenosas y el alquiler de una nave industrial para fabricar en la misma productos dañinos para la salud humana constituyen, todos ellos, actos meramente preparatorios. Por tanto, no son relevantes para identificar el “lugar del hecho causal”. En efecto, el lugar donde se verifican tales actos preparatorios no conduce a un foro previsible para las partes implicadas (M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ).

f) Distintos tipos de ilícitos a distancia

i) Daños patrimoniales directos

147. En los litigios relativos a reclamaciones derivadas de daños patrimoniales directos, como los que suscitan supuestos de daños a cultivos derivados de la contaminación transfronteriza, la precisión del lugar del acto causal no suele comportar problemas, pues se concreta en el lugar donde se vierten los productos o donde una persona realiza un acto²⁷⁹.

En estos casos, el lugar del resultado dañoso es aquél en el que se produce el “perjuicio material directo” para la “víctima directa”. Se trata de lugar en el que el acto generador despliega sus “efectos perjudiciales”, es decir, el lugar donde el perjuicio ocasionado se ha producido de forma concreta²⁸⁰. En definitiva, el lugar donde se ha producido el daño es aquél “donde el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual haya ocasionado un daño”²⁸¹. *Ejemplo*: si una empresa fabrica en Bélgica un material contaminado que después es exportado a Holanda y allí es utilizado para la fabricación de un fertilizante, es en Holanda donde se verifica el perjuicio material que sufre la empresa importadora, aunque el material contaminado se haya fabricado en Bélgica, ya que en Bélgica no se ha producido de manera concreta el perjuicio²⁸². En consecuencia, el art. 7.2 RB I-bis permite al perjudicado accionar ante los tribunales holandeses, que son los tribunales del “lugar del daño”.

ii) Daños derivados de los productos importados y responsabilidad del fabricante

148. En cuanto al acto causal, la fabricación de un producto dañino, nocivo para las personas o para los bienes, constituye el hecho causal del daño que se verifica posteriormente. Dicho acto, la fabricación de un producto nocivo, es la “causa del daño”. Es decir, la conducta supuestamente culpable del fa-

²⁷⁹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166, §§ 24-25; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, §§ 21-23.

²⁸⁰ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 52; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, §§ 26-28.

²⁸¹ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 21; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 33.

²⁸² STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, § 29.

bricante y que se trata de imputar al mismo se verifica al fabricar un producto pernicioso y dicha conducta acaece en el país de fabricación del producto²⁸³. Con palabras más precisas, indica el TJUE que el lugar del hecho causal en los supuestos de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, se sitúa “*allá donde se hubiera producido el hecho que haya dañado el propio producto*” y dicho lugar “*se da en el lugar donde se ha fabricado el producto de que se trate*”²⁸⁴. El lugar del hecho causal es el lugar de fabricación del producto dañoso y no el lugar donde se comercializa dicho producto. En efecto, la causa del daño tuvo lugar en el país de la fabricación del producto y por el hecho de su incorrecta fabricación. La causa del daño derivado del producto y cuya responsabilidad se imputa al fabricante no es la comercialización del producto, por lo que es irrelevante, a estos efectos, el país donde el producto se comercializa. Por otra parte, el lugar donde se adquiere el producto puede ser un país distinto de aquél donde el perjudicado tiene su domicilio²⁸⁵. El lugar del daño es aquél en el que el bien o la persona resulta dañado de modo directo como consecuencia del acto causal.

iii) Daños no contractuales causados por un administrador a la sociedad

149. El TJUE ha estimado que el lugar del hecho causal es el lugar donde el administrador de la sociedad desarrollaba sus tareas como tal. El lugar del daño es aquél en el que se produce dicho daño a la sociedad de forma concreta²⁸⁶.

iv) Difamación por prensa escrita

150. El TJUE ha considerado que, en los casos de difamación por prensa escrita, el lugar del acto causal es aquél donde radica el “establecimiento del editor”, pues es el lugar donde se introduce la información²⁸⁷.

El lugar del daño es el lugar en el que concurren, cumulativamente, dos circunstancias: (a) Debe tratarse de un lugar en el que la publicación ha sido difundida físicamente; (b) Y además, debe tratarse de un lugar en el que la víctima es conocida²⁸⁸. En estos casos, es sencillo detectar el país o países en los que se ha difundido la publicación física, y además, es también sencillo cuantificar el número de ejemplares distribuidos y vendidos en cada país²⁸⁹.

v) Daños a los derechos de la personalidad en Internet

151. Complejos son estos casos porque complejo es el mundo del siglo XXI en el que la verdad es opacada por una realidad que no existe pero en la que voluntariamente viven millones de

²⁸³ STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, § 13.

²⁸⁴ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, §§ 27-28.

²⁸⁵ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, § 31.

²⁸⁶ STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 76. Sobre la responsabilidad extracontractual de los administradores, *vid., ad ex.*, H. ALTMIPPEN, *Die Haftung des Managers im Konzern*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2018; M. DREHER, “Die persönliche Außenhaftung von Geschäftsleitern auf Schadenersatz bei Kartellrechtsverstößen”, *WuW*, 59, 2, 2009, pp. 132-143; E. EDEN, *Persönliche Schadenersatzhaftung von Managern gegenüber Kartellgeschädigten*, Baden-Baden, Nomos, 2013; *Id.*, “Haften Geschäftsführer persönlich gegenüber Kartellgeschädigten auf Schadenersatz?”, *WuW*, 2014, 9, pp. 792-802; A. FRANZ/D.A. JÜNTGEN, “Die Pflicht von Managern zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aus Kartellvertößen”, *BB*, 62, 32, 2007, pp. 1681-1687; U. RUST, “Innenregress und Haftung der Unternehmensleitung bei Kartellverstößen: zugleich Besprechung LAG Düsseldorf v. 20.1.2015, 16 Sa 459/14”, *ZWeR*, 13, 3, 2015, pp. 299-317; M.K. THELEN, “Geschäftsleiterhaftung für Kartellrechtsverstöße – Umweg über Erfurt – Besprechung von BAG, Urteil vom 29.06.2017 – 8 AZR 189/15 –”, *WuW*, 1, 2018, pp. 17-19; M. TWELE, *Die Haftung des Vorstands für Kartellrechtsverstöße*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

²⁸⁷ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, § 24: ese lugar es el lugar “a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido”; STJUE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 52: “lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos”.

²⁸⁸ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, § 29.

²⁸⁹ V. FRICKE, *Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

personas. Los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad se vulneran constantemente en Internet²⁹⁰.

El lugar del acto causal es el lugar donde se han introducido los contenidos lesivos de estos derechos, que debe ser identificado con el lugar donde el responsable toma y ejecuta la decisión de difundir ciertos contenidos en un determinado sitio de Internet.

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 al mismo tiempo: (a) Es lugar del daño 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. 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. Ese lugar, el lugar donde la víctima dispone de su “centro de intereses” es el lugar en el que, en principio, el daño causado por un contenido en línea se produce, en el sentido del art. 7.2 RB I-bis, de manera más significativa: “*the bulk of the damage*”²⁹¹; (b) 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, del daño causado en el territorio de ese Estado miembro²⁹².

²⁹⁰ Vid., ad ex., I. BACH, “Fake News und Cyber Mobbing: zur internationalen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen”, *EuZW*, 29, 2, 2018, pp. 68-73; J.A. BONN, *Die Europäisierung des Persönlichkeitsrechts: Harmonisierungswirkungen des “Caroline”-Urteils des EGMR in Deutschland und England unter Berücksichtigung prozessualer und kollisionsrechtlicher Aspekte*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2013; P.-A. BRAND, “Persönlichkeitsverletzungen im Internet, E-Commerce und ‘Fliegender Gerichtsstand’”, *NJW*, 2012, pp. 127-130; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Internet - privacy and rights relating to personality”, *RCADI*, 2016, pp. 261-486; D. COESTER-WALTJEN, “Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen”, en R. GEIMER (HRSG.), *Wege zur Globalisierung des Rechts: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 1999, pp. 175-195; E. DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado”, *CDT*, 2013, pp. 139-162; C.L. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015; O. FERACI, “Diffamazione internazionale a mezzo di Internet: quale foro competente? Alcune considerazioni sulla sentenza ‘eDate’”, *RDI*, 2012, pp. 461-469; S.L. GOESSL, “From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 261-280; C. HEINZE, “Surf global, sue local! Der europäische Klägergerichtsstand bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet”, *EuZW*, 2011, pp. 947-950; B. HESS/C.M. MARIOTTINI (EDS.), *Protecting privacy in private international and procedural law and by data protection: European and American developments*, Baden-Baden, Nomos, Farnham, Ashgate, 2015; A. KERNEN, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet: Zuständigkeit schweizerischer Gerichte im internationalen Verhältnis*, Zürich, St. Gallen, Dike, 2014; M. KONTOGEOURGOU, “Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen von juristischen Personen im Internet: Anmerkung zu EuGH 17.10.2017, C-194/16 (Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan vs. Svensk Handel AB)”, *GPR*, 15, 1, 2018, pp. 23-28; S. KUBIS, “Zum Tatortgerichtsstand bei grenzüberschreitenden Äußerungsdelikten zu Lasten von Unternehmen: EuGH konkretisiert Rechtsprechung zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet”, *WRP*, 64, 2, 2018, pp. 139-145; M. LAAZOUZI, “L’extension du for européen aux personnes morales victimes d’atteintes aux droits de la personnalité sur Internet: CJUE, gr. ch., 17 oct. 2017, aff. C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ Ingrid Ilsjan c/ Svensk Handel AB”, *La semaine juridique. Édition générale*, n° 49, 2017, pp. 2222-2227; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet”, *CDT*, 2012, 2, pp. 277-301; S. MARINO, “Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale on line”, *RDIPP*, 2012, pp. 879-896; F.M. MEIER, “Unification of choice-of-law rules for defamation claims”, *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 492-520; J.B. VOGEL, *Das Medienpersönlichkeitsrecht im internationalen Privatrecht: eine Untersuchung zur Harmonisierung der Kollisionsnormen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2014; A. STADLER, “EuGH, 17.10.2017, C-194/16 Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan vs. Svensk Handel AB: Persönlichkeitsverletzungen im Internet und europäisches Zuständigkeitsrecht: mit Anmerkung”, *JZ*, 73, 2, 2018, pp. 94-98; G. ZARRA, “Conflitti di giurisdizione e bilanciamento dei diritti nei casi di diffamazione internazionale a mezzo internet”, *RDI*, 2015, pp. 1234-1262.

²⁹¹ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, § 33.

²⁹² STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, §§ 31-33; STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Martinez*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, §§ 48 y 51; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 36; SAP Madrid 24 octubre 2011 (difamación contra víctima española residente en España realizada por Internet en lengua francesa y contenida en periódico digital marroquí) [ECLI:ES:APM:2011:13719].

vi) Infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial en Internet

152. Por lo que se refiere al lugar del “acto causal”, en estos casos verificados en Internet y casos de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, el hecho causal no es “*la exhibición de la publicidad en sí misma*”, sino “*el desencadenamiento, por el anunciante, del proceso técnico de exhibición, con arreglo a parámetros predeterminados, del anuncio que éste creó para su propia comunicación comercial*”²⁹³. El hecho causal es “*el desencadenamiento del proceso técnico consistente en exhibir las fotografías en el citado sitio de Internet [...] el hecho que genera una eventual vulneración de los derechos de autor reside en la conducta del propietario de dicho sitio*”²⁹⁴. El lugar del hecho causal es, pues, el lugar en el que se “*tomó y ejecutó la decisión de poner en línea las fotografías en un determinado sitio de Internet*”. Es irrelevante el lugar donde se almacena la publicidad o lugar donde se encuentra el servidor de Internet, pues “*dada su incierta ubicación, no podría considerarse el lugar del hecho causal a efectos de la aplicación del art. 5.3 R. 44/2001*”²⁹⁵. En consecuencia, el lugar del hecho causal, en estos supuestos, es “*el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio*”, que se concreta en el Estado miembro donde radica el “*establecimiento del anunciante*”. Se trata del lugar donde el presunto responsable “*ha concebido el hecho causal*” que originó el daño²⁹⁶. Este foro opera también cuando el demandante es el presunto responsable de una falsificación, copia ilegal o cualquier otro acto ilícito. Es decir, el foro puede ser empleado por el presunto responsable de un acto ilícito para obtener una declaración de su no responsabilidad al respecto (= “*acción declarativa negativa*”/“*ascertamiento negativo*”)²⁹⁷. Ello significa que el “*lugar de publicación*” y el “*lugar de difusión*” de los contenidos no pueden constituir lugar del “*hecho causal*” en este tipo de ilícitos.

En cuanto al “*lugar del daño*”, debe subrayarse que la jurisprudencia *eDate/Olivier Martinez* no opera en relación con los daños verificados en Internet a otros bienes que no son “*derechos de la personalidad*”. En estos casos de daños a propiedades especiales (= propiedad intelectual e industrial), no puede presentarse la demanda, por los daños verificados en todo el mundo, ante en el tribunal de lugar donde el presunto perjudicado tiene su “*centro de intereses*” (art. 7.2 RB I-bis) como “*lugar del daño*”. En los casos de daños, en Internet, a los derechos de la personalidad, se da la circunstancia de que tales derechos de la personalidad se hallan protegidos en todos los Estados miembros “*de modo absoluto*” (= toda persona se halla protegida por el Derecho de cada Estado, pues todos los Estados salvaguardan los derechos de la personalidad). Por el contrario, en los daños derivados de infracciones de derechos de autor, marcas, patentes, bases de datos, etc., tales derechos incorporales están protegidos, exclusivamente, frente a daños verificados en el territorio del Estado miembro donde tales derechos han sido registrados o cuya Ley los ha reconocido (= Estado miembro donde el derecho de propiedad intelectual o industrial existe)²⁹⁸. Indica el TJUE que, en estos casos, se trata de la presunta vulneración de derechos cuya protección jurídica “*se limita, por principio, al territorio del Estado miembro de registro, de modo que, por regla general, su titular no puede invocar dicha protección fuera de ese territorio*”²⁹⁹. Por ello, el titular de tales derechos no puede invocar la protección de estas marcas y otros derechos frente a daños producidos en otros Estados³⁰⁰. Lo expresa muy bien la STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 45: “*[e]n relación con los daños que resultan de violaciones del derecho de propiedad intelectual y comercial, el Tribunal de Justicia ha precisado que la materialización del daño en un Estado miem-*

²⁹³ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 34.

²⁹⁴ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, *Hejduk*, § 24.

²⁹⁵ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 36.

²⁹⁶ Sent. *Cour de Cassation* Francia 9 diciembre 2003, *Castellblanch* [*Bulletin*, 2003, I, n. 45, p. 195].

²⁹⁷ Sent. Cass Italia 10 septiembre 2013 (publicidad desleal en Internet de un faro para coches imitación servil y sociedad presunta responsable con sede en Italia), *RDIPP*, 2014, pp. 647-653.

²⁹⁸ M. GRÜNBERGER, “Zuständigkeitsbegründender Erfolgsort bei Urheberrechtsverletzungen”, *IPRax*, 2015, pp. 56-65; R. HAUSMANN, “Die Verletzung gewerblicher Schutzrechte im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *European Legal Forum*, 2003, pp. 278-288.

²⁹⁹ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 25.

³⁰⁰ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 25.

bro determinado está supeditada a que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado miembro". En consecuencia, el TJUE estima que el lugar donde se ha producido el daño es el Estado miembro de registro de la marca o derecho incorporal en cuestión presuntamente vulnerado³⁰¹. El TJUE estima que tales tribunales son "los que se encuentran en mejores condiciones para evaluar (...) si (...) efectivamente se vulnera la marca nacional protegida". Y dichos tribunales podrán conocer, *ex art. 7.2 RB I-bis*, de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho protegido, así como de una acción de cesación de cualquier vulneración de dicho derecho. Porque un derecho de propiedad industrial sólo se puede dañar en el país donde existe. Según el TJUE, en estos casos, deben distinguirse dos supuestos.

- a) *Daño a propiedades especiales sujetas a registro público para su propia existencia*. El "lugar del daño" es el Estado miembro donde la marca o derecho incorporal se halla registrada / protegida legalmente, que podrán conocer de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho de propiedad industrial o intelectual³⁰². Como indica el TJUE, el art. 7.2 RB I-bis, al contrario de lo que establece el art. 17.1.c RB-I, no exige, en particular, que la actividad controvertida "se dirija a" un concreto Estado miembro para poder activar el foro del lugar del daño. El TJUE rechaza, pues, la "tesis de la focalización" o "tesis de la actividad dirigida" en relación con el art. 7.2 RB I-bis³⁰³.
- b) *Daño a la propiedad intelectual*. En la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales, tal derecho incorporal no exige para su propia existencia la inscripción del mismo en un registro público. Normalmente, la propiedad intelectual existe desde el momento de su creación y por ese solo hecho de su creación. Por ello, la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde un concreto Estado miembro una serie de creaciones intelectuales protegidas por el Derecho de dicho Estado, supone que ha habido ya vulneración de tales derechos intelectuales en dicho Estado a efectos del art. 7.2 RB I-bis, pues el derecho de propiedad intelectual ya existe en tal Estado³⁰⁴. Por tanto, si el material que vulnera la propiedad intelectual es accesible en un Estado a través de Internet, ya ha habido "daño" a los derechos de propiedad intelectual en dicho Estado a efectos del art. 7.2 RB I-bis³⁰⁵. El lugar del daño es el lugar desde donde la "descarga de contenidos" es posible (= *download place*). Se trata de la "tesis de la accesibilidad": si el material es accesible en un Estado, en ese Estado se ha producido el daño a efectos del art. 7.2 RB I-bis.

No obstante lo anterior, en la STJUE 18 octubre 2012, C-173/11, *Football Dataco* (bases de datos gestionadas desde Alemania y datos enviados desde dicho país a ordenadores situados en Inglaterra), el enfoque del TJUE fue ligeramente diferente. En este caso, el TJUE estima que el hecho dañoso ha tenido lugar en el Estado miembro donde se halla establecido el público hacia el que el autor de dicho daño ha tenido la intención de dirigirse. Sigue, en este supuesto, por lo tanto, el TJUE, la tesis de la focalización.

vii) Daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia

153. En caso de daños derivados de cárteles, el lugar del acto inicial es el "lugar de constitución del cártel". Como indica el TJUE, una vez constituido el cártel, sus participantes se aseguran los beneficios de un bloqueo de la competencia y de los precios que han falseado³⁰⁶. Ahora bien, por razones obvias, el lugar de constitución del cártel no puede operar como "lugar del hecho causal" en el caso de que dicho cártel se componga de varios arreglos colusorios surgidos en diferentes reuniones y discu-

³⁰¹ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, §§ 28-29.

³⁰² STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Amazon*, § 31; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 25; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, §§ 33, 35, 37.

³⁰³ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, §§ 32-33; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 42; STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Martinez*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 46.

³⁰⁴ STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 44.

³⁰⁵ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 34.

³⁰⁶ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 44-50.

siones mantenidas en diversos lugares de la UE. En este complejo supuesto, pueden conocer *ex art. 7.2 RB I-bis* como tribunales del “lugar del hecho causal”: (a) Los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se puede identificar el “*hecho concreto con ocasión del cual fue definitivamente constituido el cártel*”; (b) O bien los tribunales del Estado miembro donde se concluyó un “*arreglo que por sí solo sea el hecho causal del perjuicio supuestamente sufrido por un comprador*”.

En cuanto al lugar del daño, según el TJUE, es aquél donde el perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta y en concreto, el lugar donde, por culpa de un cártel, el perjudicado ha tenido que pagar sobrecostes a causa de un precio artificialmente elevado, que puede coincidir con el lugar donde la empresa perjudicada tiene su domicilio social. Si son varios los perjudicados, varios serán los tribunales competentes *ex art. 7.2 RB I-bis*³⁰⁷.

g) Daños plurilocalizados

154. Este problema surge cuando un mismo hecho causal produce daños que se verifican en distintos países³⁰⁸.

En dichos supuestos, el TJUE sigue la “tesis del mosaico” (“*Mosaic Principle*” o “*Mosaikbetrachtung*”: la “*vista de mosaico*”)³⁰⁹. Ello significa que el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se han producido los daños dispone de competencia judicial internacional a tenor del art. 7.2 RB I-bis sólo en relación con la responsabilidad derivada de los daños verificados en dicho Estado miembro. Dicho tribunal carece de competencia judicial internacional para conocer de los litigios derivados de daños verificados en otros Estados. El demandante debe demandar Estado miembro por Estado miembro, tesela por tesela, y de ese modo completará el mosaico de todos los daños que ha sufrido.

Si los daños plurilocalizados son, además, “ilícitos a distancia”, lo que será frecuente, entonces el demandante dispone de una opción de tribunal (*Optio Fori*). Ello significa que el demandante podrá demandar: (a) ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio ha tenido lugar el “hecho causal” por todos los daños producidos en todo el mundo, o bien (b) ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio donde se han verificado los daños, pero sólo por los daños ocurridos en dicho Estado.

155. ➤ *Caso El caso CDC Hydrogen Peroxide*. CDC era una sociedad belga cesionaria de créditos indemnizatorios de empresas afectadas por un cártel, cuyo objeto reclamar su pago por vía extrajudicial y judicial. En 2009, ejerció una acción de reparación ante el LG Dortmund (Alemania) contra seis empresas de productos químicos, que, salvo Evonik Degussa GmbH, cuyo domicilio social estaba en Essen (Alemania), estaban domiciliadas en cinco Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. CDC pretendía, sobre todo, la condena solidaria de las demandadas al pago de una indemnización. Se trataba de una *acción follow-on*: La Dec.Com. 2006/903/CE de 3 mayo 2006 (Asunto COMP/F/C.38.620 — Peróxido de hidrógeno y perborato, DOUE L 353 de 13 diciembre 2006) había declarado que: (a) Las demandadas en el litigio principal y otras empresas habían participado en una infracción única y continua del (actual) art. 101 TFUE, al menos entre el 31 enero 1994 y el 31 diciembre 2000. (b) La infracción consistió principalmente en el intercambio

³⁰⁷ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 52-56.

³⁰⁸ T. LUTZI, “Gerichtsstand am Schadensort und Mosaikbetrachtung bei Wettbewerbsverletzungen im Internet (zu EuGH, 21.12.2016, Rs. C-618/15, *Concurrence SARL vs. Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*, untes S. 605, Nr. 43)”, *IPRax*, 37, 6, 2017, pp. 552-556; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación del foro del Artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 en casos de víctimas indirectas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 diciembre 2016, *Concurrence, C-618/15*”, *CDT*, 10, 1, Marzo 2018, pp. 620-629.

³⁰⁹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166; STJCE 26 marzo 1992, C-261/90, *Dresdner Bank [III]*; STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd’s Bank*, ECLI:EU:C:1995:289; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Réunion*; STJCE 17 septiembre 2002, C-334/00, *Tacconi*; STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555; STJCE 5 febrero 2004, C-18/02, *DFDS Torline*, ECLI:EU:C:2004:74; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364; Sent. Cass. Italia 21 junio 2006.

de información confidencial e importante sobre el mercado y las empresas, la limitación o el control de la producción, el reparto de cuotas de mercado y de clientes, y la fijación y vigilancia de los precios en reuniones y conversaciones telefónicas multilaterales y/o bilaterales mantenidas de modo más o menos regular, principalmente en Bélgica, Francia y Alemania. CDC se apoyaba en acuerdos de cesión de créditos indemnizatorios concluidos con 32 empresas domiciliadas en trece diferentes Estados miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo (EEE). Algunas de ellas habían concluido previamente acuerdos de cesión con otras 39 empresas. Las empresas interesadas operaban en el sector del tratamiento de la celulosa y del papel y habían comprado, entre 1994 y 2006, importantes cantidades de peróxido de hidrógeno en diferentes Estados miembros de la UE o del EEE, que fueron suministradas a fábricas de diversas empresas situadas en varios Estados miembros. Según las demandadas en el litigio principal, algunos de los contratos de venta correspondientes contenían cláusulas de arbitraje y cláusulas atributivas de competencia. Solución → El Tribunal de Justicia proclamó que: Cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros en diferentes momentos y lugares, infracción que ha sido declarada por la Comisión, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente y cada una de esas víctimas puede elegir entre ejercer su acción ante el tribunal del *lugar en el que fue definitivamente constituido el cártel*, o del *lugar en el que en su caso fue concluido un arreglo específico e identificable por sí solo como el hecho causal del perjuicio alegado*, o bien ante el tribunal del *lugar de su propio domicilio social*. (STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 56).

156. Comentando el caso *CDC Hydrogen Peroxide*, no ha faltado quien vea en “la lapidaria afirmación que da expresa relevancia a la sede de la sociedad dañada” una solución claramente ventajosa para las víctimas, semejante a la del Tribunal de Justicia en el caso *eDate*, que introduce subrepticamente una especie de *forum actoris*³¹⁰. Yendo más allá de su *pedigree* jurídico, un sector doctrinal ha

³¹⁰ C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 179. Vid. STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, comentada, *ad ex.*, por L. D’AVOUT, “Droit du commerce international. Contentieux judiciaire lié à internet”, *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 2338-2340; T. AZZI, “Tribunal compétent et loi applicable en matière d’atteintes aux droits de la personnalité commises sur internet”, *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 1279-1285; M. BOGDAN, “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case”, *Yearbook of Private International Law*, XIII, 2011, pp. 483-491; S. BOLLÉE/B. HAFTTEL, “Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l’arrêt eDate Advertising et Martinez”, *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 1285-1293; S. FRANCO, “Responsabilité du fournisseur d’information sur Internet: affaires eDate Advertising et Martinez”, *La Semaine Juridique - édition générale*, 2012, n° 1-2, pp. 35-38; T. GARBER, “Die internationale Zuständigkeit für Klagen aufgrund einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im Internet”, *ÖJZ*, 2012, pp. 108-118; T. HARTLEY, “Cross-Border Privacy Injunctions: The EU Dimension”, *The Law Quarterly Review*, 2012, pp. 197-202; B. HESS, “Der Schutz der Privatsphäre im Europäischen Zivilverfahrensrecht”, *JZ*, 2012, pp. 189-193; M. VON HINDEN, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet”, *ZEuP*, 2012, pp. 948-954; M. HO-DAC, “La violation des droits de la personnalité sur Internet en droit international privé: les solutions de l’arrêt eDate Advertising et Olivier Martinez”, *Rev.aff.eur.*, 2011, pp. 815-821; M. HORAK, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Delikten im Internet”, *Ecolex*, 2012, pp. 62-63; J.-J. KUIPERS, *C.M.L.Rev.*, 2012, pp. 1211-1231; H. MUIR WATT, “Cour de justice de l’Union européenne. (C-509/09 et C-161/10 aff.jtes). - 25 octobre 2011”, *RCDIP*, 2012, pp. 389-411; E. LEIN, “Competencia judicial internacional - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising GmbH c. X y Olivier Martinez y Robert Martinez c. MGN Limited”, *REDI*, 2012, pp. 193-198; P. PICHLER, “Forum-Shopping für Opfer von Persönlichkeitseingriffen im Internet? Das EuGH-Urteil eDate Advertising gegen X und Martinez gegen MGN (C-509/09 und C-161/10)”, *Medien und Recht*, 2011, pp. 365-368; M. REYMOND, “The ECJ eDate Decision: A Case Comment”, *Yearbook of Private International Law*, XIII, 2011, pp. 493-506; M. ROBAK, “Drei sind einer zuviel: Internationale Gerichtsstände bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts im Internet”, *GRUR*, 2011, pp. 257-259; H.-P. ROTH, “EuGH: Internationale gerichtliche Zuständigkeit bei Online-Persönlichkeitsrechtsverletzungen”, *CR*, 2011, pp. 811-813; W.-H. ROTH, “Persönlichkeitsschutz im Internet: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *IPRax*, 2013, pp. 215-227; R. SACK, “Der EuGH zu Art. 3 E-Commerce-Richtlinie - die Entscheidung ‘eDate Advertising’”, *EWS*, 2011, pp. 513-518; M. SLONINA, “Erfolgsortsgerichtsstand nach Art 5 Nr 3 EuGVVO bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet (auch) am Mittelpunkt der Interessen des Opfers”, *ÖJZ*, 2012, pp. 61-67; T. THIEDE, “Online Medien, Persönlichkeitsrechtsschutz und Internationale Zuständigkeit”, *GPR*, 2011, pp. 259-262; ID., “Aktivgerichtsstand für Betroffene von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Onlinebereich”, *Ecolex*, 2012, pp. 131-134; ID., “Bier, Shevill und eDate

criticado esta respuesta del Tribunal de Justicia³¹¹. Se señala, en efecto, que: (a) El *enfoque* del TJUE es desafortunado: mejor que recurrir, como foro, al *domicilio social* de la víctima hubiera sido preferible, por respeto al centro de gravedad de la situación privada internacional, centrar la respuesta en el *mercado* en el que el *principio de soberanía del consumidor* ha sido dañado. Se reconocería así el importante papel que desempeña el lugar en el que se han ofrecido bienes y servicios a un precio supracompetitivo impuesto por el cártel. (b) Sería, además, un *criterio de competencia judicial coherente* con el *criterio de competencia legislativa* que acoge el art. 6.3, letra a), Reglamento Roma II.

h) Víctimas indirectas y daños indirectos

157. En determinados casos, algunas personas experimentan un daño indirecto como consecuencia del daño infligido directamente a otra persona, bien o derecho (“víctima de rebote”/*victime par ricochet*)³¹². Pues bien, los sujetos que son presuntas “víctimas indirectas” no pueden utilizar el art. 7.2 RB I-bis para demandar en el Estado miembro en cuyo territorio han sufrido ese daño indirecto.

158. Abrir el art. 7.2 RB I-bis a las “víctimas indirectas” supondría abrir un auténtico y totalmente injustificado “foro del domicilio del actor”, de modo que el presunto “perjudicado indirecto” podría demandar ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio aunque el caso no presente vínculos reales ni sustanciales con ese país. En otros términos, puede afirmarse que ese foro del “lugar de producción del daño indirecto” resultaría totalmente imprevisible para el demandado, presunto responsable del daño, lo que vulnera la idea inspiradora fundamental del Reglamento Bruselas I-bis³¹³. Conclusión: los sujetos que sean presuntas “víctimas indirectas” no pueden utilizar el art. 7.2 RB I-bis para demandar ante los tribunales del Estado miembro en el que han sufrido un daño. El art. 7.2 RB I-bis sólo permite a la presunta víctima presentar su demanda ante el tribunal del lugar donde ha ocurrido el daño que afecta directamente a una persona, bien o derecho.

159. El lugar relevante para el art. 7.2 RB I-bis es el lugar donde se verifica el “daño directo”, la lesión de un bien jurídico protegido como consecuencia inmediata de un acto que es la causa de dicho daño. Varios casos deben distinguirse:

- 1º) *Daños directos a bienes físicos*. El daño directo se padece en el lugar donde se encuentra el bien material que se ha visto presuntamente perjudicado y/o vulnerado: lugar donde radica una plantación contaminada, donde radica una propiedad inmueble dañada, donde se halla un bien mueble que ha sido perjudicado o destruido, donde se encuentra una persona que ha sufrido lesiones, etc.
- 2º) *Daños directos a bienes inmateriales*. El daño directo se padece en el lugar donde el derecho inmaterial del que es titular la víctima ha sido vulnerado o se ha visto perjudicado: lugar donde el derecho inmaterial, como la patente, la marca, el nombre comercial, existe y se

- Aegrescit medendo?”, *GPR*, 2012, pp. 219-222; O. WEBER, “EuGH: Gerichtliche Zuständigkeit und Heimatstaat-Kontrolle bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Internet”, *MMR*, 2012, pp. 48-50; A. WITTEW/J. MÜLLER, “Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet”, *European Law Reporter*, 2012, pp. 96-98.

³¹¹ S. BARIATTI, “Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli”, *RDIPP*, 2008, 2, pp. 349-362; F.W. BULST, “Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht”, *EWS*, 2004, 9, pp. 403-410 (p. 406); C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (Ed.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 179-180.

³¹² F. AL-DEB’/B. KRAUSE, “‘Schadensersatz’ für mittelbare Kartellopfer – ein Fall für § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage)”, *ZGS*, 2006, pp. 20-25; D. RIDYARD, “Indirect effects and unintended consequences: a comment on the Commission’s White Paper on private actions”, *G.C.L.R.*, 2, 2, 2009, pp. 115-118.

³¹³ STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8, §§ 20 y 21; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd’s Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, §§ 14 y 15; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Drouot assurances/Consolidated metallurgical industries y otros*, ECLI:EU:C:1998:242; Sent. Trib. Napoli (Italia) 4 enero 2007 [*RDIPP*, 2007, p. 451] (ciudadano italiano contagiado de AIDS por ciudadana italiana que fue infectada de AIDS en los Estados Unidos durante una operación de transplante de riñón).

utiliza y ha sido presuntamente vulnerado, o lugar donde una persona es conocida y goza de una reputación determinada y donde se ha difundido una información dañina en el caso de presunto daño al derecho al honor.

- 3º) *Daños indirectos*. Daño indirecto es aquél que se padece como consecuencia de otro daño sufrido de modo directo. Pues bien, el lugar donde se experimenta un “daño indirecto” no es relevante para el art. 7.2 RB-I y no es operativo para abrir dicho foro de competencia judicial internacional. Por eso subraya el TJUE que no se considera “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, el “lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado miembro”³¹⁴.

160. La jurisprudencia nacional sigue las directrices del TJUE y niega que el art. 7.2 RB-I bis permita litigar en el Estado miembro donde han tenido lugar o pudieran tener lugar los daños indirectos³¹⁵. Así, en el caso de competencia desleal, el “daño directo” se produce en país en cuyo mercado nacional (= Reino Unido) opera la parte demandada, una sociedad irlandesa, que ofrece productos cuya patente no le pertenece³¹⁶. En este caso, en Italia sólo se verifican daños indirectos, por lo que los tribunales italianos carecen de competencia *ex art. 7.2 RB-I bis* para conocer del asunto.

B) El *forum connexitatis*

161. Cuando el art. 7.2 RB I-bis se utiliza para demandar a *varios sujetos* en régimen de *litisconsorcio pasivo*, es aplicable el art. 8.1 RB I-bis (*forum connexitatis, der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bei mehreren Beklagten*)³¹⁷. Dicho precepto permite al demandante presentar su demanda

³¹⁴ STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, § 34; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, § 14; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364, § 21.

³¹⁵ Así: Ord Cass. Italia 13 diciembre 2005 [el lugar del hecho dañoso no es el lugar donde el perjudicado dice haber sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia de un daño que se ha verificado en otro Estado], Ord Cass Italia 27 diciembre 2011 [pagos realizados a banco español que, de modo presuntamente indebido, permitió que terceros accedieran a esa cuenta bancaria: el hecho dañoso ha ocurrido en España “*ed è irrilevante dove si son verificate o potranno verificarsi le conseguenze future di tale evento, il depauperamento del patrimonio della società attrice [con sede en Italia]*”, *RDIPP*, 2012, p. 939).

³¹⁶ Sent. Trib. Bologna 24 octubre 2012 (empresa irlandesa que vende en el Reino Unido productos protegidos por patente de la que es titular una empresa italiana, *RDIPP*, 2013, p. 1002).

³¹⁷ C. ALTHAMMER, “Die Anforderungen an die ‘Ankerklage’ am *forum connexitatis* (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO)”, *IPRax*, 2006, pp. 558-563; Id., “Die Auslegung der Europäischen Streitgenossenschaftszuständigkeit durch den EuGH – Quelle einer Fehlinterpretation?”, *IPRax*, 2008, pp. 228-233; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 463-467 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); D. COESTER-WALTJEN, “Konnexität und Rechtsmissbrauch – zu Art. 6 Nr. 1 EuGVVO”, en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (HRSG.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 747-758; R. GEIMER, “Fora connexitatis – Der Sachzusammenhang als Grundlage der internationalen Zuständigkeit”, *WM*, 1979, pp. 350-361; P. GOTTWALD, “Europäische Gerichtspflichtigkeit kraft Sachzusammenhangs”, *IPRax*, 1989, pp. 272-274; R. HARMS, “Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO) bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen”, *EuZW*, 2014, pp. 129-134; A. KIRSCHSTEIN/J. DORNBUSCH, “Gerichtsstand der Streitgenossenschaft”, *RIW*, 2015, pp. 193-198; O. KNÖFEL, “Gerichtsstand der prozessübergreifenden Streitgenossenschaft gemäss Art. 6 Nr. 1 LugÜ?”, *IPRax*, 2006, pp. 503-507; N. LUND, “Verschwommene Konturen: Das Luxemburger Porträt der Konnexität des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO”, *RIW*, 2012, pp. 377-380; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 34-43; S. MOCK, “Internationale Streitgenossenschaftszuständigkeit”, *IPRax*, 2010, pp. 510-513; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1174-1176); H. MUIR WATT, “Article 8”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 369-407 (pp. 381-392); H. ROTH, “Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteiengerichtsstand des Art. 6 Nr. 1 EuGVO”, en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (HRSG.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 885-903; K. SCHURIG, “Der Konnexitätsgerichtsstand nach Art. 6 Nr. 1 EuGVVO und die Verschleifung von örtlicher und internationaler Zuständigkeit im europäischen Zivilverfahrensrecht”, en C. HEINRICH (HRSG.), *Festschrift für Hans-Joachim Mustielak zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2004, pp. 493-522; B. SUJECKI, “Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach Art. 6 Nr. 1 EuGVVO in Verfahren über die Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte”, *EWS*, 2014, pp. 138-142; S. VOGENAUER, “Zur Begründung des Mehrparteiengerichtsstands aus Art. 6 Nr. 1 LugÜ in England und Schottland”, *IPRax*, 2001, pp. 253-257; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 289-

contra todos los demandados en un mismo proceso, y ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de ellos³¹⁸. El art. 8.1 RB I-bis hace competente, directamente, al tribunal del Estado miembro del domicilio de cualquiera de los demandados. Es, al mismo tiempo, un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial interna³¹⁹. El foro del art. 8.1 RB-I permite que un tribunal de un Estado miembro pueda conocer de una acción en materia delictual o cuasi delictual; aunque el daño no se haya verificado en el Estado miembro al que pertenece el tribunal.

a) Régimen general

162. Cuando existen varios demandados, el art. 8.1 RB I-bis permite al demandante presentar su demanda contra todos los demandados en un mismo proceso, y ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de ellos³²⁰. El art. 8.1 RB I-bis hace competente, directamente, al tribunal correspondiente al domicilio de cualquiera de los demandados (*el demandado ancla, the anchor defendant, der Erstbeklagte, der Ankerbeklagte*). Es, al mismo tiempo, un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial interna (R. GEIMER).

163. ➤ *Caso 1. Litisconsorcio pasivo europeo.* Una sociedad con sede en Bruselas y otra sociedad con sede en Ámsterdam son deudoras solidarias de una sociedad con sede en Valencia, acreedora de las anteriores. La sociedad valenciana, ante el impago de la deuda, que debía satisfacerse en España, decide demandar a sus co-deudoras y planea emplear al efecto el art. 8.1 RB I-bis. Solución → Si la sociedad actora desea utilizar el art. 8.1 RB I-bis y hacer competente a un solo tribunal para que conozca del caso en su totalidad, podrá presentar la demanda ante los jueces belgas o ante los jueces holandeses, correspondientes al domicilio de cualquiera de los demandados (art. 4 RB I-bis). De ese modo, si presenta su demanda ante juez holandés, éste aplicará el art. 8.1 RB I-bis y se declarará competente frente a las dos co-deudoras. Pero, si la sociedad española utiliza el art. 7.1 RB I-bis (= foro especial en materia contractual) y decide demandar en Madrid a su deudora belga, el tribunal español no podrá aplicar el art. 8.1 RB I-bis para declararse competente también en relación a la sociedad holandesa.

164. ➤ *Caso 2. Litisconsorcio pasivo extra-europeo.* Una sociedad con sede social en Sevilla es acreedora de tres sociedades: una sociedad con sede social en Montreal, otra con sede social en París, y otra con sede social en Berlín, que deben realizar una prestación pecuniaria en Italia. La sociedad con sede social en Sevilla se pregunta si, en el caso de presentar su demanda ante los tribunales alemanes, correspondientes al domicilio de uno de los demandados, éstos podrán conocer también por litisconsorcio europeo, de la demanda dirigida contra las otras dos sociedades. Solución → El tribunal alemán sólo puede aplicar el art. 8.1 RB I-bis en relación a los demandados con domicilio en Francia y Alemania. En consecuencia, podrá declarar, en su caso, el litisconsorcio pasivo de ambos. Pero el art. 8.1 RB I-bis no alcanzará a la sociedad con sede social en Canadá, que no podrá ser demandada en Alemania con base en el art. 8.1 RB I-bis. Sólo si la legislación procesal alemana dispone de la posibilidad de demandar a la sociedad canadiense ante los tribunales alemanes por litisconsorcio pasivo, los tribunales alemanes podrán conocer de la demanda dirigida contra la sociedad canadiense, pero nunca con fundamento jurídico en el art. 8.1 RB I-bis.

165. Para poder hacer uso del foro previsto en el art. 8.1 RB I-bis, es preciso que concurren estos requisitos:

320; C. WOLF, "Rechtshängigkeit und Verfahrenskonnexität nach EuGVÜ", *EuZW*, 1995, pp. 365-367.

³¹⁸ STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595, comentada por B. SUJECKI, "Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen 'Freeport'", *NJW*, 2007, pp. 3702-3706, y por M. WÜRDINGER, "Kommentar zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen 'Freeport'", *RIW*, 2008, pp. 71-72; Sent. Cass. Italia 21 junio 2006 [difamación en publicación alemana difundida en Italia]; SAP Alicante 18 enero 1995 [AC 1995\164].

³¹⁹ Con notable confusión, SAP Álava 9 marzo 1995, Auto AP Valladolid, Sec.1ª, 24 febrero 1995.

³²⁰ STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 11 octubre 2007, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595; STS 10 enero 2017 (Reglamento 6/2002); SAP Alicante 18 enero 1995 [AC 1995\164]; STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2005 [AS 2005\2583]; AAP Madrid 27 marzo 2008.

- 1º) *Todos los demandados deben estar domiciliados en Estados miembros (mehrere Beklagte in verschiedenen Mitgliedsstaaten)*³²¹. Si uno de los co-demandados no reside en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis, el art. 8.1 RB I-bis no puede utilizarse para hacer competente a un solo tribunal frente a los co-demandados no domiciliados en el territorio de la UE³²². La cuestión se regirá, en tal caso, por las normas de producción interna del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.
- 2º) *Las demandas planteadas deben estar “vinculadas estrechamente” entre sí*. Varios datos deben subyacerse al respecto.
- El concepto de “vinculación entre las demandas” es propio del Reglamento Bruselas I-bis (P. JENARD, J.P. BÉRAUDO, F. GARAU SOBRINO, D. ALEXANDRE), que ha copiado la solución dada por la STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459: existe “vinculación estrecha” cuando se aprecia que es oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo para de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables, si los asuntos fueren juzgados separadamente. En el comercio internacional resulta frecuente que un acto ilícito genere otros actos ilícitos³²³. Así la fabricación presuntamente ilegal de llantas de automóvil falsificadas (= “acto ilícito 1”) llevada a cabo por una empresa española en España es el origen de la venta de tales llantas por parte de otra empresa italiana (= “acto ilícito 2”). Pues bien, en estos casos, aunque los ilícitos están vinculados al integrarse en una cadena de actos en secuencia, se trata de actos diferentes que darán lugar, en su caso, a responsabilidades jurídicas distintas de varios sujetos diferentes. Las sentencias que puedan dictarse contra estos dos demandados no serán inconciliables. Por ello, estos dos actos y estas dos demandas no están vinculadas “estrechamente”. Se demuestra ello; porque, si la demanda presentada en España contra la sociedad que vende las llantas pudiera comportar una atracción en favor de los tribunales españoles de la competencia internacional en relación con la sociedad que las fabrica en Italia, se produciría una infracción de la previsibilidad de los foros de competencia para la sociedad fabricante de las llantas. En consecuencia, cuando existe una “demanda base” o “demanda madre” (= demanda contra la sociedad fabricante de las llantas) y otra demanda conexa a la anterior (= demanda contra el vendedor de llantas), la segunda demanda constituye una “demanda por consecuencia” de menor entidad que la primera, que constituye una “demanda madre”. En estos casos, el tribunal competente para conocer de la “demanda por consecuencia” no debe poder conocer de la “demanda madre”. La Sent. Cass Italia 9 febrero 2015 estima que existe esta conexión cuando se aprecia una *causa petendi* común entre diferentes demandas³²⁴.
 - Esta “vinculación estrecha” entre las demandas debe existir en el momento de la presentación de las mismas, que es el momento en el que es más adecuado “*tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente*”³²⁵.
 - Resoluciones inconciliables son resoluciones contradictorias³²⁶.

³²¹ D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community Competition Law”, *ZWeR*, 2006, pp. 1-27 (p. 7); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 290. En contra, sentencia KG Berlin 9 abril 2001, *IPRax*, 2002, p. 515.

³²² STJCE 27 octubre 1998, C-51/97, *Réunion européenne y otros*, ECLI:EU:C:1998:509; STJUE 11 abril 2013, C-645/11, *Land Berlin y Ellen Mirjam Sapir y otros*, ECLI:EU:C:2013:228, §§ 55-56.

³²³ Ordenanza Corte Cass, Italia, 18 septiembre 2014 (contrato de consultoría entre sociedades italiana e irlandesa con un ayuntamiento italiano), *RDIPP*, 2015, pp. 653-656; SAP Alicante 13 febrero 2014 (infracción de marca); STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 61.

³²⁴ Sent. Corte Cass, Italia 9 febrero 2015, *RDIPP*, 2016, p. 226.

³²⁵ STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 25.

³²⁶ STJCE 13 julio 2006, C-539/03, *Roche Nederland* [ECLI:EU:C:2006:458]; STJCE 13 julio 2006, C-103/05, *Reisch*, ECLI:EU:C:2006:471, comentada por M. WÜRDINGER, “Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen ‘Reisch’”, *ZZP Int.*,

- d) En el caso de demandas que hacen referencia a actos distintos, como la vulneración de la misma patente en distintos Estados miembros por diferentes demandados, no existe “estrecha vinculación entre las demandas” y el art. 8.1 RB I-bis es inaplicable³²⁷.
- e) El art. 8.1 RB I-bis se puede emplear aunque se trate de demandas presentadas contra varios demandados y con fundamentos jurídicos distintos³²⁸ y también puede utilizarse cuando las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes, según las normas de conflicto de los Estados miembros. El hecho de que las demandas presenten fundamentos de Derecho distintos es sólo un dato más que debe ser valorado por el tribunal que conoce del asunto para decidir si existe el riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si las demandas fueran juzgadas por separado³²⁹.
- 3º) *Los demandados deben presentar alguna vinculación jurídica previa entre sí.* Esta exigencia no es requerida expresamente por el Reglamento Bruselas I-bis, pero la doctrina mayoritaria entiende que esta exigencia es adecuada. En efecto, de tal modo, los co-demandados podrán prever razonablemente la competencia de los tribunales del país del domicilio de cualquiera de los demandados³³⁰. *Ejemplo 1:* se puede demandar en Italia a los responsables de una publicación alemana que difundió una información difamatoria y al articulista de la misma, domiciliado en Italia, que escribió tal información³³¹. En efecto, ambos sujetos estaban ligados por una vinculación previa subjetiva de modo que podían perfectamente ser demandados el uno en el Estado miembro de domicilio del otro. Esta exigencia evita litisconsorcios pasivos “ficticios”. *Ejemplo 2:* si un sujeto español domiciliado en España y otro portugués domiciliado en Portugal han causado, con sus respectivas motos de agua, daños a un turista español en una playa portuguesa, la víctima puede demandar en Portugal a ambos sujetos mediante el art. 7.2 RB I-bis. Sin embargo, no puede demandar en España al sujeto domiciliado en España (art. 4 RB I-bis) y atraer a los tribunales españoles, en virtud del art. 8.1 RB I-bis, al sujeto domiciliado en Portugal. En efecto, antes de la accidente con las motos de agua no existía ningún vínculo subjetivo entre ambos demandados, de forma que el sujeto con domicilio en Portugal nunca podría haber previsto ser demandado en España por un accidente que ocurre en Portugal.
- 4º) *La existencia de litisconsorcio pasivo necesario o voluntario la determina el Derecho procesal del país cuyos tribunales conocen del asunto.* Se trata de una exigencia implícita del art. 8.1 RB I-bis (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN)³³².
- 5º) *Litisconsorcio pasivo, desistimiento y abuso de derecho.* Basta que se acredite que las demandas están vinculadas entre sí de modo objetivo, para que el art. 8.1 RB I-bis pueda entrar en acción³³³. Exigir que se demuestre que el actor no perseguía el objetivo de “atraer” a un demandado a la jurisdicción de otro tribunal distinto del tribunal de su domicilio, es excesivo, inoportuno y vulnera la letra y el espíritu del art. 8.1 RB I-bis, que, concientemente, nada indica al respecto, como sí lo hace, por el contrario, el art. 8.2 RB I-bis, pese a la opinión de ciertos autores (I. HEREDIA CERVANTES). Por tanto, si el actor presenta su demanda contra dos demandados, uno domiciliado en Estado miembro ante cuyos tribunales se acciona (el *demandado ancla*) y otro domiciliado en otro Estado miembro, puede suceder que el actor

11, 2006, pp. 180-190.

³²⁷ STJCE 13 julio 2006, C-539/03, *Roche Nederland* [ECLI:EU:C:2006:458].

³²⁸ STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595, comentada por R. ARENAS GARCÍA, “El foro de la pluralidad de demandados ante el TJCE: Comentario a la STJCE de 11 de octubre de 2007”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 627-642.

³²⁹ STJUE 1 diciembre 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros*, [ECLI:EU:C:2011:798]; STJUE 11 abril 2013, C-45/11, *Land Berlin y Ellen Mirjam Sapir y otros*, [ECLI:EU:C:2013:228], § 44.

³³⁰ Ord. Corte Cass., Italia, 18 septiembre 2014 (contrato de consultoría entre sociedades italiana e irlandesa con un ayuntamiento italiano); STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 27 octubre 1998, C-51/97, *Réunion européenne y otros*, ECLI:EU:C:1998:509.

³³¹ Sent. Corte Cass. Italia 21 junio 2006, *Benza* [RDIPP, 2007, p. 414].

³³² SAP Madrid 27 junio 2003 (“corralito argentino”) [CENDOJ 28079370142003200003].

³³³ STJCE 26 mayo 2005, C-112/03, *Zurich*; STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595.

desista de la demanda presentada contra el demandado con domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. En tal caso, el otro demandado sigue estando sometido al tribunal que conoce del litigio *ex art. 8.1 RB I-bis*³³⁴.

- 6º) *Demanda declarada inadmisibile*. Si la demanda presentada contra el demandado domiciliado en el país cuyos tribunales conocen del asunto es declarada inadmisibile con arreglo al Derecho nacional, ello no “desactiva” el foro del art. 8.1 RB I-bis, y el tribunal es competente respecto del codemandado domiciliado en otro Estado miembro³³⁵.
- 7º) *Litisconsorcio pasivo y sumisión*. En el caso de que el segundo demandado tenga firmada una cláusula de sumisión a favor de un tribunal de otro Estado, surgen graves problemas. En ese caso debe afirmarse que no se puede demandar al segundo demandado ante los tribunales del Estado miembro de domicilio del primer demandado, pues el segundo demandado está protegido por la cláusula de sumisión que le vincula con el demandante, cláusula que prevalece sobre el foro del domicilio del demandado³³⁶.

b) Aplicación a las acciones por daños anticompetitivos

El foro de la conexidad es un “viejo conocido” en las acciones civiles de daños por infracción del Derecho antitrust europeo³³⁷. Son varias las razones que explican su éxito:

- 1º) Gracias a este foro, las demandas por daños contra los integrantes del *cártel de las vitaminas* se acumularon ante los tribunales londinenses³³⁸. Se evitó así una pluralidad de juicios en países diferentes y el riesgo de que se dictaran decisiones contradictorias.
- 2º) Éste es un foro útil tanto para demandas autónomas como para demandas de seguimiento (*stand alone and follow-on actions, Initiativ- und Folgeklagen*)³³⁹.
- 3º) El foro de la conexidad favorece la *economía procesal*: (a) El actor puede dirigirse contra varios demandados mediante *un solo procedimiento* judicial (*prozessuale Konzentrationswirkung*), que le supone un *ahorro de trabajo y gastos* frente a una (potencial) pluralidad de procedimientos³⁴⁰. (b) El actor puede reclamar que se repare *todo el daño* que se le ha

³³⁴ STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2005, *Iván Helguera*; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 25-28.

³³⁵ STJCE 13 julio 2006, C-103/05, *Reisch*, ECLI:EU:C:2006:471, comentada por M. WÜRDINGER, “Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen ‘Reisch’”, *ZZP Int.*, 11, 2006, pp. 180-190.

³³⁶ Ord. Corte Cass, Italia 18 septiembre 2014 (contrato de consultoría entre sociedades italiana e irlandesa con un ayuntamiento italiano), *RDIPP*, 2015, pp. 653-656.

³³⁷ *Vid., ad ex.*, J. BASEDOW/C. HEINZE, “Kartellrechtliche Schadensersatzklagen im europäischen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Art. 6 Nr. 1 EuGVO)”, en S. BECHTOLD/J. JICKELI/M. ROHE (HRSG.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 63-84; U. BÖRGER, “Internationale Zuständigkeit für kartellprivatrechtliche Schadensersatzklagen nach Art. 6 Nr. 1 EuGVO”, en M. NIETSCH/M. WELLER (HRSG.), *Private enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 33-47; G. KOUTSOUKOU/P. PAVLOVA, “Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts - Anmerkung zu OGH, Beschl. v. 14.2.2012, 5 Ob 39/11p - Gesamtschuldnerische Haftung”, *WuW*, 64, 2, 2014, pp. 153-163.

³³⁸ High Court of England and Wales, *Provimi et al. v Aventis et al.*, [2003] 2 All ER (Comm) 683 (6 May 2003). Sobre el caso *Provimi*, *vid., ad ex.*, F.W. BULST, “The Provimi decision of the High Court: beginnings of private antitrust litigation in Europe”, *EBOR*, 4, 4, 2003, pp. 623-650; N. KRAUSE/S. MULLETTE, “How Vitamins Stimulated the Debate on Private Antitrust Litigation”, *ZWeR*, 2007, pp. 466-482; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer: Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht (zu *Provimi Ltd. vs. Roche Products Ltd. and other actions*, 6.6.2003, (2003) EWHC 961 (Comm) (2003), 2 All ER (Comm) 683, und *LG Dortmund*, 1.4.2004, 13 O 55/02, unten S. 542, Nr. 45)”, *IPRax*, 25, 6, 2005, pp. 509-516.

³³⁹ E.R. GEIER, *Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis*, Bern, Stuttgart, Wien, Haupt, 2005, p. 52; G. KOUTSOUKOU/P. PAVLOVA, “Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts: Anmerkung zu OGH, Beschl. v. 14.2.2012, 5 Ob 39/11p, Gesamtschuldnerische Haftung (WuW 2012, 1251)”, *WuW*, 64, 2, 2014, pp. 153-164; S. LEIBL/R. FREITAG, *Forderungseintreibung in der EU*, München, Beck, 2008, p. 46; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴⁰ E.R. GEIER, *Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis*, Bern, Stuttgart, Wien, Haupt, 2005, p. 31; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht”, *IPRax*, 2005, pp. 509-516 (p. 510); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena,

causado³⁴¹. Por el contrario, para los demandados, las ventajas de este foro no son tan claras. Es cierto que un solo *procedimiento probatorio* ante el tribunal que está conociendo puede acabar liberándolos o reduciendo su responsabilidad³⁴²; pero no es menos cierto que, a cambio, tienen que *litigar fuera del Estado de su domicilio o de su sede*³⁴³.

- 4º) Los demandantes tienen altas probabilidades de lograr que el tribunal ante el que interponen sus acciones se declare competente, si consiguen acreditar *tres datos*:
- a) Que el domicilio del *demandado ancla* se encuentra en el territorio del Estado miembro en el que se hallan los tribunales ante los que se pretende litigar.
 - b) Que el *demandado ancla* (*der Erstbeklagte, der Ankerbeklagte*) no sea un extraño al acto competitivo dañoso que se desea resarcir. Dicho con otros términos, tiene que establecerse la *vinculación* de aquél con el hecho ilícito de que se trate y, por tanto, la posibilidad de que tenga alguna responsabilidad. Aunque lo veremos con mayor detalle al ocuparnos de la *legitimación procesal pasiva*, ésta es una cuestión compleja, cuando se trata de *grupos de sociedades*.
 - c) Que exista *relación entre las demandas* que se desea acumular (*ad ex.*, Auto OLG Hamm 1 diciembre 2016, 32 SA 43/16, ECLI:DE:OLGHAM:2016:1201.32SA43.16.00).
- 5º) Este mecanismo procesal permite, pese a su sencillez, no sólo *evitar futuras sentencias irreconciliables y optimizar la economía procesal*, sino también *incrementar la presión negociadora*: El *demandado ancla* litiga ante un tribunal del Estado en el que está domiciliado; mientras que los demás demandados obviamente litigan ante un tribunal que está fuera del Estado de su domicilio y esto supone *mayores costes* (*ad ex.*, dictámenes sobre el contenido y la aplicabilidad del Derecho extranjero, costes de traducciones, búsqueda de un bufete extranjero de ese país que siga las incidencias del proceso día a día, etc.)³⁴⁴. Esto último es importante; porque, además, dadas las *cantidades indemnizatorias* que se manejan frecuentemente, es absolutamente normal que se intente poner fin al procedimiento mediante un *acuerdo extrajudicial* entre las partes.

167. ➤ *Caso I. Conexidad en el cártel de las vías (Schienekartell): el Auto OLG Hamm 1 diciembre 2016.* Tres sociedades pertenecientes a Deutsche Bahn (*DB Regionetz Infrastruktur GmbH, DB Station & Service AG y DB Bahnbau Gruppe GmbH*) demandaron por daños anticompetitivos a varias empresas alemanas, austriacas y checas fabricantes de raíles, traviesas y agujas ferroviarias, que habían participado en el denominado *cártel de las vías (Schienekartell)*. El OLG Hamm tenía que resolver fundamental, aunque no exclusivamente, la graduación de los daños; es decir, qué parte de la responsabilidad por los daños causados le correspondía a cada uno de los fabricantes demandados. Pero, para ello, necesitaba tener competencia internacional (*internationale Zuständigkeit*). Las empresas austriacas y checas, apoyándose en la STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, consideraron que las demandas no estaban suficientemente relacionadas y que, por consiguiente, el tri-

JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴¹ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴² G. MÄSCH, "Vitamine für Kartellopfer - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht", *IPRax*, 2005, pp. 509-516 (p. 510); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴³ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴⁴ F. BRANDES, *Der gemeinsame Gerichtsstand: die Zuständigkeit im europäischen Mehrparteienprozeß nach Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ/LÜ*, Frankfurt am Main, Lang, 1998, pp. 23-24; E.R. GEIER, *Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis*, Bern, Stuttgart, Wien, Haupt, 2005, pp. 31-32; P. LANGE, "Der internationale Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im Kennzeichenrecht im Lichte der 'Roche/Primus'-Entscheidung des EuGH", *GRUR*, 2007, pp. 107-114 (p. 109); G. MÄSCH, "Vitamine für Kartellopfer - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht", *IPRax*, 2005, pp. 509-516 (pp. 510-511); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 289-290.

bunal alemán no era competente. Dicho con otros términos, cuatro de las empresas cartelistas (las que tenían su sede en Alemania) podían ser demandadas en virtud del art. 4.1 RB I-bis; mientras que tres empresas cartelistas (las que tenían su sede en Austria o Chequia) negaban que se les pudiera aplicar el art. 8.1 RB I-bis e impugnaban, por tanto, la competencia internacional de los tribunales alemanes. Solución → El OLG desestimó esta objeción. Se basó en el hecho de que las demandas eran tan semejantes que, si se obligaba a las supuestas víctimas de los daños anticompetitivos a litigar ante tribunales de distintos Estados, existiría el riesgo de que se dictasen decisiones contradictorias: “*Es entspricht mithin auch Sinn und Zweck von Art. 8 Nr. 1 EuGVVO, die möglichen widersprechenden Entscheidungen zu vermeiden, indem ein einheitlicher Gerichtsstand für die Klagen gegen alle Beklagten eröffnet wird. / Die Gefahr widersprechender Entscheidungen droht auch bei der gleichen Sach- und Rechtslage. Dem steht entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3 nicht entgegen, dass die Kartellmütter nicht unmittelbar an den Kartellabsprachen beteiligt waren und die Gesamtschuld ihnen gegenüber möglicherweise im Wege der Zurechnung den anderen Beklagten zu begründen wäre. Zum einen werden die Beklagten zu 3 und 7 wie alle anderen Beklagten von der Klägerin aus derselben Rechtsgrundlage wie die anderen Beklagten, nämlich § 426 Abs. 1 S. 1 bzw. § 426 Abs. 1 S. 2 BGB in Anspruch genommen, zum anderen setzt die Anwendbarkeit von Art. 8 Nr. 1 EuGVVO schon nicht voraus, dass die Klagen auf identischen Rechtsgrundlagen beruhen müssen, sofern für die Beklagten vorhersehbar war, dass sie in dem Land verklagt werden können, in dem mindestens einer von ihnen seinen Sitz hat (EuGH, Urt. v. 11.10.2007 - C 98/06, BeckRS 2007, 70802, Tz. 47; BGH, Beschl. v. 30.11.2009 – II ZR 55/09, BeckRS 2010, 03138, Rn. 4). Es war für die Beklagten zu 3 und 7 als Konzernmütter durchaus vorhersehbar, dass sie an dem allgemeinen Gerichtsstand ihrer Konzerntöchter für eigenes oder zurechenbares wettbewerbswidriges Verhalten ihrer im Konzern stehenden Töchter in Anspruch genommen werden könnten. Ebenso war für die Beklagte zu 4 als Kartellbeteiligter vorhersehbar, dass sie auch für alle Schäden – nicht nur für die aus eigenen Lieferungen, sondern auch die aus den Lieferungen von Mitkartellanten und auch Dritter - ggfs. an den Gerichtsständen der anderen Kartellanten verklagt werden könnte” (Auto OLG Hamm 1 diciembre 2016, 32 SA 43/16, ECLI:DE:OLGHAM:2016:1201.32SA43.16.00).*

168. ➤ *Caso 2. Conexidad en el cártel de los cables de alta tensión: Vattenfall (2018).* La Comisión Europea sancionó a 26 personas jurídicas fabricantes de cables de alta tensión por infringir el art. 101 TFUE y, en concreto, por su participación en un cartel ilegal de reparto de clientes y mercados, casi a escala mundial, entre 1999 y 2009 (Resumen Dec.Com. 2 abril 2014, Asunto AT.39610, *Cables de energía*, DO C 319 de 17 septiembre 2014). En 2017, un cliente del cártel, Vattenfall, que suministraba electricidad en varios países europeos entre los que se encontraba el Reino Unido, presentó una demanda, reclamando daños y perjuicios (por un valor aproximado de 36 millones de euros más el interés compuesto) a Prysmian y NKT, dos de las empresas sancionadas por la Comisión Europea. Estas últimas interpusieron una declinatoria de jurisdicción ante los tribunales ingleses. Solución → La *High Court*, sin embargo, rechazó la declinatoria internacional y se declaró competente en virtud de los arts. 4 y 8.1 RB I-bis: Según la *High Court*, las demandas contra las empresas no domiciliadas en el Reino Unido estaban estrechamente conectadas con las demandas contra las empresas filiales domiciliadas en suelo británico.

La sentencia de la *High Court* de Londres en *Vattenfall v. Prysmian* se caracteriza por las siguientes notas:

- 1ª) Exige un *nivel de vinculación muy bajo*, como requisito para que los tribunales ingleses se declaren competentes en las reclamaciones por daños derivados de cárteles internacionales sancionados por la Comisión Europea.
- 2ª) Sigue una *línea jurisprudencial* que, en repetidas ocasiones, ha proclamado la jurisdicción de los tribunales ingleses, basándose en el domicilio de empresas domiciliadas en el Reino Unido (de ordinario, filiales) que no son destinatarias de una decisión de la Comisión Europea sancionadora de un cártel. No obstante, una filial que no ha sido sancionada puede ser utilizada para “anclar” reclamaciones en Inglaterra contra empresas no domiciliadas en el Reino Unido que sí son destinatarias de una decisión condenatoria del cártel por parte de la Comisión.
- 3ª) Dicha línea jurisprudencial, justifica la demanda inicial por daños contra la filial en el Reino

Unido, como ancla y fundamento de la jurisdicción inglesa, en virtud del *conocimiento y participación* de aquélla en la práctica anticompetitiva: “*For a defendant to be liable for a cartel damages claim it appears that it must have implemented the cartel with knowledge of it [...]*”³⁴⁵.

Ahora bien, conviene no llamarse a engaño. Los tribunales ingleses son poco exigentes a la hora de verificar estas *dos condiciones*:

- a) Por lo que respecta al conocimiento (*knowledge*), se exige un nivel de conocimiento relativamente bajo: El demandante (Vattenfall) no tiene que probar que el demandado ancla tenía conocimiento real del cartel. En determinadas circunstancias, se puede atribuir conocimiento al demandado, cuando forma parte del mismo grupo (*ad ex.*, como destinatario de la decisión sancionadora).
- b) Por lo que respecta a la implementación del cártel (*implementation*), basta con que la filial en Reino Unido venda productos objeto del cártel³⁴⁶. Además, para facilitar la competencia internacional de sus propios tribunales, esta jurisprudencia: 1º) Proclama que no existe una *regla de minimis*: No existe un mínimo de ventas del producto cartelizado a través del demandado ancla³⁴⁷. En este caso, Prysmian UK habría vendido cables por un valor de unas 8.000 libras esterlinas. 2º) Define define el *tipo de actividades que pueden constituir implementación*:
 - a) *Ventas indirectas* del demandado ancla a través de otros demandados (inclusive una de las empresas cartelistas).
 - b) Empleados del demandado ancla involucrados en *actividades comerciales que entren dentro del ámbito del cártel*, tales como ventas, ingeniería, diseño de los productos o servicios relevantes y asesoramiento legal sobre los proyectos de cables de alta tensión en el Reino Unido.
 - c) Nombramiento del demandado ancla como *representante fiscal o persona de contacto a efectos fiscales* en el Reino Unido de uno de los cartelistas.
 - d) *Actuación del demandado ancla frente a clientes en nombre de otras empresas del grupo*, por ejemplo, con actividades de marketing, captación de clientes, soporte administrativo en relación a productos y servicios afectados por el cártel (sentencia HC 17-000682 de la High Court de Londres 2 julio 2018, *Vattenfall vs. Prysmian, NKT y otros*, [2018] EWHC 1694 [Ch.]).

7. Otras cuestiones procedimentales

A) Las “demandas torpedo”

a) Las “torpedo actions”. Regulación general

169. El art. 29 RB I-bis permite el ejercicio de las llamadas “*torpedo actions*”, “*action torpille*”, “*Torpedoklagen*”³⁴⁸. Varios aspectos relativos a estas acciones deben ser analizados:

³⁴⁵ [2018] EWHC 1694 (Ch.), § 53.

³⁴⁶ [2018] EWHC 1694 (Ch.), § 54.

³⁴⁷ [2018] EWHC 1694 (Ch.), § 65.

³⁴⁸ *Vid., ad ex.*, P. ARNT NIELSEN, “The end of torpedo actions?”, en F. FERRARI/F. RAGNO (Ed.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 153-169; S. BEESTON/A. RUTTEN, “The Dutch torpedo case: a new dimension to forum shopping in cartel damages”, *Competition Law Insight*, 14, 10, 2015, pp. 14-15; P.-A. BRAND, “Deliktsschadensersatz und Torpedo-Klagen: ein Beitrag zum Prioritätsprinzip nach Art. 29 Abs. 1 EuGVVO am Beispiel des Kartellschadensersatzes”, *IPRax*, 36, 4, 2016, pp. 314-318; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 493-498 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); W. EBERL, “Obligatorische Schlichtungsverfahren und Anrufung des Gerichts gemäß Art. 32 Abs. 1 EuGVVO: Priorität oder Türöffner für Torpedo”, en *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 57-65; R. FENTIMAN, “Introduction to Articles 29-30”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 713-725 (pp. 719-721); B. HEIDERHOFF, “Neues zum gleichen Streitgegenstand im Sinne des Art. 27 EuGVVO”, *IPRax*, 2011, pp. 288-292 (p. 290); C. KERSTING/S. KLEINE, “Der Schutz von Schiedsverfahren gegen Italian Torpedos”, en *Festschrift für Siegfried H.*

- 1º) *Concepto*. Se denominan “*Torpedo Actions*” (“acciones torpedo”) las acciones procesales que inicia una parte ante un litigio inminente, pero con el objeto de situar el proceso ante un tribunal de un Estado caracterizado por la lentitud del procedimiento. Con estas acciones, el proceso se torpedea y queda empantanado ante el tribunal de un Estado y, como se trata de los tribunales que han entrado en primer lugar en el conocimiento del caso (art. 29 RB I-bis), ello impide que otros tribunales de otros Estados miembros puedan entrar a conocer del asunto, incluso aunque tales tribunales dispongan de un foro de competencia al efecto o hayan sido elegidos como tribunales competentes por las partes en virtud de un pacto de sumisión (P.A. NIELSEN/O. LANDO). Estas *acciones torpedo*, de origen alemán, son características de los procesos judiciales por vulneración de patentes, marcas y otros derechos de propiedad industrial.
- 2º) *Ejemplos*. Algunos ejemplos pueden ser útiles para comprender la dinámica de esta estrategia de litigación internacional. *Ejemplo 1*: el sujeto que sabe que va a ser demandado ante tribunales de un Estado miembro por haber vulnerado una patente, se apresura y ejercita una acción de “declaración de inexistencia de infracción de la patente” ante los tribunales de otro Estado miembro, tribunales que pueden ser perfectamente incompetentes para conocer de la cuestión. *Ejemplo 2*: una sociedad alemana demandó ante jueces italianos a otra sociedad alemana para que tales jueces declararan que dicho demandante no había utilizado de modo ilícito la marca “Haus & Grund”, que pertenecía a la sociedad demandada. Posteriormente, esta sociedad presentó demanda por vulneración de su marca ante tribunales alemanes. Éstos no pueden conocer hasta que los jueces italianos decidan sobre su competencia (art. 29 RB I-bis). El tribunal italiano se declaró internacionalmente incompetente, pues el domicilio del demandado estaba en Alemania y todos los actos de presunta no-vulneración de la marca habían tenido lugar en Alemania. Pero hasta dicho momento, el procedimiento ante los jueces alemanes permaneció “suspendido”³⁴⁹.
- 3º) *La presunta existencia de mala fe procesal / abuso de derecho*. El demandante que ejercita la *Torpedo Action* sabe perfectamente que los tribunales ante los que ha ejercitado su acción pueden tardar años en resolver el caso y en declararse incompetentes (“*Italian Torpedo Actions*”). Pero sabe también que, mientras tanto, los demás tribunales de los demás Estados

Elsing zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2015, pp. 217-233; M. KLÖPFER, “Die Zukunft der Torpedoklage im europäischen Zivilverfahrensrecht”, *Jahrbuch für italienisches Recht*, 28, 2016, pp. 165-185; M. LEITZEN, “Comeback des ‘Torpedo?’”, *GRUR Int.*, 2004, pp. 1010-1015; U. MAGNUS, “Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO”, en WITZLEB/R. ELLGER/P. MANKOWSKI/H. MERKT/O. REMIEN (HRSG.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, pp. 785-802 (pp. 785-786); P. MANKOWSKI, “Kurzkommentar zu EuGH 19.12.2003 – Rs. C-116/02 (Slg. 2003, I- 14693)”, en *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 439-440; F.M. MORETTI/L. NASCIBENE, “No scent of ‘torpedo’”, *G.C.L.R.*, 2, 2, 2009, pp. 67-73; A. NIEROBA, *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006, pp. 144-145; B. NUNNER-KRAUTGASSER, “Die neue Regelung der ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarungen in der EuGVVO”, *ZJP*, 127, 2014, pp. 461-482 (pp. 464-466); C. NYOMBI/M.O. DICKSON, “Tactical litigation in the post-recast Brussels Regulation era”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 38, 10, 2017, pp. 457-469; C. NYOMBI/M.O. DICKSON, “Replacing lis pendens with forum non conveniens: a viable solution to tactical litigation in the EU?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 38, 11, 2017, pp. 491-500; J. PRITZ, “Torpedos unter Beschuss”, *GRUR Int.*, 2001, pp. 32-37; H. RÜSSMANN, “Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ”, *IPRax*, 1995, pp. 76-80; F. SANDER/S. BRESSLER, “Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union”, *ZJP*, 122, 2009, pp. 157-185; A. STADLER, “Schadensersatzklagen im Kartellrecht: Forum Shopping welcome!: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 21.5.2015, C-352/13”, *JZ*, 70, 23, 2015, pp. 1138-1149; J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: *Forum shopping* y ‘demandas torpedo’”, *CDT*, 2, 2, 2010, pp. 315-331; Id., “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *CDT*, 5, 1, 2013, pp. 184-198; B. SUJECKI, “Torpedoklagen im europäischen Binnenmarkt”, *GRUR Int.*, 2012, pp. 18-23; K. THORN/P. PAFFHAUSEN, “Parallelverfahren nach der Brüssel Ia - VO, oder, ‘Wie man einen Torpedo entschärft’”, en *Trierer Festschrift für Walter F. Lindacher zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 405-429; H. WAIS, “Die Stärkung von Gerichtsstandsvereinbarungen in der Neufassung der EuGVO”, *GPR*, 12, 2015, pp. 142-148; Id., “Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie”, *RabelsZ*, 81, 4, 2017, pp. 815-857; C. WOLF, “Rechtshängigkeit und Verfahrenskonnexität nach EuGVÜ”, *EuZW*, 1995, pp. 365-367; W. WURMNEST, “Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie”, *NZKart*, 5, 1, 2017, pp. 2-10.

³⁴⁹ Ord.Cass Italia 8 junio 2011, *RDIPP*, 2012, p.420.

miembros no pueden conocer del asunto hasta que el lento tribunal ante el que se interpuso la primera demanda resuelva sobre su competencia. La “acción torpedo” consigue paralizar la Justicia. Cierta doctrina ha sostenido que el art. 29 RB I-bis no debe poder utilizarse si la acción que se ejercita en primer lugar es una *Torpedo Action*, por evidente mala fe procesal del demandante. No obstante, ni la jurisprudencia del TJUE ni el legislador europeo han acogido esta tesis que impediría utilizar la excepción de litispendencia recogida en el art. 29 RB I-bis en caso de presunta mala fe procesal del primer demandante.

- 4º) *La respuesta del TJUE y el art. 29 RB I-bis*. Sin embargo, el TJUE ha indicado todo lo contrario. Según el TJUE, el art. 29 RB I-bis resuelve la litispendencia en favor del tribunal que conoce en primer lugar, y no exige que la primera demanda se haya interpuesto ante un tribunal “rápido” o “lento”: eso es indiferente. Y además, el TJUE subraya que el art. 29 RB I-bis reposa sobre el buen hacer de los tribunales de todos los Estados miembros, de modo que impedir las *Torpedo Actions* supondría un “juicio negativo” contra la administración de Justicia de un Estado miembro, lo que no encaja con el principio de confianza entre los Estados miembros que yace en la base del Reglamento Bruselas I-bis³⁵⁰. Resultado: el art. 29 RB I-bis permite, bendice y santifica las *torpedo actions* y así lo ha subrayado el TJUE.

b) La reacción del legislador europeo (2012) contra las “torpedo actions” (art. 31.2-4 RB I-bis)

170. Las *torpedo actions* resultan particularmente dañinas en los casos en los que las partes habían elegido un tribunal competente para futuros y eventuales litigios en virtud del art. 25 RB I-bis y, sin embargo, una parte, con total desprecio del acuerdo de sumisión que ella misma ha firmado, presenta su demanda ante tribunales de otro Estado miembro, muy probablemente con conciencia de que así está vulnerando el acuerdo atributivo de competencia firmado por ella. Se presenta la demanda ante tribunales que carecen de competencia judicial internacional para conocer del caso pero particularmente lentos en declarar su falta de competencia judicial internacional sobre el litigio en cuestión. Y todo ello con propósitos claramente dilatorios. Pues bien, para evitar tales comportamientos, el art. 31.2 RB I-bis, -precepto de nueva creación, antes inexistente en el Reglamento Bruselas I (2000)-, no condena de manera general las *torpedo actions* (A. NUYTS). Sin embargo, dicho art. 31.2 RB I-bis sí que contiene una contramedida (*countermeasure*) para luchar contra las *torpedo actions*.

a’) La solución de la “preferencia cognitiva” del tribunal designado por un acuerdo atributivo de competencia

171. Esta solución se contiene en el art. 31.2 RB I-bis y exige un enfoque analítico:

- 1º) *La preferencia cognitiva*. Dispone el art. 31.2 RB I-bis que, en el caso de que se presente una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el art. 25 RB I-bis, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo. Esto es, el tribunal designado por las partes en virtud de un acuerdo de sumisión goza de “preferencia cognitiva” frente al tribunal al que ha acudido una de las partes y que conoce de la primera demanda. En el caso de que el tribunal designado en el acuerdo de sumisión se declare competente en virtud de dicho acuerdo, los tribunales de los demás Estados

³⁵⁰ STJCE 8 diciembre 1987, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo*, ECLI:EU:C:1987:528; STJCE 27 junio 1991, C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd y otros/New Hampshire Insurance Company*, ECLI:EU:C:1991:279; STJCE 6 diciembre 1994, C-406/92, *Tatry/Maciej Rataj*, ECLI:EU:C:1994:400; STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657, §§ 52-54; STJCE 27 abril 2004, C-159/02, *Turner*, ECLI:EU:C:2004:228, § 30; STJCE 14 octubre 2004, C-39/02, *Maersk Olie & Gas*, ECLI:EU:C:2004:615. *Vid., ad ex.*, también sentencia OLG Hamm 3 diciembre 1993, *IPRax*, 1995, p. 104 (pp. 107 y 108); sentencia BGH 11 diciembre 1996, *BGHZ*, 134, p. 201 (p. 211); sentencia BGH 6 febrero 2002, *RIW*, 2002, p. 393 (p. 394); sentencia OGH 5 agosto 2009, *IPRax*, 2011, p. 277 (p. 279); sentencia OGH 15 julio 2011, *ZfRV*, 2011, p. 268.

- miembros deberán abstenerse en favor de aquél (art. 31.2 RB I-bis). En este supuesto, la litispendencia europea no se resuelve en favor del tribunal ante el que se presenta la demanda en primer lugar, sino en favor del tribunal que ha sido válidamente elegido por las partes (art. 25 RB I-bis). Es decir: “tribunal prorrogado” prevalece sobre “tribunal *prior tempore*”. El tribunal designado por el acuerdo de sumisión conoce del asunto con independencia de que el tribunal no designado ya se haya pronunciado o no sobre la suspensión del procedimiento (Cons. [22] RB I-bis). Esta solución refuerza la previsibilidad del tribunal competente y por ello, la seguridad jurídica preventiva (F. CADET). Con ello, además, se evita la situación que se presentó en la STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657, § 51: una parte que había firmado un acuerdo de sumisión presentó su demanda ante un tribunal distinto del señalado en dicho acuerdo para, así, ganar tiempo hasta que tal tribunal se pronunciara sobre su competencia judicial internacional y bloquear, de tal manera, la efectividad del acuerdo de sumisión.
- 2º) *Requisito mínimo exigido por el art. 31.2 RB I-bis*. Es claro que para que el tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda pueda suspender el procedimiento, es preciso que dicho tribunal tenga constancia de la existencia de una cláusula de sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro. No parece oportuno exigir que el tribunal ante el que ha acudido el demandante tenga que comprobar la validez de la cláusula de sumisión. Es suficiente con que el tribunal acredite la existencia de la cláusula mediante la *exhibición externa* de dicha cláusula o un *principio de prueba* de la misma. Una mera afirmación de demandante en el sentido de que “existe una cláusula de sumisión en favor de otro tribunal de otro Estado miembro” es insuficiente (A. NUYTS, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ).
- 3º) *Objetivos del art. 31.2 RB I-bis*. Con esta regulación se alcanzan varios objetivos (Cons. [22] RB I-bis): (a) Se mejora la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro, pues tales acuerdos, si existen, impiden una *torpedo action* ejercitada ante tribunales de un Estado miembro distintos a los tribunales elegidos; (b) Se evitan las prácticas litigiosas abusivas, es decir las que abusan y sobreexplotan el derecho a la acción para dilatar el proceso y dilatar la precisión del tribunal competente
- 4º) *Límites operativos de la solución de la preferencia cognitiva del tribunal designado por el acuerdo de sumisión*. La solución recogida en el art. 31.2 RB I-bis no es aplicable en estos supuestos:

Primero. Situaciones en las que las partes hayan celebrado acuerdos exclusivos de elección de foro que resulten ser contradictorios. Si existen varios acuerdos válidos de elección de foro, resultaría que si se aplicara el art. 31.2 RB I-bis, el precepto no conduciría a la preferencia cognitiva de “un” tribunal elegido. Por ello, en estos casos, el art. 31.2 RB I-bis no es aplicable (Cons. [22] RB I-bis).

Segundo. Cuando la demanda se ha interpuesto en primer lugar ante un órgano jurisdiccional designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro (Cons. [22] RB I-bis). En tal caso, la solución general a la litispendencia opera ya en favor de la preferencia cognitiva del tribunal designado por las partes y no es preciso corregir esta regla general (art. 31.1 RB I-bis) con la regla especial (art. 31.2 RB I-bis).

Tercero. Naturalmente, si no existe ningún acuerdo válido de elección de tribunal competente, pero se verifica una situación de litispendencia intraeuropea, es aplicable la solución general (art. 31.1 RB I-bis) y son perfectamente posibles las *torpedo actions*.

Cuarto. Para que se active el art. 31.2 RB I-bis es preciso que el acuerdo de sumisión invocado otorgue una “competencia judicial internacional exclusiva”. Es decir, si el acuerdo de sumisión ofrece a las partes la posibilidad alternativa de presentar su demanda ante tribunales de diferentes Estados miembros, el acuerdo de sumisión no es “exclusivo”. En tal caso, el art. 31.2 RB I-bis no es aplicable.

b') Otros datos sobre la litispendencia inter-europea**172.** Diversos aspectos particulares deben subrayarse:

- 1º) *Litispendencia invocada de oficio y a instancia de parte.* La situación de litispendencia se hará valer normalmente a instancia de parte, pues es muy posible que el tribunal no conozca la pendencia de otro proceso ante un tribunal de otro Estado miembro (art. 421 LEC en el caso español). Pero nada impide que el tribunal pueda apreciar de oficio la litispendencia, ante el silencio del Reglamento al respecto.
- 2º) *Coordinación judicial de la situación de litispendencia intraeuropea.* Indica el art. 29.2 RB I-bis que en los casos contemplados en el art. 29.1 RB I-bis, a instancia de un órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio, cualquier otro órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio informará sin demora al primero de la fecha en que se interpuso la demanda de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 RB I-bis.
- 3º) *Definición de asunto "pendiente".* Se considera que un asunto está "pendiente" ante un tribunal, esto es, que un tribunal "conoce de un litigio" (art. 32 RB I-bis): a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para que se entregue al demandado la cédula de emplazamiento, o b) si dicho documento ha de notificarse al demandado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para presentar el documento al órgano jurisdiccional. La autoridad encargada de la notificación a que se refiere la letra b) será la primera autoridad que reciba los documentos que deban notificarse. Por otro lado, los órganos jurisdiccionales o las autoridades encargadas de la notificación, a que se refiere el art. 32.1 RB I-bis, consignarán, respectivamente, la fecha de presentación del escrito de demanda o documento equivalente o la fecha de recepción de los documentos que deban notificarse. Este art. 32 RB I-bis recoge, pues, una noción propia de "pendencia de la Litis" a efectos del Reglamento Bruselas I-bis. No debe acudir, pues, a la Ley del Estado ante cuyos tribunales se presenta la demanda³⁵¹. Un procedimiento ya archivado pero que parece que puede reabrirse con arreglo a las Leyes procesales de dicho Estado no provoca "litispendencia europea"³⁵². La STJUE 22 octubre 2015, C-523/14, *Aannemingsbedrijf*, ha indicado que una demanda ha sido formulada, a los efectos de la litispendencia europea, cuando se ha presentado una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción, aunque no se haya completado todavía la fase de instrucción del asunto controvertido.

173. ➤ *Caso 1. Litispendencia intra-UE.* Una demanda con identidad de objeto, partes y causa, se halla pendiente ante un juez belga desde el 1 enero 2016 y también ante un juez español desde el 1 febrero 2016. Se discute sobre el tribunal o tribunales que deben conocer y/o abstenerse del caso. Solución → El juez español debe, de oficio, suspender el procedimiento a la espera de saber si el juez belga (= tribunal *prior tempore*) se declara competente. Si es así, tendrá garantías de que el juez belga dictará una sentencia susceptible de surtir efectos en España, por lo que se inhibirá en favor del juez belga y se evitará un doble proceso en Bélgica y España.

174. ➤ *Caso 2. Torpedo Action y espacio judicial europeo.* Una empresa con sede social en Hamburgo firma un contrato de venta con una empresa con sede social en Madrid, a ejecutar en Francia. Posteriormente surgen ciertos problemas entre ambas empresas, que se acusan mutuamente de haber incumplido el contrato. Se discute qué empresa puede demandar antes y ante qué tribunales. Solución → Ambas empresas se sienten tentadas a demandar con rapidez porque, de ese modo, determinan el tribunal

³⁵¹ STJCE 7 junio 1984, C-56/79, *Zelger/Salinitri*, ECLI:EU:C:1980:15 (regla *Lex Fori*, válida exclusivamente para el viejo Convenio de Bruselas de 1968).

³⁵² SAP Tarragona 5 marzo 2012 (litispendencia internacional y proceso pendiente en Francia) [CENDOJ 43148370032012100079].

que conocerá del caso (art. 29 RB I-bis). Si la empresa con sede en Hamburgo demanda a la empresa con sede social en Madrid ante los tribunales españoles con arreglo al art. 4 RB I-bis, hará que sean éstos los competentes. La empresa con sede social en Madrid, siente un profundo temor a ser demandada, por lo que puede considerar la posibilidad de demandar primero a la empresa con sede social en Hamburgo ante los tribunales franceses, que son competentes en virtud del art. 7.1 RB I-bis. Por ello, la solución a la litispendencia intra-europea, contenida en el art. 29.3 RB I-bis, en vez de incitar al arreglo extrajudicial del conflicto, potencia la litigiosidad.

175. ➤ *Caso 3. Litispendencia intra-UE.* Dos empresas litigan por el presunto incumplimiento de un contrato internacional de concesión mercantil que carece de pacto de elección de tribunal competente. La empresa con sede social en Viena alega que el contrato es nulo por falta de consentimiento. La empresa con sede social en Valencia precisa que el mismo contrato es anulable por haberlo así pactado las partes. La primera demanda está pendiente ante los tribunales austríacos. La segunda se interpuso ante los tribunales españoles. Es preciso determinar qué tribunal va a conocer del asunto con preferencia. Solución → Según el TJUE, aunque el objeto de los litigios no es idéntico, existe identidad de objeto en sentido europeo, por lo que se trata de un caso de litispendencia y no de conexidad. Los tribunales españoles deben, de oficio, suspender el procedimiento a la espera de saber si los tribunales austríacos se declaran competentes. Si éstos efectivamente se declaran competentes, existirán garantías de que la sentencia austríaca podrá desplegar efectos en España, por lo que los tribunales españoles se inhibirán en favor de los tribunales austríacos. Se evita así un doble proceso en Austria y España.

176. ➤ *Caso 4. Torpedo Action y espacio judicial europeo.* Una empresa española concede una licencia de patente a una empresa italiana para que la explote en Francia y Luxemburgo. La empresa italiana infringe la licencia de patente y la explota también en Suiza y Alemania. La empresa italiana, viendo venir que la empresa española la va a demandar ante tribunales franceses, interpone primero, ante tribunales italianos, una demanda en al que ejercita una acción declarativa negativa por la que insta al tribunal que declare la falta de infracción de la patente por su parte. Se discute qué tribunales van a conocer del asunto. Solución → La empresa italiana interpone su demanda ante tribunales italianos porque sabe que éstos son extraordinariamente lentos. Pueden pasar años antes de que el tribunal italiano decida si es o no es competente para conocer del litigio. Mientras tanto, la empresa italiana ha conseguido “bloquear” la competencia de los tribunales de cualquier otro Estado miembro, que no pueden conocer del pleito hasta que los tribunales italianos decidan sobre su competencia. La empresa italiana ha empleado una “*Torpedo Action*”, permitida por el art. 29 RB I-bis y por el TJUE. La empresa italiana acude ante un tribunal que se va a declarar incompetente pero que, como tardará años en hacerlo, impide, mientras tanto, todo proceso ante los tribunales competentes de los demás Estados miembros. La “*contramedita*” recogida en el art. 31.2 RB I-bis para luchar contra las *torpedo actions* no es aplicable en este caso, pues no existe ningún “acuerdo atributivo de competencia” pactado por las partes.

177. ➤ *Caso 5. Torpedo Action y contramedidas europeas.* La empresa portuguesa (PORT) firma un contrato de licencia de *copyright* con el conjunto español de *rock 'n' roll* (ESP) para poder fabricar sus discos en Portugal. El contrato contiene una cláusula en cuya virtud, en caso de controversia, serán únicamente competentes los tribunales españoles. Expirado el contrato, la empresa PORT continúa explotando el *copyright* y vendiendo los discos de ESP en Portugal. Antes las protestas de ESP, y viendo venir que va a ser demandada ante los tribunales españoles, PORT presenta una demanda declarativa negativa ante los tribunales de Portugal, en la que insta a éstos que declaren la falta de vulneración, por parte de PORT, del *copyright* de los discos de ESP. Presentada esta demanda ante los tribunales de Portugal, los abogados de ESP presentan una demanda por vulneración del *copyright* ante los tribunales de Madrid. ¿Qué tribunales conocerán del caso? Solución → Existe un doble proceso y una situación de litispendencia europea al presentar ambos procesos una clara identidad de partes, objeto y causa. Con arreglo al art. 31.2 RB I-bis, y aunque la demanda se ha interpuesto en primer lugar ante los tribunales portugueses, y posteriormente ante los tribunales de Madrid, los tribunales portugueses deberán suspender el procedimiento hasta que el tribunal español, que había sido elegido como competente por

las partes en virtud de un acuerdo atributivo de competencia, se declare competente o incompetente con arreglo al acuerdo de sumisión *inter partes*. Si el tribunal de Madrid se declara competente en virtud de dicho acuerdo de sumisión, entonces el tribunal portugués deberá abstenerse en favor del tribunal de Madrid. El *forum prorrogatum* vence al *forum prior tempore* (art. 31.3 RB I-bis).

B) La legitimación procesal

a) Legitimación y titularidad del derecho subjetivo

178. La idoneidad para intervenir en un concreto proceso como parte demandante (= “legitimación procesal activa”), o como parte demandada (= “legitimación pasiva”), se rige por la Ley que regula el fondo del litigio (*Lex Causae*)³⁵³.

La legitimación que regula actualmente el art. 10 LEC española es la antes llamada “legitimación *ad causam*”³⁵⁴. Desde el punto de vista del DIPr., la legitimación se rige por la Ley que regula el fondo del asunto. Sin embargo, esta afirmación exige subrayar varios aspectos al respecto.

b) Justificación de la aplicación de la *Lex Causae*

179. Esta solución se explica por un motivo claro (J. FOYER). Existe una conexión muy estrecha entre la “titularidad del derecho subjetivo” y la “legitimación” (*legitimatío ad processum*). Por ello, la Ley que rige dicha “titularidad del derecho subjetivo” debe regular también la “legitimación”³⁵⁵. En caso contrario, se desnaturalizaría la Ley que rige el fondo del asunto. La aplicación de la *Lex Causae* a la legitimación opera tanto en casos de legitimación propia (= la acción se concede al titular del derecho subjetivo), como en casos de legitimación por sustitución (= la tutela judicial se otorga a personas que no son titulares del derecho subjetivo que con la acción pretenden obtener). Así, por ejemplo, en los pleitos de incapacitación, el círculo de personas legitimadas para solicitar dicha incapacitación judicial de una persona, es el que determine la Ley sustantiva reguladora de dicha incapacitación, que es, en el caso de incapaces mayores, la Ley de la residencia habitual del sujeto a incapacitar (art. 9.6 CC). Si dicho sujeto reside habitualmente en Francia, se aplicará a la cuestión el Derecho francés y no el art. 757 LEC, aplicable sólo cuando el Derecho español es aplicable a la incapacitación.

c) Excepciones puntuales en favor de la *Lex fori*

180. Es cierto, sin embargo, que ciertos tribunales han considerado que, en ciertos casos especiales, como aquéllos en los que se discuten “intereses difusos”, la legitimación debe regirse por la *Lex Fori*. Así lo estimó la sentencia del Tribunal de distrito de La Haya de 29 enero 2013 en el caso de una ONG neerlandesa llamada *Milieudéfensie*, que demandó ante tribunales holandeses a varias empresas por daños producidos al medio ambiente como consecuencia de ciertos vertidos de petróleo en la región del Delta del Níger (caso *Shell-Nigeria*)³⁵⁶.

d) Legitimación de personas físicas que actúan por cuenta de personas jurídicas

181. La cuestión de saber si una concreta persona física puede ejercitar una acción en nombre de una persona jurídica se rige por la Ley aplicable a la persona jurídica en cuestión (art. 9.11.II CC)³⁵⁷.

³⁵³ STS 13 enero 2015 [ECLI:ES:TS:2015:181] (accidente aéreo en Alemania); SAP Las Palmas 3 septiembre 2014 (Derecho alemán); SAP Madrid 19 abril 2012 [CENDOJ 28079370202012100371] (accidente en Tanzania); STSJ Cataluña Social 22 junio 2009 (legitimación para reclamar indemnización laboral por parte de heredero); SAP Málaga 12 junio 2006.

³⁵⁴ STS 20 febrero 2006; STS 27 junio 2011; STS 11 noviembre 2011.

³⁵⁵ Con criterio ecléctico: STS 25 junio 2008 (testamento otorgado en Méjico); tampoco es muy clara la SAP Madrid 22 junio 2009 (herencia de causante mejicana).

³⁵⁶ *Vid., ad ex.*, L. ENNEKING, “The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case”, *Utrecht Law Review*, 10, 1, 2014, pp. 44-54.

³⁵⁷ STSJ Cont.-Admtvo País Vasco 10 abril 2006 [JUR 196064].

e) Representación de la persona

182. La cuestión de saber si una concreta persona física puede ejercitar una acción ante tribunales españoles en nombre de otra persona, es una cuestión de “representación”. El sujeto debe exhibir el poder correspondiente, que debe ajustarse a la Ley que lo rige (art. 10.11 CC), y cumplir con las exigencias de legalización o apostilla y traducción a idioma español³⁵⁸.

f) Tratamiento procesal de la legitimación

183. Este aspecto se rige por la *Lex Fori* (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN, O. CACHARD). La Ley procesal española regulará la *necesidad* de acreditación de la legitimación y el *momento procesal* para ello. Aunque la legitimación constituye, sin duda, una cuestión perteneciente al fondo del asunto (*lex causae*), la legitimación opera como un presupuesto preliminar del proceso que debe examinarse con carácter previo al auténtico fondo del asunto³⁵⁹. Ello significa que la cuestión de la legitimación debe resolverse en la sentencia que solventa el fondo del asunto. Sin embargo, la cuestión de la legitimación debe resolverse de manera preliminar a todas las demás cuestiones de fondo. No se resuelve en la audiencia previa del juicio ordinario ni tampoco en la vista de los juicios verbales³⁶⁰. Debe recordarse que la legitimación no es una excepción procesal.

g) Legitimación activa

184. La *efectividad* del derecho al resarcimiento de todos los daños anticompetitivos requiere “una acción suficientemente abierta para la víctima”³⁶¹.

³⁵⁸ STSJ Cont.-Admto País Vasco 10 abril 2006 [JUR 196064].

³⁵⁹ STS 15 enero 2014 [CENDOJ 28079110012014100018]; STS 2 julio 2008 [CENDOJ 28079110012008100705]; STS 28 diciembre 2012 [CENDOJ 28079110012012100758].

³⁶⁰ STS 2 abril 2014 [CENDOJ 28079110012014100152]; STS 2 abril 2012 [CENDOJ 28079110012012100267]; STS 30 abril 2012 [CENDOJ 28079110012012100266]; STS 9 diciembre 2010 [CENDOJ 28079110012010100805].

³⁶¹ S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 563. *Vid., ad ex.*, también J. BORNKAMM, “Wem stehen zivilrechtliche Ansprüche bei Kartellverstößen zu?”, en P. BEHRENS/M. HARTMANN-RÜPPEL/J. HERRLINGER (HRSG.), *Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder*, Baden-Baden, 2010, pp. 51-64; M. BOTTA, “Commission acting as plaintiff in cases of private enforcement of EU competition law: Otis: case C-199/11, European Commission v. Otis NV and others, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 November 2012”, *C.M.L.Rev.*, 50, 4, 2013, pp. 1105-1117; I. BRINKER/J. CHRISTOPH, “Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs für ‘jedermann’?”, en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 69-80; D. CANAPA/P. HAGER, “Right to the European Union to claim compensation before a national court against the member of a cartel: case C-199/11 *Europese Gemeenschap v. OTIS NV and others*, judgment of 6 November 2012, not yet reported”, *M.J.*, 20, 1, 2013, pp. 113-119; L. COUTRON, “Concurrence et procès équitable: la Commission peut, elle aussi, demander réparation du préjudice causé par une entente qu’elle a constatée (CJUE gde ch., 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap, Communauté européenne, c/ Otis NV e.a.*, C-199/11)”, *Rev.trim.dr.eur.*, n° 2, 2013, pp. 316-320; L. CRAIG/D. LAWNE, “European private enforcement: the claimant’s perspective”, en I. KNABLE GOTTS (ED.), *The private competition enforcement review*, 8ª ed., London, Law Business Research, 2015, pp. 14-29; J. KESSLER, “Cui bono? Schadensersatzansprüche der Verbraucher im Kartellrecht”, *VuR*, 22, 2, 2007, pp. 41-47; Id., “Die europäische Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht: cui bono?”, *VuR*, 30, 3, 2015, pp. 83-91; G. KLUMPE/T. THIEDE, “Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand einer europäischen Kartellschadenrichtlinie aus Sicht der deutschen Praxis. Teil 1, Einführung, Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden”, *ÖZK*, n° 4, 2016, pp. 137-143; J. MARCOS RAMOS/D. MUHEME, “The Brussels Court judgment in *Commission v elevators manufacturers*, or, The story of how the Commission lost an action for damages based on its own infringement decision”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 9, 2015, pp. 384-390; G. MONTI, “Anticompetitive agreements: the innocent party’s right to damages”, *Eur.L.Rev.*, 27, 3, 2002, pp. 282-302; P. OUART, “Les victims”, en *Mélanges en l’honneur de Philippe Léger*, 2006, pp. 445-454; F. STANCKE, “Die Betroffenheit und Aktivlegitimation im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen”, *NZKart*, 5, 12, 2017, pp. 636-642; E.C. TUDOR, “Legitimación de la Comisión Europea para ejercitar acciones de daños por ilícitos anticompetitivos: sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto *Europese Gemeenschap/Otis NV y otros*”, *RCD*, n° 12, 2013, pp. 231-139; D.A. ZETZSCHE, “‘Jedermann’ ist jedermann: zum Schadensersatz des Aktionärs einer durch Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geschädigten AG: zugleich Besprechung von OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.07.2014, VI U (Kart) 22/13, *Telegate/Telekom*”, *WuW*, 66, 2, 2016, pp. 65-70.

185. Está legitimada para interponer una acción por daños anticompetitivos cualquier *víctima* de éstos, con independencia de que se trate de una persona física o jurídica³⁶². La Directiva 2014/104/UE se refiere claramente a las *víctimas o perjudicados*, cuando señala que:

- “La presente Directiva establece determinadas normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o de una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación [...]” (art. 1.1.).
- “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: [...] 6) ‘parte perjudicada’: la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia [...]” (art. 2).
- “Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio” (art. 3.1).
- “[...] los Estados miembros velarán por que [...] el resarcimiento de daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido [...]” (art. 12.1).

186. Es habitual que las personas legitimadas para interponer una acción civil por daños anticompetitivos transfieran los créditos litigiosos a *terceros* para que éstos sean quienes efectivamente actúen ante los tribunales. Se trata de empresas (*ad ex.*, CDC) que valoran las posibilidades de éxito procesal y, en su caso, aceptan de las víctimas o de sus causahabientes la transferencia de tales derechos. A cambio, se quedan, en caso de victoria ante los tribunales, con una parte de la indemnización otorgada. La *cesión de créditos litigiosos* para el ejercicio de acciones colectivas por daños anticompetitivos no es, por sí misma, inmoral ni contraria al orden público³⁶³.

187. Dentro de la categoría de *víctimas* de un ilícito concurrencial (*der Kreis der Anspruchsberechtigten*), cabe distinguir distintos tipos:

a’) Los clientes directos

188. Los *clientes directos* de las empresas integrantes del cártel o de las responsables del abuso de posición dominante (*Unmittelbare Abnehmer des Rechtsverletzers*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos: “Las infracciones del Derecho de la competencia suelen referirse a las condiciones y al precio a que se venden los bienes o servicios y provocan un sobrecoste y otros perjuicios a los clientes de los infractores [...]” (Considerando [43] de la Directiva 2014/104/UE). En efecto, la Directiva de daños anticompetitivos dispone que los *clientes o compradores directos* de los infractores de las normas de libre competencia de la UE tienen derecho a interponer una acción ante los tribunales para que éstos ordenen que se reparen todos los daños que les haya causado tal infracción³⁶⁴. Se define al “comprador directo” como “una persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia” (art. 2.23 de la Directiva 2014/104/UE). Existe una muy buena razón para que se les reconozca el *ius standi* en este tipo de acciones: los clientes directos representan la contraparte del mercado

³⁶² *Vid.*, *ad ex.*, J. BORNKAMM, “Cui malo? Wem schaden Kartelle?”, *GRUR*, 2010, pp. 501-506; S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 561-575 (pp. 563-568); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 71-78.

³⁶³ *Vid.*, *ad ex.*, F. KAINER/J. PERSCH, “Die CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf: Kollektiver Rechtsschutz und europarechtliches Effektivitätsprinzip – Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, WuW 2015, 505 – Zementkartell-Sammelklage –”, *WuW*, nº 1, 2016, pp. 2-7.

³⁶⁴ J. DREXL, “Zur Schadenersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldelikt-recht”, en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, München, 2007, pp. 1339-1365.

del infractor (*die Marktgegenseite des Rechtsverletzers*); es decir, se ven directamente afectados como contrapartes en el lado de la demanda del respectivo mercado³⁶⁵.

189. Cuando existen *acuerdos horizontales* entre competidores participantes en un mismo cártel, los clientes de las empresas que intervienen en él resultan perjudicados; porque la transacción celebrada con cualquiera de ellos está influenciada por lo que se haya dispuesto en el cártel, hasta el punto de que ciertos efectos (como, *ad ex.*, precios altos) no pueden explicarse sin él³⁶⁶.

190. Cuando se trata de *acuerdos verticales* que no pueden beneficiarse de una exención por categoría ni de una exención individual en virtud del art. 101.3 TFUE, se considera “víctimas” de daños anticompetitivos o “perjudicadas” a las empresas sobre las que recaen obligaciones de exclusividad (*Ausschliesslichkeitsbindungen*) o relativas a precios de reventa (*Preisbindungen*) que no son legales³⁶⁷. Por otra parte, este tipo de acuerdos puede causar daños a empresas al margen del sistema de distribución de una empresa (*outsiders, Aussenseiter*), cuando éste discrimina a (potenciales) distribuidores, a los que se rechaza por causas no objetivas³⁶⁸.

191. ➤ *Caso 1. Sistema de descuentos abusivos constitutivo de abuso de posición dominante y pago de intereses: el caso Rocca (2015)*. Rocca Transports era una sociedad especializada en el transporte de mercancías entre el continente francés y Córcega. Utilizaba mayoritariamente al transportista Société Nationale Maritime Corse Méditerranée (SNCM), que operaba en el puerto de Marsella. Desde 2010, SNCM implantó un sistema de descuentos, cuya finalidad era la de captar un volumen de transportes que se realizaban especialmente desde el puerto de Toulon. Rocca, que no se benefició de este *sistema de descuentos*, consideró que era *discriminatorio y abusivo*; puesto que: *En primer lugar*, acabaría por favorecer a los transportistas por carretera que se comprometiesen a aumentar el volumen de ventas confiado a la SNCM, que se beneficiarían de descuentos sobre la totalidad del mencionado volumen; mientras que otros transportistas que confiarían, sin embargo, a la SNCM un volumen más importante no se beneficiarían del sistema de descuentos, por el único motivo de que no aumentarían su volumen de mercancías confiado a la SNCM. *En segundo lugar*, este sistema de descuentos acabaría por perjudicar a los transportistas por carretera que, habían adquirido ya una cierta talla, para los cuales era más difícil que se produjese un aumento importante del volumen de mercancías a transportar. Rocca pretendió sin éxito que SNCM le pagase los daños y perjuicios que su comportamiento le había causado. Solución → La sentencia de la *Cour d'appel* de París, ch. 5-5, 22 octubre 2015, le reconoció a Rocca el derecho a que se le indemnizase por el *lucro cesante* y a que se le abonasen *intereses por demora*. Como se trataba de una

³⁶⁵ C. ALEXANDER, *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 726; F.W. BULST, “Zum Manfredi-Urteil des EuGH”, *ZEuP*, 2008, p. 187; H. MICKLITZ, “Rechtsprechung zum Europäischen Verbraucherrecht: Vertrags- und Deliktsrecht”, *EWS*, 2008, pp. 353-369 (p. 366); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁶⁶ F.W. BULST, “Zum Manfredi-Urteil des EuGH”, *ZEuP*, 2008, pp. 179-180; P. GRUBER, “Versicherungskartelle und Schadenersatz - Neues vom EuGH”, *RdW*, 2007, p. 16; E. KIESSLING, “Neues zur Schadensabwälzung”, *GRUR*, 2009, pp. 733-739 (pp. 735-736); H. KÖHLER, “Kartellverbot und Schadensersatz”, *GRUR*, 2004, pp. 99-103 (102); T. LÜBBIG, “Die zivilprozessuale Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche durch die Abnehmer eines kartellbefangenen Produktes”, *WRP*, 2004, pp. 1254-1260 (p. 1257); G. WAGNER, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe?”, *AcP*, 206, 2006, pp. 406-407; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁶⁷ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 74. Sobre los *acuerdos verticales*, *vid.* Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión de 20 abril 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L 102 de 23 abril 2010, y las Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 130 de 19 mayo 2010. Sobre esta normativa, *vid.*, *per omnia*, S. NOLTE, “Vertikale Kooperationsformen”, en LANGEN/BUNTE, *Kartellrecht: Kommentar*, Band 2 (*Europäisches Kartellrecht*), 13ª ed., Köln, Luchterhand Verlag, 2018, pp. 339-406.

³⁶⁸ R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 108; M. KLING/S. THOMAS, *Kartellrecht*, München, Vahlen, 2007, pp. 786-787; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 74; W. WURMNEST, “Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot”, *RIW*, 2003, pp. 896-900 (pp. 897-898, 900).

acción autónoma (*stand-alone action*), el tribunal francés tuvo que verificar, ante todo, si SNCM tenía *posición dominante*. La *Cour* respondió afirmativamente, apoyándose en alguna decisión de la *Autorité de la Concurrence* dictada en otro asunto, de varios estudios económicos públicos y privados y de algunos documentos privados utilizados por las propias partes. Después, la *Cour* reprodujo los dos argumentos esgrimidos por Rocca y consideró, por tanto, que la SNCM había establecido así un sistema anticompetitivo (*un système de remise discriminatoire et anticoncurrentiel*), abusando de su posición dominante y de la dependencia económica de Rocca. Ésta tuvo una *victoria pírrica*. Pretendía que se le pagase, como indemnización, 1.300.000 euros; pero la *Cour d'appel* le reconoce sólo el derecho a 50.000 euros más los intereses. Según el tribunal francés, la *valoración del daño* debía hacerse de la siguiente forma: 1º) Rocca alegaba que había perdido cuatro clientes a causa de las tarifas más interesantes practicadas por transportistas rivales que se habían beneficiado de los descuentos; sin embargo, Rocca no aportó ninguna prueba con respecto a las tarifas que habían fijado estos últimos y que habrían determinado la elección de estos clientes: como consecuencia de ello, Rocca no demostró que tales transportistas hubiesen practicado condiciones tarifarias más interesantes con clientes que antes eran suyos. 2º) Rocca había sido perjudicada desde el punto de vista de la competencia; ya que, al tener costes superiores, había perdido una oportunidad para adquirir nuevos clientes. El tribunal fijó el valor de este perjuicio en 50.000 euros. 3º) Finalmente, ordenó que SNCM pagase los *intereses legales* desde el 13 noviembre 2012 y su capitalización conforme al art. 1154 del *Code civil*. Un comentarista (R. AMARO) ha apuntado los siguientes datos: a) El tribunal pudo elegir teóricamente entre varios momentos posibles para el *inicio del cómputo de los intereses*: la fecha de la comisión del cártel o del abuso de posición dominante, la fecha del cese de la práctica anticompetitiva (como hizo la *Cour d'appel* en este caso concreto) o la fecha en que una decisión judicial es dictada o se convierte en firme. b) El hecho de que hubiesen transcurrido casi tres años entre la fecha del cese de la conducta anticompetitiva y la sentencia en apelación no es significativo en este caso concreto, visto las bajas tasas de interés durante esos años, pero puede ser muy importante en el caso de cárteles secretos de mucha mayor envergadura y duración que la conducta antitrust que tuvo que juzgar el tribunal francés. c) El sistema de *capitalización de los intereses* propio del art. 1154 del *Code civil* exige que, cada año, los intereses legales se calculen sobre el importe del crédito inicial más los intereses capitalizados. En definitiva, esta sentencia refleja “una práctica decisoria favorable al acreedor que adopta un relieve particular al ser más conforme con el principio de reparación integral tal como es interpretado en el Derecho de la Unión (R. AMARO)³⁶⁹ (Sentencia *Cour d'appel* de París, ch. 5-5, 22 octubre 2015, *SARL Rocca Transports c/ Société Nationale Maritime Corse Méditerranée [SNCM]*, RG nº 14/03665)³⁷⁰.”

192. ➤ *Caso 2. Negativa a reparar el daño a una consumidora: el caso Vauchelin (2017)*. Repitiendo una mítica frase de MARGARET THATCHER (“*I want my money back*”) ante la prensa, DOMINIQUE VAUCHELIN, una consumidora de 53 años residente en Reims (Francia), dio a conocer al público su intención de demandar a varias multinacionales (Colgate Palmolive, Henkel, Unilever y Procter & Gamble) y a un distribuidor. Las primeras habían sido condenadas por un cártel de precios por la Autoridad Francesa de la Competencia en 2014 (decisión *Autorité de la concurrence* 18 diciembre 2014, nº 14-D-19, *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps*). La señora EMMANUEL LUDOT, abogada, a la que alguna prensa local consideraba “un as de la provocación”, y defensora de la señora VAUCHELIN, declaró a los medios de comunicación social que su cliente había pagado, entre 2003 y 2006, un sobrepago de más de 2.000 euros sobre sus compras de líquido limpiavajillas, dentífrico, geles de ducha y otros productos de higiene y mantenimiento. Tras interponer la demanda de reparación de daños anticompetitivos en el tribunal equivocado (el de Reims) en lugar del tribunal competente (el tribunal de gran instancia de Lille), se creó una cierta expectativa alimentada por la prensa local, que veía la potencialidad del caso (se empieza por el precio de los productos de higiene y luego se sigue por el precio de los pollos), y se llegó finalmente al Tribunal de gran instancia de Lille, que debería

³⁶⁹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, p. 259.

³⁷⁰ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 258-259).

resolver el fondo del asunto: si indemnizaba por daños anticompetitivos a una consumidora. Solución → La sentencia *Tribunal de grande instance de Lille*, ch. 01, 6 junio 2017, *Mme Vauchelin c/ sociétés Colgate Palmolive, Henkel et al.*, RG 15/10938, desestimó la demanda. Consideró que la demandante no había probado con precisión el daño que se le había causado ni que hubiera adquirido los productos con sobrecoste durante los años que duró el cártel. Era evidente para el tribunal que no podía considerarse que los testimonios de dos hijos de la demandante, declarando que vieron comprar a su madre esos productos en grandes almacenes durante ese período de tiempo, fuesen suficientes (sentencia *Tribunal de grande instance de Lille*, ch. 01, 6 junio 2017, *Mme Vauchelin c/ sociétés Colgate Palmolive, Henkel et al.*, RG 15/10938)³⁷¹. Hay quien ha observado, yendo más allá de lo anecdótico del caso, lo difícil que resulta esperar que un *consumidor* cualquiera guarde durante años las facturas por cantidades pequeñas de productos adquiridos en grandes superficies comerciales y se ha preguntado si veremos, algún día, que se indemnice por daños anticompetitivos a un consumidor, al menos mientras no cambien las reglas de fondo y de procedimiento (R. AMARO)³⁷².

b') Los proveedores de los monopolistas

193. Los *proveedores* de los monopolistas (*Unmittelbare Zulieferer des Rechtsverletzers*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos: “[...] *La infracción también puede referirse a los suministros del infractor (por ejemplo, en el caso de un cártel de compras). En esos casos, el daño emergente puede derivarse de un precio inferior pagado por los infractores a sus proveedores. En consecuencia, debe aplicarse a esos casos la presente Directiva [...]*” (Considerando [43] de la Directiva 2014/104/UE). Se les reconoce el *ius standi* en las acciones civiles contra daños anticompetitivos; porque los proveedores directos de los monopolistas representan la contraparte del mercado del infractor (*die Marktgegenseite des Rechtsverletzers*); es decir, se ven directamente afectados como contrapartes en el lado de la oferta en el mercado relevante³⁷³.

194. Las razones por las que están legitimados para interponer demandas civiles de reparación de daños antitrust son, *mutatis mutandis*, las mismas que se han expuesto con respecto a los clientes directos de los cartelistas.

c') Los competidores de los monopolistas

195. Los *competidores* de los monopolistas (*Wettbewerber des Rechtsverletzers*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos; es decir, los competidores de las empresas infractoras del Derecho antitrust europeo (= todas las empresas que operan, como oferentes o demandantes, en el mismo mercado relevante material, espacial y temporal); puesto que, con el cártel o el abuso de posición dominante, se les impidió el acceso al mercado o se les hizo más difícil el acceso o la permanencia en él (A. WOLF)³⁷⁴. Ante la falta de definición legal, podría considerarse *competidor* (*real o*

³⁷¹ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, n° 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 218-219).

³⁷² R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, n° 4, 2017, p. 219.

³⁷³ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁷⁴ *Vid., ad ex.*, G. AFFERNI/F. BULST, “Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche von Verbrauchern”, *ZEuP*, 2005, pp. 144-161 (p. 157); F.W. BULST, “Zum *Manfredi*-Urteil des EuGH”, *ZEuP*, 2008, p. 187; *Id.*, “Of arms and armour – The European Commission’s White Paper on damages for breach of EC Antitrust Law”, *Bucerius Law Journal*, 2008, pp. 81-95 (p. 84); A. GÖRNER, *Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB*, Köln, Heymann, 2008, pp. 194, 216-218 y 234; R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 42; M. KLING/S. THOMAS, *Kartellrecht*, München, Vahlen, 2007, p. 784; L. PROSPERETTI, “Estimating damages to competitors from exclusionary practices in Europe: a review of the main issues in the light of national courts’ experience”, en G. CAGGIANO/G. MUSCOLO/M.A. TAVASSI (Ed.), *Competition law and intellectual property: a European perspective*, Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 239-258; F. STANCKE, “Aktivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 198-219; G. WAGNER, “Prävention und Verhaltenssteuerung

actual) a “toda empresa que, con una o con más empresas, como oferente o demandante de mercancías o servicios, mantiene una concreta relación competitiva” (= dos empresas son competidoras reales cuando operan en un mismo mercado relevante) (F. STANCKE)³⁷⁵; mientras que se considera que una empresa es un *competidor* (*supuesto, futuro o potencial*) de otra empresa, si es probable que, mediante un aumento pequeño pero sostenido de las inversiones adicionales, realizado en un corto período de tiempo, cubra costo de conversión que se requiriera para ingresar al mercado relevante en el que opera la otra compañía (F. STANCKE)³⁷⁶.

196. ➤ *Caso 1. Lucha en el mercado de las telecomunicaciones: el caso Global One (1998).* Conforme a los arts. 81.1 TCE y 81.3 TCE, la Comisión autorizó un cártel entre empresas de telecomunicaciones que querían operar en Alemania (la fusión entre Atlas y Global One), si bien subordinándolo al cumplimiento de determinadas condiciones (*vid.* Decisión de la Comisión de 17 julio 1996 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE [Asunto nº IV/35.337 – *Atlas*], DOCE L 239 de 19 septiembre 1996; Decisión de la Comisión de 17 julio 1996 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE [Asunto nº IV/35.617 - *Phoenix/GlobalOne*], DOCE L 239 de 19 septiembre 1996). Era claro, por tanto, que hasta que se cumplieran las condiciones suspensivas diciembre 1996), el cártel seguiría estando prohibido y los contratos subyacentes serían nulos. Sin embargo, desde febrero 1996, *Global One* ofreció sus servicios en Alemania (transmisión de datos, telefonía, transmisión de imágenes), intentando así quitar clientes a las empresas competidoras cuanto antes. Una de ellas demandó a *Global One* por daños anticompetitivos. ¿Tenía ésta derecho a solicitar la indemnización por los daños que el comportamiento de *Global One* le causara? Solución → La sentencia OLG Düsseldorf 16 junio 1998 – U (Kart) 15/97– *Global One*, reconoció el derecho de la empresa demandante, que era el principal competidor de *Global One* en Alemania, a solicitar que se constataste la existencia de daños anticompetitivos: la demanda declarativa de daños (*die Schadenersatzfeststellungsklage*) era admisible (§ 256 Abs. 1 ZPO) y estaba justificada. El OLG Düsseldorf dejó muy claro que: (a) Si los integrantes del cártel lo ponían en práctica antes de la fecha desde la que la Comisión había autorizado su unión comercial, lo harían bajo su cuenta y riesgo: No se protegería su creencia (errónea) de que finalmente la exención sería incondicional o, incluso, retroactiva. (b) Según la legislación alemana, las reclamaciones de indemnización en virtud del § 823 (2) BGB pueden ser interpuestas en tales supuestos por quienes se ven directamente afectados por la práctica temprana del cártel. Éste es el caso de los participantes del mercado que mantienen con los cartelistas una relación competitiva concreta. (c) La demanda declarativa de daños alcanzaría a todos aquellos que se hubiera producido en Alemania (no fuera de ella) y antes de que se cumpliera la condición suspensiva (no después). (d) El OLG observó cómo la demanda se había ceñido a las acciones del acusado en Alemania para justificar, de este modo, la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes y la aplicabilidad de la ley alemana (sentencia OLG Düsseldorf 16 junio 1998 – U (Kart) 15/97– *Global One*)³⁷⁷.

197. ➤ *Caso 2. El caso Outremer Telecom (2015 y 2017).* Se interpuso una *follow-on action* para que se reparasen los daños causados por varios comportamiento anticompetitivos, sobre todo el abuso de posición dominante, después de que hubiera una decisión administrativa de condena, según la cual la antigua France Télécom (luego, Orange) y su filial Orange Caraïbe habían concluido un acuerdo colusorio (art. 101 TFUE y art. L 420-1 C. com.) y realizado un abuso de posición dominante (art. 102 TFUE

durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe?”, *AcP*, 206, 2006, pp. 352-476 (p. 406); H. WEYER, “Schadenersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht”, *ZEuP*, 2003, pp. 318-344 (p. 327); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁷⁵ F. STANCKE, “Aktivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadenersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 201.

³⁷⁶ F. STANCKE, “Aktivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadenersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 201.

³⁷⁷ Sentencia OLG Düsseldorf 16 junio 1998 – U (Kart) 15/97– *Global One*. *Vid.* “EG-kartellrechtliche Konkurrentenklage auf Schadenersatz und Auskunftserteilung”, *WuW*, 7-8, 1998, pp. 713-719, WUW0199271, WuW/E DE-R 143.

y art. L. 420-2 al. 1 C.com.) en el mercado de telefonía móvil de las Antillas y Guyana (decisión *Conseil de la concurrence*, nº 9-D-36 de 9 diciembre 2009). Outremer Telecom era una empresa competidora de France Télécom (que se convertiría en Orange), que pretendía que se condenase solidariamente a France Télécom y a Orange Caraïbe a reparar los daños anticompetitivos causados, que ella valoraba en alrededor de 75 millones de euros. Solución → El *Tribunal de commerce*, finalmente, estimó daños y perjuicios por un valor aproximado de 7,88 millones de euros, más los intereses de actualización, y 100.000 euros de gastos de procedimiento que se le deberían abonar (art. 700 Code de Procédure Civile). Como *lucro cesante*, el tribunal francés apreció el cierre de partes del mercado de telefonía móvil a consecuencia de la política comercial agresiva de France Télécom que ésta había desarrollado a través de ofertas de fidelización (3,39 millones de euros) y ventajas tarifarias (0,28 millones de euros). Cabe señalar que el tribunal no consideró oportuno indemnizar el *daño moral*, no contemplado por la Directiva 2014/104/UE; pero que puede repararse por el Tribunal, si la ley estatal aplicable al fondo del asunto lo contempla y, en el caso concreto de que se trate, concurren los requisitos para ello (Sentencia *Tribunal de commerce* París, 15^o ch., 16 marzo 2015, *SAS Outremer Telecom c/ SA Orange Caraïbe et SA Orange [anciennement SA France Télécom]*, RG nº 2010073867)³⁷⁸. Se interpuso recurso contra esta resolución judicial, que fue resuelto por la sentencia de la *Cour d'Appel* de París, ch. 5-4, 10 mayo 2017, RG 15/05918, *SA Orange Caraïbe et SA Orange c/ SAS Outremer Télécom*, que confirmó en parte la decisión del Tribunal de comercio de París: redujo el número de prácticas que consideró anticompetitivas y sólo condenó a Orange Caraïbe al pago de daños e intereses³⁷⁹. Merece destacarse que la *Cour d'Appel* de París enfatizó que el derecho a la reparación no sólo comprende el *daño emergente* y el *lucro cesante*, sino también el *pago de interes*. Recordó que, según la jurisprudencia del TJUE, la reparación íntegra del daño anticompetitivo debe incluir la compensación de los efectos negativos que resultan del transcurso del tiempo desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción (“[...] *le dommage subi par une entreprise continue a produire un effet, dès lors que, dans l'attente de son indemnisation, l'entreprise concernée reste privée de la trésorerie dont elle aurait disposé en l'absence des fait dommageables.*”); es decir, la *Cour d'Appel* de París distinguió entre la compensación de la *erosión monetaria* y el lucro cesante causado por la *indisponibilidad del capital*.

Por otra parte, la *Cour d'Appel* parisina precisó sobre quién recaía el *onus probandi*: Es la víctima, que desea obtener reparación de un perjuicio que se corresponde con el *coste medio del capital*, quien tiene que aportar la prueba del *lucro cesante* que deriva directamente de la no disponibilidad de la cantidad correspondiente a la reparación del perjuicio, dejando a parte el tema de la *actualización*: Dicho con los términos empleados por la propia *Cour d'Appel* de París, si la supuesta víctima del daño anticompetitivo desea ser indemnizada conforme al *coste medio ponderado del capital* (en inglés, *Weighted Average Cost of Capital, WACC*), tendrá que demostrar que la “*disponibilité des sommes dont elle a été privée l'a conduite, soit à restreindre son activité sans pouvoir trouver des financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, soit à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen du capital*”. Si no prueba una restricción de actividad o una renuncia a inversiones, la “solución por defecto” (“*solution par défaut*”) (R. AMARO)³⁸⁰, sería la aplicación del *tipo de interés legal*, que, en palabras de la *Cour d'Appel* de París, es un interés “*correspondant à un placement sans risque*”.

En este caso concreto, no era suficiente con invocar perspectivas generales y vagas de desarrollo de su actividad (“*perspectives générales et vagues de développement de son activité*”). Lo que Outremer Télécom debió haber hecho es acreditar proyectos precisos y resultados de inversiones (“*projets précis et aboutis d'investissements*”) a los que habría tenido que renunciar por causa de las prácticas anticompetitivas padecidas.

³⁷⁸ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 256-257).

³⁷⁹ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 215-218).

³⁸⁰ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, p. 217.

198. ➤ *Caso 3. El caso DKT (2015 y 2017).* Se interpuso una *follow-on action* para que se reparasen los daños causados por varios comportamientos anticompetitivos, sobre todo el abuso de posición dominante, después de que hubiera una decisión con compromisos (*décision d'engagements*) (decisión *Autorité de la Concurrence*, nº 10-D-29 de 27 septiembre 2010). La empresa DKT pretendía la reparación de los daños y perjuicios que se le habían causado, que ella cifraba en torno a 2.3 millones de euros. Solución → Dos datos cabe destacar de cómo soluciona este caso el Tribunal de comercio de París (R. AMARO): *Primero*: El Tribunal se apoyó en la decisión con compromisos de la Autoridad Nacional de la Competencia francesa y, *de facto*, deduce de ella que las dos empresas demandadas cometieron abusos de posición dominante. De ahí, el razonamiento del tribunal sigue la denominada *concepción monista* del ilícito civil; es decir, si hay un ilícito concurrencial, éste es *necesariamente* también un ilícito civil (= un hecho generador de un daño que debe ser reparado): “[...] un préjudice s’infère nécessairement de ces pratiques”³⁸¹. El principal daño anticompetitivo era, sin duda, la exclusión de que había sido objeto DKT en el mercado de reciclado de materiales plásticos. En total, el Tribunal de comercio impuso a las dos demandadas una indemnización de 350.000 euros, más 50.000 euros en virtud del art. 700 Code de Procédure Civile. *Segundo*: El Tribunal estimó tres conceptos indemnizables (aparte de las costas procesales): el *daño emergente*, el *lucro cesante* y, cosa poco frecuente en litigios relativos a conductas anticompetitivas, el *daño moral*, derivado de la pérdida de reputación de DKT, que valoró en 350.000 euros (Sentencia Tribunal de commerce París, 15^e ch., 30 marzo 2015, *SARL DKT International c/ SA Éco-Emballages et Valorplast*, RG nº J2012000109)³⁸². Interpuesto recurso, la sentencia de la *Cour d’appel* de París, ch. 5-4, 20 diciembre 2017, *SA SREP (annciennement SA Eco-Emballages) et SA Valorplast c/ SARL DKT International*, RG 15/07583³⁸³, anuló la resolución judicial impugnada y desestimó todas las pretensiones de la demandante. En opinión de la *Cour d’appel* de París, no se había perpetrado ningún abuso de posición dominante. A los efectos que ahora nos interesan, tres datos llaman la atención. *Primero*: Existe un claro antagonismo entre la sentencia de instancia y la sentencia de apelación. *Segundo*: El Tribunal de apelación francés reduce el valor probatorio que pueda tener una decisión que apruebe unos compromisos entre las partes implicadas al de un mero indicio, entre otros posibles, de un comportamiento anticompetitivo. *Tercero*: La *Cour d’appel* de París no menciona siquiera, probablemente porque había sido dictada apenas un mes antes, la STJUE 23 noviembre 2017, C-547/16, *Gasorba y otros*, ECLI:EU:C:2017:891, que precisamente se pronunció sobre la decisión mediante la cual la Comisión Europea declara obligatorios los compromisos asumidos por una empresa y el alcance del carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales de una decisión de la Comisión relativa a tales compromisos³⁸⁴.

d’) Los clientes indirectos de los monopolistas: *passing-on defense*

199. Los *clientes indirectos* de los monopolistas (*indirect purchasers, indirect customers, Mittelbare Abnehmer auf nachgelagerten Wirtschaftsstufen*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos³⁸⁵: “[...] los Estados miembros velarán por que [...] el resarcimiento de

³⁸¹ Sobre la *concepción monista*, *vid.* el epígrafe III, 6, B.

³⁸² *Concurrences*, nº 3, 2015, p. 154. Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 256-257); B.C. BECKER, “Faktische Bindungswirkung kartellbehördlicher Zusagenentscheidungen zu Gunsten von follow-on-Schadensersatzklägern: das Urteil des Tribunal de commerce de Paris im Fall DKT v. Eco-Emballages als Türöffner für private Schadensersatzklagen?”, *NZKart*, 4, 2, 2016, pp. 58-64.

³⁸³ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, nº 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 231-232).

³⁸⁴ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, nº 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 228-229); J. HARTLIEB, “Kartellrecht: Verpflichtung zur Überprüfung von Wettbewerbsregeln für Vereinbarungen”, *EuZW*, 2018, pp. 46-48; E. PAULUS, “Safe Harbor durch Verpflichtungsentscheidung der Europäischen Kommission?”, *ÖZK aktuell*, 2017, pp. 236-237. (DE).

³⁸⁵ F. CENGİZ, “Antitrust Damages Actions: Lessons from American Indirect Purchasers’ Litigation”, *ICLQ*, 59, 1, 2010, pp. 39-63; J. DREXL, “Zur Schadensersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht”, en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, München, 2007, pp. 1339-1365; E. EKLUND, “Indirect purchasers: is there anything new in the Directive?: an introductory overview of the current and future status of

daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto [...]” (art. 12.1 de la Directiva 2014/104/UE). Se define al “comprador indirecto” como una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos” (art. 2.24 de la Directiva 2014/104/UE).

200. Ahora bien, con el fin de evitar la *sobrecompensación*, los Estados miembros están obligados a adoptar “*las disposiciones procesales adecuadas para garantizar que el resarcimiento por el daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio por el sobrecoste sufrido a ese nivel*” (art. 12.2 de la Directiva 2014/104/UE). Se explica así la denominada “defensa basada en la repercusión de sobrecostes” o *passing-on*: “*Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros*” (art. 13 de la Directiva 2014/104/UE)³⁸⁶.

indirect purchasers in the EU”, en M. BERGSTRÖM/M.C. IACOVIDES/M. STRAND (EDS.), *Harmonising EU competition litigation: the new Directive and beyond*, Oxford, Hart, 2016, pp. 261-278; C. KERSTING/S. DWORSCHAK, “Zur Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer im Kartellrecht nach dem ORWI-Urteil des BGH”, *JZ*, 2012, pp. 777-782; W. KIRCHHOFF, “Die Haftung von Kartellteilnehmern gegenüber mittelbar Geschädigten”, en *Mittelstand im globalen Wettbewerb: Referate des 45. FIW-Symposiums: sowie ein Referat, gehalten beim 2. Berliner Kolloquium*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 239, 2012, pp. 33-42; Id., “Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs”, *WuW*, 2012, pp. 927-935; J. KOCH, “Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n.F.”, *WuW*, 2005, pp. 1210-1221; V. SOYEZ, “Schadensersatzanspruch des indirekten Abnehmers von Kartellteilnehmern”, *EuZW*, 23, 3, 2012, pp. 100-102.

³⁸⁶ La Comisión publicó un estudio sobre la *passing-on* el 25 octubre 2016: EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Passing-On of Overcharges: Final report*, European Union, 2016. ISBN 978-92-79-61486-6 (Vid. “Kartellschadensersatz: EU-Kommission veröffentlicht Studie zum passing-on”, *WuW*, Nr. 01 06.01.2017, pp. 35-36). Sobre ésta en general, *vid., ad ex.*, G. AFFERNI, “La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario”, *Concorrenza e mercato*, 16, 2008 (2009), pp. 494-521; C. ANDRELANG, “Damages for the infringement of Art. 81 EC by cartel agreements according to sec. 33(3) GWB: the changes of law concerning the ‘protective law’ requirement and the ‘passing on’ defence”, *World Compet.*, 30, 4, 2007, pp. 573-593; B. AUGUSTIN/A. BRADLEY, “A controversial decision: both lawyers and accountants have criticised the ruling of the UK’s Competition Appeal Tribunal on the pass-on defence in the Sainsbury’s Supermarkets case”, *Competition Law Insight*, 15, 12, 2016, pp. 9-11; M. BÄCHLI, “Die Passing-on Defense”, *SchwJZ*, 103, 15, 2007, pp. 365-374; R.J. VAN DEN BERGH, “Violations of the cartel prohibition, actions for damages by indirect buyers and the passing-on defence: judgment of the German Bundesgerichtshof of 28 June 2011”, *ZeUP*, 21, 1, 2013, pp. 147-164; H. BERGMANN/L. FIEDLER, “Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on Defense: private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland”, *BB*, 67, 4, 2012, pp. 206-210; M. BOTTA, “The principle of passing on in EU competition law in the aftermath of the Damages Directive”, *European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, 25, 5, 2017, pp. 881-907; R. VON BÜREN, “Zur Zulässigkeit der ‘passing-on defense’ in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren nach schweizerischem Recht”, *SZW/RSDA*, 79, 3, 2007, pp. 189-206; F.W. BULST, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht: zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2006; Id., “Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in ‘Transportbeton’”, en W. MÖSCHEL/F. BIEN (Hrsg.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 225-265; Id., “Passing-on”, en J. BASEDOW/J.P. TERHECHTE/L. TICHÝ (EDS.), *Private enforcement of competition law*, Baden-Baden, 2011, pp. 67-82; E. BÜYÜKSAGIS, “Standing and passing-on in the new EU Directive on antitrust damages actions”, *SZW/RSDA*, 87, 1, 2015, pp. 18-30; J. DITTRICH, “Der Passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells”, *GRUR*, 111, 2, 2009, pp. 123-128; H. DÜCK/A. EUFINGER, “Anspruchsberechtigung mittelbar Betroffener und passing-on defence im Lichte der BGH-Rechtsprechung zu § 33 GWB”, *WRP*, 2011, pp. 1530-1536; B. DURAND/I. WILLIAMS, “The importance of accounting for passing-on when calculating damages that result from infringement of competition law”, *ERA-Forum*, 18, 1, 2017, pp. 79-94; A. FUCHS, “Ausschluss oder Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung? Plädoyer für eine differenzierte Beurteilung der Passing-on defense bei Schadensersatzklagen wegen Kartellverstößen”, *ZWeR*, 9, 2, 2011, pp. 192-217; Id., “Anspruchsberechtigte, Schadensabwälzung und Schadensbemessung bei Kartellverstößen”, en O. REMIEN/M. ROBERT (HRSG.), *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht: Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010*, Tübingen, 2012, pp. 55-91; P.M. GARRIDO PÉREZ, “El sistema passing-on: el ejercicio de la acción y defensa procesal”, en A. FONT I RIBAS/B. VILÁ COSTA/L. CABALLO I ANGELATS, *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, 2012, pp. 45-81; M. HARTMANN-RÜPPEL/P. LUDEWIG, “Entscheidung für die Passing-On-Defence im deutschen Recht: zur ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs”, *ZWeR*, 10, 1, 2012, pp. 90-105; M. HELLWIG, “Private damages claims and the passing-on defense in horizontal price-fixing cases”, en J. BASEDOW (ED.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 121-159; E.P. HENNEBERRY, “Private enforcement in EC competition law: the passing on defence

201. Ésta es una defensa típica en los litigios para el resarcimiento de daños anticompetitivos, cuando el demandante no es un consumidor final, sino un *comprador directo o indirecto* de los bienes o servicios afectados por el cártel o abuso de posición dominante. El demandado (o demandados) intentará probar que el *quantum* del daño que aquél pretende que se le indemnice es inferior a lo que alega, puesto que repercutió todo o parte de los precios, aumentando sus precios de reventa (*Schadensabwälzungswirkung*); mientras que el demandante (o demandantes) querrá probar que los precios de reventa siguieron una evolución diferente a la de los precios de compra o que el incremento del precio de compra fue compensado por una reducción del margen de beneficios. Todo ello requiere la elaboración de estudios económicos muy complejos, que atribuyen un papel de relieve muy importante en la práctica a los peritos (en este caso, expertos en Economía industrial)³⁸⁷. En palabras de R. RAMOS MELERO, “[e]stimar el ‘pass on’ es posiblemente el mayor problema no resuelto por las técnicas económicas debido a la escasez de datos y a la falta de consistencia de los análisis económicos que descansan en una importante cantidad de supuestos que, al poder ser cuestionados por el imputado, pueden arrojar dudas sobre los resultados que muestren que no se ha dado. Esta falta de contundencia de los resultados económicos puede generar dudas que favorecen al infractor”³⁸⁸.

and standing for indirect purchasers, representative organisations and other groups”, *ERA-Forum*, n° 1, 2006, pp. 15-26; P. HITCHINGS/J. HAIN-COLE, “A legal approach to assessing evidence of pass-on”, *G.C.L.R.*, 10, 3, 2017, pp. 116-127; J. HOFFMANN, “Kartellrechtliche Streitverkündung bei Schadensabwälzung: ein Vorschlag zur Umsetzung von Art. 15 der KartellschadenersatzRL”, *NZKart*, 4, 1, 2016, pp. 9-19; F. HOSEINIAN, “Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background”, *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; H.-G. KAMANN/S. OHLHOFF, “Gesamtgläubigerschaft als Lösung des Passing-on-Problems? Neues zu Schadensersatzansprüchen von Abnehmern eines Kartells: KG, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart und 2 U 17/03 Kart, Transportbeton”, *ZWeR*, 8, 3, 2010, pp. 303-320; E. KIESSLING, “Neues zur Schadensabwälzung”, *GRUR*, 2009, pp. 733-739; T.S. MÜLLER, *Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht: besonderer Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts*, Zürich, 2008; S. PARLAK, “Passing-on defence and indirect purchaser standing: should the passing-on defence be rejected now the indirect purchaser has standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?”, *World Compet.*, 33, 1, 2010, pp. 31-53; C. PETRUCCI, “The issues of the passing-on defence and indirect purchasers’ standing in European competition law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 1, 2008, pp. 33-42; S. POLSTER/A.-Z. STEINER, “Zur Passing-on defense im österreichischen Kartellschadenersatzrecht”, *ÖZK*, n° 2, 2014, pp. 43-48; R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759 (pp. 718-721 y 729); M. REICH, “Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen”, *WuW*, 58, 10, 2008, pp. 1044 y 1046-1054; A. RÖHLING, “Die Passing-on Defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, en *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, pp. 1116-1131; T. SCHREIBER, “Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und ‘Passing-on-Defence’: zwei Seiten einer Medaille?”, *WuW*, 64, 4, 2014, p. 355; M. SEEGERS, “Einwand der Schadensabwälzung nach dem neuen § 33c GWB”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 236-239; M. SIRAGUSA, “Private damage claims: recent developments in the passing-on defence”, en K. HÜSCHEL RATH/H. SCHWEITZER (EDS.), *Public and private enforcement of competition law in Europe: legal and economic perspectives*, Berlin, 2014, pp. 229-246; M.W.A. SONNBERGER, “Die kartellrechtliche ‘passing-on defense’ als Zurechnungsfrage: eine Differenzierung nach der wirtschaftlichen Vorhersehbarkeit?”, *wbl*, 29, 3, 2015, pp. 129-138; M. STRAND, “Indirect purchasers, passing-on and the new Directive on competition law damages”, *ECJ*, 10, 2, 2014, pp. 361-386; W. THÖNI, “Zulässigkeit des Einwands der Schadensabwälzung (sog ‘passing-on defence’) bei Verstößen gegen das Kartellverbot?”, en *Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis: Festschrift für Waldemar Jud*, Wien, 2012, pp. 699-721; P.J. THYRI, “Passing on: Schadensüberwälzung bei Kartellschäden aus nationaler und internationaler Perspektive”, en K. GUGLER (HRSG.), *Schadenersatz bei Kartellverstößen*, Wien, LexisNexis ARD Orac, 2015, pp. 63-71; V. TRIANTAFYLIDIS, *Die Einordnung der Passing-On-Defence in das allgemeine Schadensersatzrecht: eine rechtsvergleichende, dogmatische Studie*, Frankfurt am Main, PL Academic Research, 2015; L.A. VELASCO SAN PEDRO/C. HERRERO SUÁREZ, “La ‘passing-on defence’, ¿un falso dilema?” en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA / J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ / C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 593-604; P. WHELAN, “Something of a burden: is the passing-on defence appropriate?”, *Competition law insight*, 7, 9, 2008, pp. 5-7.

³⁸⁷ En general, J. BURRICHTER, “Ökonomische Gutachten in Kartellschadenersatzprozessen”, en *Kartellrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag*, München, 2012, pp. 111-127; A. PEZZOLI, “Private enforcement e analisi economica nei provvedimenti antitrust”, *IDI*, XXIV, 6, 2016, pp. 512-514; P. POHLMANN, “Ökonomische Normtatsachen im Kartellzivilprozess: am Beispiel der Kosten-Preis-Schere”, en *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen, 2013, pp. 435-454; L. PROSPERETTI, “Uses and misuses of economics in the estimation of antitrust damages”, en E.A. RAFFAELLI (ED.), *Antitrust between EU law and national law: X Conference: 17-18 May 2012, Casa dei Carraresi, Treviso. Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea*, Bruxelles, 2013, pp. 73-83.

³⁸⁸ R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759 (p. 729).

202. La sentencia del TS holandés 8 julio 2016, *TenneT et al. v. ABB et al.*, ha recalcado que la *passing-on defence* puede enfocarse y verificarse de dos maneras -como parte de la cuestión de hasta qué punto el demandante/los demandantes han sufrido daños como resultado de la conducta ilícita del demandado/de los demandados o como una cuestión de deducción de los beneficios colaterales-: la elección entre los dos enfoques sería posible e irrelevante³⁸⁹.

203. La Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, recondujo la defensa basada en la repercusión de sobrecostes a *tres cuestiones fundamentales*, que estructuran la *passing-on*³⁹⁰:

- 1ª) No debe existir una presunción de que el daño ha sido transferido, ni siquiera cuando el comprador directo es un comerciante o un distribuidor³⁹¹.
- 2ª) Es correcto aceptar, como punto de partida, que cualquier transferencia de la desventaja financiera relacionada con el cártel puede no excluir o reducir la cuantía de la reclamación³⁹². Independientemente de que haya habido (o no) una reventa posterior, el daño se produjo con la compra de los bienes (objeto del cártel) en la cantidad que marca la diferencia entre el precio (objeto o efecto) del cártel (*Kartellpreis*) y el precio competitivo (hipotético) (*Wettbewerbspreis*), que hubiera existido de no mediar el cártel³⁹³.
- 3ª) Sobre el autor del daño (*Schädiger*) recae la *carga de la prueba* de que la víctima ha transmitido (al menos, en parte) su daño al siguiente nivel de mercado³⁹⁴. En concreto, la empresa demandada debe demostrar que un posible aumento de precios en el mercado descendente no fue causado por otros factores económicos y, para ello, debe analizar las condiciones generales del mercado en el mercado relevante, en particular, la elasticidad de la demanda, las tendencias de los precios y las propiedades del producto, plausibles para justificar que una transferencia del incremento de los precios relacionados con los cárteles debe, al menos, tomarse seriamente en consideración³⁹⁵. Dicho con otras palabras, el cartelista tiene que demostrar el *nexo de causalidad* entre el cártel y el incremento de precios de reventa; es decir, que el aumento de precios proviene precisamente de la situación del cártel y no de otros factores determinantes del precio: es posible, por tanto, que el alcance del precio del cliente en la etapa de mercado ascendente no se base en la situación del mercado creada por el cártel, sino en una posición independiente y específica en el mercado descendente o en otras circunstancias del mercado de reventa³⁹⁶. No pueden considerarse atribuibles a los cárteles los aumentos de precios que se relacionan con la participación del revendedor en la creación de un valor agregado³⁹⁷.

204. Para que el demandado por la acción de daños anticompetitivos pueda acogerse a la defensa de la *passing-on* es preciso que exista un *mercado descendente* al del cártel, en el que la empresa víctima del cártel demandante, ya sea un adquirente directo o indirecto, haya podido revender los productos cartelizados a sus propios clientes³⁹⁸. Se explica, por consiguiente, que sentencia LG Hannover 18 diciembre 2017 desestimase la defensa basada en la repercusión de sobrecostes; puesto que el municipio

³⁸⁹ Hoge Raad 08-07-2016, 15/00167, *TenneT et al. v. ABB et al.*, ECLI:NL:PHR:2016:70.

³⁹⁰ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1367230.pdf. *Vid., ad ex.*, C. KERSTING/S. DWORSCHAK, “Zur Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer im Kartellrecht nach dem ORWI-Urteil des BGH”, *JZ*, 2012, pp. 777-782; W. KIRCHHOFF, “Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs”, *WiW*, 2012, pp. 927-935; M. HARTMANN-RÜPPEL/P. LUDEWIG, “Entscheidung für die Passing-On-Defence im deutschen Recht: zur ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs”, *ZWeR*, 10, 1, 2012, pp. 90-105; K. SCHREIBER, “Nach der ‘ORWI’-Entscheidung des BGH: Was müssen indirekte Abnehmer bei der Geltendmachung von Schadensersatz beachten?”, *GRUR-Prax*, 2012, pp. 78-80.

³⁹¹ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 45.

³⁹² Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 56.

³⁹³ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 60.

³⁹⁴ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 47.

³⁹⁵ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 69.

³⁹⁶ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 46.

³⁹⁷ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 69.

³⁹⁸ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1367230.pdf.

de Göttingen no había revendido los camiones adquiridos al cartelista MAN, sino que los había destinado a servicios públicos, como transporte de bomberos o recogida de residuos y limpieza urbana³⁹⁹.

205. ➤ *Caso La dificultad de concretar la defensa de passing-on: el caso Tennet TSO BV/ABB BV ante los tribunales holandeses (2016 y 2017)*. La Dec.Com. 24 enero 2007, COMP/38.899 — Conmutadores con aislamiento de gas (GIS), DO C 5 de 10 enero 2008, constató que veinte personas jurídicas, europeas y japonesas, que formaban parte de diez empresas, y algunas personas jurídicas, consideradas responsables como sociedades matrices, transgredieron el (actual) artículo 101 TFUE, al participar en una infracción única y continua entre el 15 de abril de 1988 y el 11 de mayo de 2004 en el sector de los conmutadores con aislamiento de gas. La suiza ABB fue la primera en informar a la Comisión de la existencia de un cártel en el sector de los *conmutadores con aislamiento de gas (GIS)* y, como consecuencia, se le eximió de pagar la multa. Pero víctimas del cártel demandaron ante los tribunales holandeses la reparación de los daños causados por ABB. La sentencia del Tribunal Supremo holandés 18 julio 2016, *TenneT/ABB*, declaró que ABB debía responder por el daño que la participación de ABB en el cártel de los conmutadores con aislamiento de gas (GIS) había causado a TenneT. El Tribunal Supremo holandés no fijó, sin embargo, la cuantía de los daños. Ésta fue objeto de un nuevo procedimiento ante el Tribunal de Distrito de Gelderland. En él, la compañía demandada invocó la *passing-on defence*, queriendo así reducir el *quantum indemnizatorio*. ¿Tenía razón? Solución → ABB tuvo, en esta cuestión jurídica, una *victoria pírrica*. Es cierto que, el Tribunal de Distrito admitió, *en abstracto*, el derecho de la demandada a invocar esta defensa: era de justicia para evitar el enriquecimiento injusto. Pero, *en concreto*, lo hizo con tales dudas, que uno llega a preguntarse si, acaso, el Tribunal holandés no temía que, en caso de admitir fácilmente la *passing-on*, se acabaran convirtiendo las indemnizaciones por daños derivados del incumplimiento de normas de Derecho europeo de la competencia en *reparaciones muy inciertas, irreales o quiméricas*. El Tribunal de Distrito de Gelderland afirmó que: “*A este respecto, el Tribunal de Distrito declara, ante todo, que el caso que nos ocupa no implica un producto terminado o semiacabado que se vende a los clientes de la parte perjudicada por el infractor, por lo que el precio de coste, aumentado o no por los costos de manejo y/o procesamiento y/o un recargo se transfieren a uno o más clientes subsiguientes en la cadena de suministro. Esto se refiere a los costos adicionales cobrados a [...] por una inversión en sus activos comerciales o bienes inmuebles. Estos activos fijos y las adiciones a ellos aparecen o aparecerán en el balance y posteriormente se depreciarán, y, en este caso, esta amortización se transferirá o se transferirá parcialmente en las tarifas que [...] TenneT cobra a sus clientes. Por lo tanto, los costes adicionales no se transfieren ni se transferirán directamente a los clientes de [...] TenneT, sino que se incorporan gradualmente a los precios de los clientes, como sería generalmente el caso para los empresarios (productores, comerciantes y proveedores de servicios), que intentarán pasar sus costos y gastos indirectos a los precios que cobran a sus clientes. / El Tribunal considera que, en cualquier empresa, el vínculo causal entre los costos adicionales en los activos fijos y la transmisión de la depreciación de éstos en los precios cobrados a los clientes es demasiado débil para poder encontrar, en términos generales, que el aumento en los precios cobrados a los clientes deba ser sustraído de las pérdidas atribuibles al infractor. Después de todo, es elección del empresario pasar estos gastos o no o sólo parcialmente, lo que, en gran medida, determinará los precios que pueda cobrar en el mercado sin perder su posición competitiva. En un caso, el mercado no le permitirá transferir sus costos adicionales y, en otro caso, podrá, incluso, repercutir sus costos adicionales con un considerable recargo; mientras que un empresario, de hecho, lo hará, otro no lo hará*”⁴⁰⁰.

e’) Los terceros: *the umbrella effect*

206. Los *terceros* que, sin ser clientes o proveedores de los monopolistas, han padecido precios supracompetitivos como consecuencia del *efecto paraguas (umbrella effect, umbrella pricing, prix d’ombrelle)* (*Abnehmer von ‘Kartellaussenseitern’*) están legitimados para interponer las acciones por

³⁹⁹ ECLI:DE:LGHANNO:2017:1218.1808. *Vid.*, *ad ex.*, I. FAES, “La Justicia ve un sobreprecio debido al cártel de camiones”, *elEconomista.es*, 6 marzo 2018; A. PETRASINCU/B. RIGOD, “Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell – Landgericht Hannover gibt Schadensersatzklage von Kommune weitgehend statt –”, *WuW*, 02.03.2018, Heft 03, pp. 126-129.

⁴⁰⁰ District Court of Gelderland, 29 March 2017, *TenneT/ABB*, §§ 4.14. y 4.15, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

daños anticompetitivos⁴⁰¹. En efecto, también puede demandar a los cartelistas quienes compraron bienes o servicios a una empresa que no participó en el cártel, pero aprovechó el incremento de precios causado por éste para subir también el precio de sus productos. Es una posibilidad contemplada por la Directiva de daños, cuando reconoce el daño que se puede causar con la infracción del Derecho de la competencia “*a partes perjudicadas distintas de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores [...]*” (art. 11.6 Directiva 2014/104/UE).

207. La STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros contra ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, proclamó que las víctimas tenían derecho a la reparación de los daños resultantes del precio más elevado aplicado por una empresa como consecuencia de una práctica colusoria

⁴⁰¹ *Vid., ad ex.*, C. BANERJI, “A new dawn for ‘umbrella claims’ under Austrian law?: a critical review of prospective legal changes based on the recent Kone judgment and the implementation of the Directive 2014/104/EU”, *G.C.L.R.*, 10, 1, 2017, pp. 22-30; H. BETH/C.-M. PINTER, “Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bussgeld- und Schadensersatzverfahren”, *WuW*, 2013, pp. 228-236; J. COPPIK/J. HAUCAP, “Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen”, *WuW*, 66, 2, 2016, pp. 50-57; N. DUNNE, “It never rains but it pours? Liability for ‘umbrella effects’ under EU competition law in Kone: case C-557/12, Kone AG and others v. ÖBB-Infrastruktur AG, judgment of the Court of Justice (Fifth Chamber) of 5 June 2014, nyr”, *C.M.L.Rev.*, 51, 6, 2014, pp. 1813-1828; F. FITZ, “Zwischen ‘Singin’ in the Rain’ und ‘Under my Umbrella’: Schadensersatz bei Preisschirmeffekten im europäischen Kartellrecht (Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH vs. ÖBB-Infrastruktur AG, EuGH (Fünfte Kammer), Urteil vom 5. Juni 2014, Rs. C-577/11)”, *European Law Reporter*, n° 7-8, 2014, pp. 194-200; A. FRITZSCHE, “Jedermann kann: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs. C-557/12) zum Schadensersatz bei kartellbedingt eintretenden Preisschirmeffekten”, *NZKart*, 2, 11, 2014, pp. 428-431; A. FUCHS, “Unter dem Schirm und im Schatten des Kartells: Überlegungen zur Reichweite der Schadensersatzhaftung bei Preisschirm- und Mengeneffekten außerhalb der Vertriebsketten der Kartellmitglieder”, en *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, München, 2014, pp. 159-173; C.G. GÄNSER/N. HARS DORF E N D E R N D O R F, “(K)eine Revolution, Haftung für Preisschirmeffekte nach europäischem Wettbewerbsrecht: Urteil EuGH, C-557/12, Kone ua”, *ÖZK*, n° 5, 2014, pp. 167-170; D. HANSBERRY-BIEGUNSKA Y OTROS, “Umbrella effect: damages claimed by customers of non-cartelist competitors”, *J.E.C.L. & Pract.*, 5, 4, 2014, pp. 196-205; M. HARTMANN-RÜPPEL/K. SCHRADER, “Es regnet Preiserhöhungen: wie Preisschirme auch Unbeteiligte schädigen können: zugleich Besprechung der ‘Preisschirmeffekte’-Entscheidung des EuGH v. 5.6.2014, Rs C-557/12”, *ZWeR*, 12, 3, 2014, pp. 300-317; I. HARTUNG, “Umbrella claims: Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen? Haften Kartellbeteiligte für die Preispolitik von nicht am Kartell beteiligten Konkurrenten?”, *Ecolex*, 23, 6, 2012, pp. 497-500; I. HARTUNG/M. MERTEL, “Also sprach der EuGH zu ‘Umbrella Claims’”, *ÖZK*, n° 5, 2014, pp. 163-167; K. HAVU, “Competition restrictions, ‘umbrellas’ and damages claims: comment on Kone”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. 134-142; R. I N D E R S T / F. M A I E R - R I G A U D / U. S C H W A L B E, “Preisschirmeffekte”, *WuW*, 2014, pp. 1043-1056; D. KOHL/C. WOLF, “‘Umbrella Claims’ im Lichte der EU-Schadenersatzrichtlinie und des KaWeRÄG 2017”, *wbl*, 31, 12, 2017, pp. 675-681; C. KRIECHBAUMER, “Erneut ‘umbrella claims’: Kartellanten haften sowohl nach ABGB als auch nach Unionsrecht”, *RdW*, 31, 2, 2013, pp. 59-61; Id., “Neues zum Private Enforcement: Stellungnahme der Generalanwältin zur Zulässigkeit von ‘umbrella claims’”, *RdW*, 32, 4, 2014, pp. 175-176; A.I. KÜHNE, “Art. 101 AEUV steht einer Vorschrift nationalen Rechts entgegen, die ‘Preisschirmeffekte’ kategorisch von der Schadensersatzpflicht der Teilnehmer eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV ausschließt”, *BB*, 69, 26, 2014, p. 1552; J. KUPCÍK, “Causality in private enforcement of EU competition law: case of umbrella pricing”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. 179-185; T. LETTL, “Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. ‘umbrella pricing’: zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 5.6.2014, C-557/12, Kone u.a. (WuW/E EU-R 3030)”, *WuW*, 64, 11, 2014, pp. 1032-1043; C. MARÉCHAL, “Ombrelle sur les prix: quand le principe d’effectivité du droit de l’Union fait de l’ombre à l’autonomie procédurale des États membres”, *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 30, 2014, pp. 35-38; C. MATRANGA, “Case note: Kone AG v ÖBB-Infrastruktur AG”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 36, 8, 2015, pp. 362-365; G. MONTI, “Umbrella pricing as a sword: case C-557/12 Kone AG and others v. ÖBB Infrastruktur AG, judgment of 5 June 2014”, *M.J.*, 21, 3, 2014, pp. 464-475; E. OLMEDO PERALTA, “A legal approach to the Kone decision: does the private enforcement of European competition law need an umbrella?”, *IIC*, 47, 6, 2016, pp. 697-722; N.I. PAUER, “Anmerkung zur Stellungnahme der Generalanwältin Kokott in der Rs ‘Kone’: Schadensersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen?”, *ÖZK*, n° 5, 2014, pp. 171-179; Id., “Schadenersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen”, *WuW*, 65, 1, 2015, pp. 14-26; I. PELLECH, “Rechtliche Aspekte des Preisschirmeffekts (Umbrella-Effekts)”, *ÖZK*, n° 5, 2013, pp. 178-182; M.-T. RICHTER, “Standing under the umbrella? The standing of umbrella plaintiffs”, *G.C.L.R.*, 6, 3, 2013, pp. 143-148; J. SCHWARZE, “Schadenersatz beim sog. umbrella pricing im europäischen Wettbewerbsrecht: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs C-557/12) v. 5.6.2014”, en *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 567-574; M. STÖBER, “Schadenersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht”, *EuZW*, 25, 7, 2014, pp. 257-261; T. STÜHMEIER, “Bestimmungsfaktoren von Preisschirmeffekten”, *WuW*, 67, 7-8, 2017, pp. 379-381; T. THIEDE, “Mit Schirm, Charme und KONE: der Anscheinsbeweis der Kartellbefangenheit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH: zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Dortmund v. 21.12.2016, 80 O 90/14 (Kart)”, *NZKart*, 5, 2, 2017, pp. 68-71; M.A. VAQUERO, “Concurrence, responsabilité civile des membres d’un cartel, théorie de ‘l’effet ombrelle’: arrêt ‘Kone’”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 3, 2014, pp. 588-592; P. WERNER, “EuGH verschärft Haftung für Kartellmitglieder: Preisschirmeffekt”, *DB*, 67, 29, 2014, pp. 1602-1603.

prohibida, en la que no participa (*umbrella pricing*)⁴⁰². El propio Tribunal de Justicia lo explica con estas palabras: “*A este respecto, procede señalar que el precio de mercado es uno de los principales elementos que una empresa toma en consideración cuando determina el precio al que ofrece sus productos o servicios. Cuando un cártel consigue mantener un precio artificialmente elevado para determinados productos y se dan determinadas condiciones de mercado relativas, en particular, a la naturaleza del producto o al tamaño del mercado afectado por el cártel, no cabe excluir que la empresa competidora, ajena a éste, elija fijar el precio de su oferta en un importe superior al que habría elegido en condiciones normales de competencia, es decir, si no existiera dicho cártel. En estas circunstancias, aunque la determinación de un precio de oferta se considere una decisión meramente autónoma, adoptada por una empresa no participante en un cártel, procede estimar que esta decisión se ha podido adoptar tomando como referencia un precio de mercado falseado por el cártel y, por consiguiente, contrario a las normas sobre competencia. [...] De ello se sigue que [...] el hecho de que el cliente de una empresa no participante en el cártel, pero beneficiaria de las condiciones económicas del efecto paraguas sobre los precios, sufra un daño debido a un precio de oferta superior al que habría existido en ausencia del cártel forma parte de los posibles efectos de dicho cártel, que sus miembros no pueden ignorar*”⁴⁰³.

208. Habría, pues, una *relación jurídico-material* entre la empresa compradora y la empresa vendedora ajena al cártel. Ésta opta por incrementar sus precios, aprovechando la subida de precios provocada por un cártel en el que no participa. Técnicamente su decisión es una manifestación del ejercicio del *principio de autonomía empresarial* irreprochable desde el punto de vista del Derecho antitrust europeo⁴⁰⁴. Habría, además, una *relación jurídico-procesal* entre la empresa compradora y, al menos, una empresa que integraba el cártel. Técnicamente, se extiende el nexo de causalidad que une al infractor con

⁴⁰² Comentada, *ad ex.*, por R.D. BLAIR/C. PIETTE DURRANCE/W. WANG, “The Kone Decision: Economic Logic and Damage Estimation”, *Antitrust Bull.*, 2016, pp. 393-422; J. COPPIK/J. HAUCAP, “Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen”, *WuW*, 2016, pp. 50-57; N. DUNNE, “It never rains but it pours? Liability for ‘umbrella effects’ under EU competition law in Kone”, *C.M.L.Rev.*, 2014, pp. 1813-1828; J.-U. FRANCK, “Umbrella pricing and cartel damages under EU competition law”, *ECJ*, 2015, pp. 135-167; A. FRITZSCHE, “Jedermann kann: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs. EUGH Aktenzeichen C-557/12) zum Schadensersatz bei kartellbedingt eintretenden Preisschirmeffekten”, *NZKart*, 2014, pp. 428-431; C. HAMPTON, “What price an umbrella?”, *Competition Law Insight*, 13, 6, 2014, p.1; M. HARTMANN-RÜPPEL/K. SCHRADERER, “Es regnet Preiserhöhungen: Wie Preisschirme auch Unbeteiligte schädigen können”, *ZWeR*, 2014, pp. 300-317; I. HARTUNG/M. MERTEL, “Also sprach der EuGH zu ‘Umbrella Claims’”, *ÖZK*, 2014, pp. 163-167; K. HAVU, “Competition Restrictions, ‘Umbrellas’ and Damages Claims: Comment on Kone”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp.134-142; R. HOFFER, “Umbrella Pricing: EuGH bejaht Schadenersatzanspruch”, *ÖBl*, 2014, pp. 228-229; R. INDERST/S. THOMAS, “Zu den Prinzipien der Ermittlung von Schadensersatz bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht”, *WuW*, 2014, p. 667; M. ISRAEL/N. DIMOPOULOS/G. DOWELL, “A lift for claimantsAG Kokott hands down her opinion on umbrella pricing”, *Competition Law Insight*, 13, 5, 2014, pp. 12-13; A. KÜHNE, “EuGH: Schadensersatzpflicht von Kartellanten für Preisschirmeffekte bestätigt”, *BB*, 2014, p. 1552; T. LETTL, “Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. ‘umbrella pricing’”, *WuW*, 2014, pp. 1032-1043; C. MARÉCHAL, “‘Ombrelle sur les prix’: quand le principe d’effectivité du droit de l’Union fait de l’ombre à l’autonomie procédurale des États membres”, *La Semaine Juridique - entreprise et affaires*, 2014, n° 30, pp. 35-39; C. MATRANGA, “Kone AG v OBB-Infrastruktur AG”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015, pp. 362-365; B. MEYRING/M. GOTLIEB, “Umbrella pricing. The ECJ has given a groundbreaking judgment in the Kone AG case”, *Competition Law Insight*, 13, 7, 2014, pp. 15-16; E. OLMEDO PERALTA, “A Legal Approach to the Kone Decision: Does the Private Enforcement of European Competition Law Need an Umbrella?”, *IIC*, 2016, pp. 697-722; N.I. PAUER, “Schadensersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen”, *WuW*, 2015, pp. 14-26; C. PRIETO, “Cour de justice, 5e ch., 5 juin 2014, Kone AG et alii, aff. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 490-493; M. REPAS/T. KERESTES, “Neue Dimensionen der privaten Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln: Preisschirmeffekte”, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, 2015, pp. 74-77; C. ROBIN, “Coup de tonnerre dans le droit autrichien de la réparation des dommages”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2015, n° 42, p. 46; T. SCHREIBER/V. SAVOV, “Kone v Commission: Umbrella Damages Claims”, *J.E.C.L. & Pract.*, 5, 8, 2014, pp. 548-550; J. SCHWARZE, “Schadensersatz beim sog. umbrella pricing im europäischen Wettbewerbsrecht: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs C-557/12) v. 5.6.2014”, en *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 567-574; M. STÖBER, “Schadensersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht”, *EuZW*, 2014, pp. 257-261; J.H.V. STUYCK, “Damages for the loss caused by a cartel: the causal link comments on the Kone judgment of the Court of Justice of the EU”, *European Review of Private Law*, 23, 3, 2015, pp. 459-470; A. SVETLICHINI/M. BOTTA, “‘Umbrella Pricing’ in Private Enforcement of EU Competition Law and US Antitrust Law: Another Transatlantic Divergence?”, *Eur.L.Rev.*, 2016, pp. 399-411; P. WERNER, “EuGH verschärft Haftung für Kartellmitglieder – Preisschirmeffekt”, *DB*, 2014, pp. 1602-1603; J. ZÖTTL, “Kartellrecht: Umbrella Pricing – Kone”, *EuZW*, 2014, pp. 588-589.

⁴⁰³ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, §§ 29 y 30.

⁴⁰⁴ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 29.

sus supuestas víctimas, incluyendo en ellas no sólo a los perjudicados directos, sino también a los indirectos⁴⁰⁵ (= aquéllos que no contrataron con ninguno de los cartelistas y, pese a ello, pagaron precios más altos de lo que hubieran sido, si no hubiera existido el cártel)⁴⁰⁶. El Tribunal de Justicia justificó la legitimación procesal activa de la víctima indirecta en virtud del *principio de efectividad* del art. 101 TFUE: “[...] la plena efectividad del artículo 101 TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en éste, cuya política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos”⁴⁰⁷. Habría, por último, ciertas condiciones para que se reconociera el *precio paraguas* y la supuesta víctima pudiera ejercitar la acción de reparación contra el cartelista o los cartelistas. *Primera*: El cártel debería ser la *ratio essendi* del falseamiento de precios que, de otro modo, hubieran existido en un mercado competitivo⁴⁰⁸. *Segunda*: los efectos del *precio paraguas* serían *previsibles* para las empresas integrantes del cártel⁴⁰⁹.

f) Algunos cartelistas individuales

209. También están legitimados para interponer acciones por daños anticompetitivos algunos *cartelistas individuales* (*einzelne Kartellbeteiligte*), siempre que se cumplan ciertas condiciones, la más importante de las cuales es que no hayan sido líderes del cártel, sino meros participantes que no han tenido un destacado protagonismo en las trabas e imposiciones que supuso el acto competitivo⁴¹⁰. De lo contrario, carecerían de toda legitimidad para dirigirse contra antiguos compañeros de cártel ante los tribunales, solicitando el resarcimiento de los daños que hayan podido experimentar como consecuencia de un cártel en el que ellos mismos participaron: Sería fácil rechazar una pretensión de este tipo, recurriendo a criterios interpretativos como el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o las *unclean hands*⁴¹¹.

h) Legitimación pasiva. El caso especial de los grupos de sociedades

210. La Ley procesal española debe admitir la posibilidad de demandar a varias personas a la vez (art. 12 LEC) (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN)⁴¹². A partir de ahí, es la Ley que regula el fondo del

⁴⁰⁵ S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 566.

⁴⁰⁶ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, §§ 33 y 34.

⁴⁰⁷ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 33.

⁴⁰⁸ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 34.

⁴⁰⁹ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 34.

⁴¹⁰ *Vid., ad ex.*, T. BALLARINO, “El Derecho antitrust comunitario y el art. 6 del Reglamento ‘Roma II’ (régimen conflictual y territorial, efecto directo)”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 407-420 (p. 413); T. HOLZMÜLLER/C. VON KÖCKRITZ, “Zur Kartellrechtswidrigkeit langfristiger Bezugsbindungen und ihrer prozessualen Geltendmachung”, *BB*, 2009, pp. 1712-1717 (pp. 1712-1714); T. LETTL, “Der Schadensersatzanspruch gemäss § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG”, *ZHR*, 167, 2003, pp. 473-493 (p. 474); H. MICKLITZ, “Anm. zu EuGH, 20.9.2001, Rs. C-453/99, *Courage Ltd. gegen Bernard Crehan*”, *EWiR*, 2001, pp. 1141-1142 (p. 1142); W. MÖSCHEL, “Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?”, en *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik: Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, pp. 1081-1094; C. NOWAK, “Anmerkung zu *Courage/Crehan*: Verhältnis von Art. 85 EGV zu englischem Wettbewerbsrecht”, *EuZW*, 2001, pp. 715-719 (p. 718); I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, nº 1, 2009, pp. 1-35 (p. 11) (www.indret.com); H. WEYER, “Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht”, *ZEuP*, 2003, pp. 318-344 (pp. 327-328 y 330-332); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 77-78; W. WURMNEST, “Das Gemeinschaftsdeliktsrecht in der aktuellen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte (2001-2003)”, *GPR*, 1-2, 2003-2004, pp. 129-138 (134-135).

⁴¹¹ A. HÖSCH, *Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzen*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

⁴¹² M. BÉHAR-TOUCHAIS/S. CARVAL, “Les débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle”, *Concurrences*, nº 4, 2015, pp. 84-100; G. KLUMPE/T. THIEDE, “Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand einer europäischen Kartellschadenrichtlinie aus Sicht der deutschen Praxis. Teil 1, Einführung, Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden”, *ÖZK*, nº 4, 2016, pp. 137-143; D. KÖNEN, “Die Passivlegitimation des Kartellschadensersatzes nach der 9. GWB-Novelle”, *NZKart*, 5, 1, 2017, pp. 15-20.

asunto (*lex causae*) la que establecerá la “existencia” de litisconsorcio pasivo (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, I. AYALA CARDIÑANOS). Dicha Ley determinará los sujetos a los que alcanza el litisconsorcio pasivo necesario y la necesidad de existencia de tal litisconsorcio.

211. ➤ *Caso El cártel de las ceras para velas ante un tribunal holandés (2016)*. En 2009, la Comisión consideró que 28 personas jurídicas (pertenecientes a 10 empresas, y a las que, en algunos casos, se consideró responsables como sociedades matrices), cometieron una infracción única y continua del (actual) art. 101 TFUE, consistente en la *fijación de precios* y el *intercambio de información comercialmente sensible* referente al sector de las *ceras de parafina* en el EEE. En el caso de Dea (posteriormente Shell), ExxonMobil, MOL, Repsol, Sasol y Total esta infracción única y continua consistió, además en el *reparto de clientes y/o mercados* en el EEE. La infracción duró del 3 septiembre 1992 al 28 abril 2005, con diferencias entre las diversas personas jurídicas y empresas. En el caso de Dea (posteriormente Shell), ExxonMobil, Sasol y Total, esta infracción única y continua afectó también a la *slack wax* vendida a clientes finales en el mercado alemán, durante el período comprendido entre el 30 octubre 1997 y el 12 mayo 2004, con distinta duración entre las diversas personas jurídicas y empresas⁴¹³. Varias de las víctimas del cártel transfirieron sus derechos a indemnización por los daños que éste hubiera causado a CDC Project 14 SA, que interpuso una demanda en la jurisdicción holandesa contra varias de las empresas integrantes del cártel (Shell Petroleum N.V., Shell Deutschland Oil GmbH, Shell Deutschland Schmierstoff GmbH, Esso Société Anonyme Française, Total Raffinage Marketing S.A., Total S.A.). En el transcurso del procedimiento en los tribunales holandeses, se plantearon, entre otros, dos problemas jurídicos fundamentales: Primero: Cuáles eran las consecuencias de la reducción de las reclamaciones después de llegar la demandante a un acuerdo con varios demandados. En concreto, CDC había llegado a un acuerdo con Sasol, por el que esta empresa le liquidó la parte de indemnización que legalmente le correspondería y, a cambio, CDC ya no reclamaría esa cantidad en la demanda que interpusiera contra los demás cartelistas obligados a indemnizar. Como no constaba públicamente cuál era la cantidad desembolsada por Sasol, Shell alegó que CDC, por una parte, incumplía el *deber de decir la verdad* (art. 21 del Código holandés de procedimiento civil) y, por otra, que, si guardaba silencio al respecto, cabría presumir que era porque el total adeudado como indemnización había sido satisfecho. Segunda: Si era posible oponer a la demandante la *exceptio plurium litis consortium*. Las empresas demandadas sostuvieron que, en un caso donde los deudores son solidariamente responsables por el mismo daño, no es posible nunca pronunciarse sobre la obligación interna de contribuir -es decir, de contribuir individualmente cada uno de los deudores que formaron el cártel-, si se trata de procedimientos en los que no están involucrados todos los deudores solidarios. Solución → En cuanto a la *primera cuestión*, la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya 21 septiembre 2016, C-09-414499-HA ZA 12-293, resolvió que no existía una sola prueba que indicase que el daño sufrido por las empresas víctimas del cártel a las que CDC representaba ya hubiese sido totalmente compensado en su integridad mediante el acuerdo entre CDC y Sasol. Sólo, si hubiese una razón para suponer que la cantidad pagada por Sasol superó en mucho el importe de su obligación a contribuir, junto a los demás cartelistas, al pago de la indemnización de los daños antitrust causados, sería importante que se desvelase el monto exacto de la liquidación (= faltaba el más mínimo indicio de que la empresa con la que CDC llegó a un acuerdo hubiera pagado mucho más de lo que debía o, incluso, la totalidad de la deuda conjunta de los cartelistas + un dato importante: en todo caso, podría resolverse esta cuestión después de que hubiera una condena de cantidad que fijase el *quantum* indemnizatorio). En cuanto a la *segunda cuestión*, el Tribunal consideró que la excepción interpuesta no era correcta en términos generales ni en términos particulares, visto el contexto del Derecho antitrust y las circunstancias específicas del caso. Como señaló a Total, que planteó otra cuestión procedimental relacionada con la exhibición de documentos, lo relevante en el procedimiento principal sería la cantidad individual que le correspondería pagar a Sasol frente a las que les correspondiesen a los otros integrantes del cártel y no la cantidad que efectivamente pagó a CDC, gracias al acuerdo al que llegaron⁴¹⁴.

⁴¹³ Vid. resumen de Dec.Com. 1 octubre 2008, COMP/C.39181 — *Ceras para velas*, DO C 4 diciembre 2009.

⁴¹⁴ Sentencia Rechtbank Den Haag 21-09-2016, C-09-414499-HA ZA 12-293, *CDC Project 14 SA/Shell Petroleum N.V., Shell Deutschland Oil GmbH, Shell Deutschland Schmierstoff GmbH, Esso Société Anonyme Française, Total Raffinage Marketing S.A., Total S.A.*, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305.

212. Un problema muy delicado es el que plantean los denominados *grupos de sociedades*. Como es sabido, en el Derecho antitrust europeo se considera que, en determinadas circunstancias, el hecho de que personas jurídicas formalmente independientes operen en el mercado con la lógica de una sola empresa, lleva a considerarlas una *unidad económica* (*wirtschaftliche Einheit*, *single economic entity doctrine*) o, dicho con otros términos, *una empresa* a efectos del cumplimiento de las obligaciones del Derecho europeo de la competencia y, en particular, de la imposición de sus sanciones (salvo las relaciones *intragruppo* entre la sociedad matriz y las sociedades filiales o entre sociedades hermanas) (*principio de la unidad del grupo*, *Konzernprivileg*)⁴¹⁵. Dicho con otros términos, en la práctica, las sociedades ma-

⁴¹⁵ Sobre el *Derecho de la competencia y los grupos de sociedades*, *vid., ad ex.*, L. ABERLE/P.M. HOLLE, "Aufsichtspflichten im Unternehmensverbund", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, 2014, pp. 117-136; B. AHRENS, "Kartellrecht, akzessorische Haftung der Muttergesellschaft für Kartellverstöße der Tochter: Bußgeldhöhe: EuGH (Fünfte Kammer), Urt. v. 17.9.2015, C-597/13 P (Total/Kommission): Anmerkung", *EuZW*, 26, 22, 2015, pp. 872-873; F. AMATO/F. LIBERATORE/A. DELLA NEGRA, "La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?", *Contratto e impresa. Europa*, XIX, 1, 2014, pp. 334-346; P. BEHRENS, "Parental liability for subsidiary's infringements of Article 101 TFEU: an analysis of recent case-law", en *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner: Recht im ökonomischen Kontext*, Tübingen, 2014, pp. 455-463; U. BLAUROCK, "Kartellbußgeldhaftung und gesellschaftsrechtlicher Rückgriff", en *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, München, 2014, pp. 107-119; M.-N. BLOME, *Rechtsträgerprinzip und wirtschaftliche Einheit: Haftungssubjekte im Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016; B. BLOTTIN, "Le comportement anticoncurrentiel de la filiale en contradiction flagrante avec les instructions de sa société mère: CJUE, 16 juin 2016, Evonik Degussa et AlzChem/Commission, aff. C-155/14 P, EU:C:2016:446", *R.A.E.*, 22, 2, 2016, pp. 309-316; D. BRAUN/M. KELLERBAUER, "Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften bei Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht. Teil 1", *NZKart*, 3, 4, 2015, pp. 175-181; D. BRAUN/M. KELLERBAUER, "Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften bei Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht. Teil 2", *NZKart*, 3, 5, 2015, pp. 211-216; H. BREITEL/S. THOMAS, "Der Vorschlag einer bußgeldrechtlichen 'Konzernhaftung' nach §81 Abs. 3a RefE 9. GWB-Novelle", *WuW*, 66, 7-8, 2016, pp. 336-341; C. BÜRGER, "Unternehmensinterne Aufteilung einer Geldbuße der Kommission: zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.11.2014, KZR 15/12, Calciumcarbid-Kartell II", *WuW*, 65, 4, 2015, pp. 348-355; W. CARSTENSEN, *Die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs im Rahmen von Art. 102 AEUV*, Frankfurt am Main, PL Academ ic Research, 2016; B. CHEYNEL, "La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales", en V. GIACOBBO-PEYRONNEL/C. VERDURE (DIR.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne: questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 251-271; M.C. CORRADI, "Bridging the gap in the shifting sands of non-controlling financial holdings?", *World Compet.*, 39, 2, 2016, pp. 239-265; F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, "L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasiva", *R. soc.*, 59, 5, 2014, pp. 1060-1123; N.F.W. HAUGER/C. PALZER, "Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress", *ZGR*, 44, 1, 2015, pp. 33-83; M. VON HESBERG, *Das Bestehen ordnungswidrigkeitsrechtlicher Aufsichtspflichten im Konzernverbund aus dem Blickwinkel von § 130 OWiG: eine Untersuchung zu Anwendbarkeit und Auswirkungen der Norm auf Konzernebene*, Baden-Baden, Nomos, 2016; A. HIERSCH, "Internal allocation of cartel fines within the single economic entity", *ÖZK*, n° 3, 2016, pp. 83-96; P. HUGHES, "Competition law enforcement and corporate group liability: adjusting the veil", *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 2, 2014, pp. 68-87; S.F. JANKA, "Parent liability and claims for recovery between joint and several debtors according to EU antitrust law", *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 12, 2014, pp. 594-600; Id., "Parent company liability in German and EU competition law: two worlds apart?", *J.E.C.L. & Pract.*, 7, 9, 2016, pp. 614-619; B. KASTEN, "Sippenhaftung vs. Konzernprivileg?: wettbewerbsrechtliche Entscheide bei Konzernsachverhalten", en I. HOCHREUTENER/W. STOFFEL/M. AMSTUTZ (HRSG.), *Wettbewerbsrecht: jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung: Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht = Droit de la concurrence: les destinataires de décisions dans les groupes de sociétés*, Zürich, Bern, Schulthess, Growth Publisher Law, 2015, pp. 9-48; M. KELLERBAUER, "Die Einordnung der Rechtsprechung der EU-Gerichte zur gemeinschaftlichen Haftung für Kartellbußen in Konzernen in das Recht der EU und der EMRK", *WuW*, 64, 12, 2014, pp. 1173-1184; C. KERSTING, "Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit", *WuW*, 64, 12, 2014, pp. 1156-1173; Id., "Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht", *ZHR*, 182, 1, 2018, pp. 8-31; R. KLIEBISCH, *Das Gemeinschaftsunternehmen im Kartell- und Konzernrecht*, Jena, 2014; J. KOCH, "Der kartellrechtliche Kronzeugenantrag im Konzern", en T. ACKERMANN/J. KÖNDGEN (HRSG.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2015, pp. 279-297; M. KLING, "Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen", *WRP*, 2010, pp. 506-518; J. KOCH/R. HARNOS, "Der Konzern als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts?", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, 2014, pp. 171-188; C. KÖNIG, "Haftung für vermutete Kontrolle: Neues zur wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht", *EuZW*, 28, 7, 2017, pp. 241-242; Id., "An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU competition law", *JCLE*, 13, 2, 2017, pp. 281-327; B. LEUPOLD, "Effective enforcement of EU competition law gone too far? Recent case law on the presumption of parental liability", *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 11, 2013, pp. 570-582; T. MÄGER, "Eltern haften für ihre Kinder?!", *NZKart*, 3, 8, 2015, pp. 329-330; T. MÄGER/F. VON SCHREITTER, "RefE zur 9. GWB-Novelle: verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausweitung einer bußgeldrechtlichen Konzernhaftung", *DB*, 69, 37, 2016, pp. 2159-2165; P. MANZINI, "Rethinking the parental liability for antitrust infringements", *Il diritto dell'Unione europea*, n° 4, 2016, pp. 709-739; M. MARTYNISZYN, "How high (and far) can you go?: on setting fines in cartel cases involving vertically-integrated undertakings and foreign sales", *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 3, 2016, pp. 99-107; B. MERKT, "Responsabilité au sein des groupes de société et destinataires des décisions en droit de la concurrence", en I. HOCHREUTENER/W. STOFFEL/M. AMSTUTZ (HRSG.), *Wettbewerbsrecht: jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung: Kon-*

trices (*parent companies*) tienen, en principio, que afrontar la imposición de multas por incumplimiento del Derecho antitrust, incluso si esta infracción fue cometida exclusivamente por una filial que obró individualmente y por su cuenta, sin que la sociedad matriz tuviera ningún conocimiento de ello⁴¹⁶.

213. Cabría, pues, preguntarse si el *principio de la unidad del grupo* es extrapolable al ámbito del resarcimiento de los daños causados por comportamientos anticompetitivos⁴¹⁷. De ser así, se trataría de “otro elemento básico para la aplicación efectiva de las pretensiones de los dañados por un cártel” (*ein weiterer Baustein zur effektiven Durchsetzung der Ansprüche Kartellschädigter*) (M. KLOTZ)⁴¹⁸.

214. No obstante, una cosa es que aparentemente sea conveniente y otra, muy distinta, que esa posibilidad, hoy por hoy, sea ajustada a Derecho. Cabe adoptar varias posturas ante este problema⁴¹⁹.

zernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht = Droit de la concurrence: les destinataires de décisions dans les groupes de sociétés, Zürich, Bern, Schulthess, Growth Publisher Law, 2015, pp. 67-94; H.J. MEYER-LINDEMANN/C.G.Y. VON WARTENBURG/A. KAFETZPOPOULOS, “Private equity investors are not immune to antitrust risks in the European Union”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 8, 2014, pp. 367-368; S.J. MOBLEY/D. MOURKAS/G. MURRAY, “Parent liability for joint venture parents: the Courts’ ‘El du Pont’ and ‘Dow Chemical’ judgments in conflict with optimal compliance incentives”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 10, 2014, pp. 499-508; O. ODUDU/D. BAILEY, “The single economic entity doctrine in EU competition law”, *C.M.L.Rev.*, 51, 6, 2014, pp. 1721-1757; M. OLAERTS/C. CAUFFMAN, “Química: further developing the rules on parent-company liability”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 9, 2011, pp. 431-440; K.-U. OPPER, *Die gesamtschuldnerische Bußgeldhaftung für Kartellverstöße innerhalb eines Konzerns*, Baden-Baden, Nomos, 2016; L.F. PACE, “Dura lex sed lex: the parent-subsidiary relationship in EU antitrust law and the AEG Telefunken presumption: independence of the EU legal system, effectiveness of competition law and protection of fundamental rights”, en M. MARQUIS/R. CISOTTA (Eds.), *Litigation and arbitration in EU competition law*, Cheltenham, 2015, pp. 141-158; N.I. PAUER, *The single economic entity doctrine and corporate group responsibility in European antitrust law*, Alphen aan den Rijn, 2014; L. SALVINI RIZZATO, “‘La donna è mobile’: l’imputation de la récidive dans un groupe de sociétés en droit européen de la concurrence: CJUE, 5 mars 2015, Versalis et Eni Spa/Commission, aff. jointes C-93 et 123/13P”, *R.A.E.*, 22, 1, 2015, pp. 221-227; U. SCHNELLE, “Die Aufteilung von Bußgeldern im Konzern”, *WuW*, 65, 4, 2015, pp. 332-348; L. SOLEK/S. WARTINGER, “Parental liability: rebutting the presumption of decisive influence”, *J.E.C.L. & Pract.*, 6, 2, 2015, pp. 73-84; A. STANKA, *Die vertikale Haftungszurechnung wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen im Konzern: eine Betrachtung der Konzepte ‘wirtschaftliche Einheit’ und ‘Einflussnahmevermutung’ unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und unter besonderer Berücksichtigung gemeinsam kontrollierter Unternehmen*, Berlin, Lit, 2015; S. STENDER, *Kartellgeldbußen gegen Muttergesellschaften von paritätischen Gemeinschaftsunternehmen*, Köln, Heymann, 2016; J. TEMPLE LANG, “How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?”, *Fordham Int.L.J.*, 37, 5, 2014, pp. 1481-1524; D.A. VERSE/R.R. WIERSCH, “Gesamtschuldnerausgleich für Kartellbußen in der wirtschaftlichen Einheit: Besprechung BGH, Urt. v. 18.11.2014, KZR 15/12, Calciumcarbid-Kartell II”, *ZWeR*, 13, 1, 2015, pp. 21-33; B. WARDHAUGH, “Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors”, *JAE*, 5, 1, 2017, pp. 22-48; T.C. WIESENACK/N.C. KLEIN, “Rechtspraktische Entwicklungen bei der Strukturierung und Organisation von Unternehmensverbänden: eine Darstellung und Würdigung aktueller empirischer Daten, erhoben vor dem Hintergrund der Diskussion um den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsdurchgriff”, en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (Hrsg.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, 2014, pp. 5-72.

⁴¹⁶ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229; A. RIESENKAMPEFF/U. KRAUSHAUSEN, “Liability of parent company for antitrust violation of subsidiaries”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 2010, pp. 38-41.

⁴¹⁷ P. VON HÜLSEN/B. KASTEN, “Passivlegitimation von Konzernen im Kartell-Schadenersatzprozess? – Gedanken zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU”, *NZKart*, 2015, pp. 296-307; M. KLEIN, “Wirtschaftliche Einheit und Gemeinschaftsunternehmen – Konzernprivileg und Haftungszurechnung”, *ZWeR*, 2011, pp. 169-191; M. KLOTZ, *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*, Köln, Heymann, 2016; Id., “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 226-229; K. LEFFRANG, *Die Passivlegitimation im kartellrechtlichen Schadenersatzprozess: die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaft*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2014; R. VAN LEUKEN, “Parental liability for cartel infringements committed by wholly owned subsidiaries: is the approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also relevant in a private-law context?”, *European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, 24, 3-4, 2016, pp. 513-527; T. WECK, “Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip – Verabschiedung einer Illusion im Kartellrecht”, *NZG*, 2016, pp. 1374-1377.

⁴¹⁸ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 226.

⁴¹⁹ *Vid.*, *ad ex*, M. BÉHAR-TOUCHAIS, “Imputabilité d’une pratique anticoncurrentielle de la filiale à sa mère et action privée: CJUE, 10 avr. 2014, nos C-247/11 et C-253/11, Areva e.a. c/ Commission”, *Revue des contrats*, 4, 2014, pp. 730-734; J.D. BRIGGS/S. JORDAN, “Developments in the law: the presumption of shareholder liability and the implications for shareholders in private damages actions and otherwise”, *G.C.L.R.*, 2, 4, 2009, pp. 203-209; A. JÜCHSER, “Gesamtschuldnerausgleich zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft im Fall des Schadenersatzes nach deutschem und europäischem Kartellrecht”, *WuW*, 62, 11, 2012, pp. 1024 y 1048-1056; C. KERSTING, “Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht”, *ZHR*, 182, 1, 2018, pp. 8-31; M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzern-muttergesellschaft für Kartellverstöße

215. Según el *principio de separación corporativa* (*Grundsatz der Gewaltenteilung, Trennungsprinzip, Rechtsträgerprinzip*), las personas jurídicas sólo son responsables de sus propias obligaciones⁴²⁰. Gracias a él, se consigue que: (a) los accionistas de una sociedad de capital, en principio, no respondan de las deudas sociales⁴²¹. (b) Las sociedades individuales integradas en un grupo de sociedades (*Schwestergesellschaften*) se relacionen entre ellas y con la sociedad matriz (*Muttergesellschaft*) como entidades jurídicas independientes; de tal manera que cada sociedad sólo sea responsable, en principio, de sus propias obligaciones⁴²². Cabría la posibilidad de interpretar -es cierto- que el *principio de separación corporativa* (*Trennungsprinzip*) mantiene su validez, cuando se pretende demandar civilmente por daños anticompetitivos a otras empresas del grupo, que no han participado directamente en los actos colusorios o abusivos. Pero también cabría interpretar -y no es menos cierto- que se trata de un *principio de Derecho societario* que surgió en una época en la que nadie imaginaba la importancia que tendrían las acciones de resarcimiento de los daños anticompetitivos y que, como tal principio, conoce excepciones. Es más, como dispone el art. 3.1 CC, “[l]as normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la **realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas**”. Cabría, pues, preguntarse si, en este tipo de cuestiones, no debiera reconocerse una excepción, ya fuese por el legislador o, ante su pasividad, si no debiera ser objeto de desarrollo jurisprudencial.

Esta interpretación podría hacer valer en su favor que ningún legislador de los Estados miembros de la UE ha aprovechado la introducción de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 para proclamar la responsabilidad civil de los grupos de sociedades por daños anticompetitivos⁴²³. Dicho con otros términos, resultaría aplicable el antiguo principio interpretativo conforme al cual “donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros” (*ubi*

ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 226-229; D. KÖNEN, “Transformation einer europäischen Rechtsfigur in das deutsche Recht: das Wagnis der Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in das nationale Deliktsrecht”, en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 159-195; J. KOKOTT/D. DITTERT, “Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte”, *WuW*, 2021, pp. 670-683; M. MOSER, *Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen: Hafnet eine Muttergesellschaft auch zivilrechtlich für ihre Töchter?*, Baden-Baden, Nomos, 2017; A. PETRASINCU, “Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle”, *WuW*, 66, 7-8, 2016, pp. 330-336; A. SCHEIDTMANN, “Schadensersatzansprüche gegen eine Muttergesellschaft wegen Verstößen einer Tochtergesellschaft gegen europäisches Kartellrecht?”, *WRP*, 56, 4, 2010, pp. 499-505; R. SAINT-ESTEBEN, “La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales: la voix du silence”, *Concurrences*, n° 3, 2014, pp. 5-7; A. SCHEIDTMANN, “Schadensersatzansprüche gegen eine Muttergesellschaft wegen Verstößen einer Tochtergesellschaft gegen europäisches Kartellrecht?”, *WRP*, 56, 4, 2010, pp. 499-505; U. SUCHSLAND/N. ROSSMANN, “Verpflichtet die Kartellschadensersatzrichtlinie zur Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in das deutsche Recht?”, *WuW*, 65, 10, 2015, pp. 973-981; S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, Lexis-Nexis, 2017, pp. 561-575; S. THOMAS/S. LEGNER, “Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht”, *NZKart*, 4, 4, 2016, pp. 155-160; S. WACHS, “Faktische Übernahme des wirtschaftlichen Unternehmensbegriffs für die Passivlegitimation bei Follow-on-Klagen?”, *WuW*, 67, 1, 2017, pp. 2-8; T. WECK, “Ein Gebot der Fairness: Übernahme des EU-Unternehmensbegriffs ins deutsche Kartellrecht”, *WuW*, 66, 9, 2016, pp. 404-410; J. WESSING/M. JANSSEN, “Auswirkungen der 9. GWB-Novelle auf kartellrechtliche Bußgeldverfahren”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 253-256; R.T. WIESER, *Wirtschaftliche Einheiten im europäischen Kartellprivatrecht: eine rechtsvergleichende Studie zur Haftung von wirtschaftlichen Einheiten im deutschen und englischen Schadensersatzrecht für Verstöße gegen europäisches Kartellrecht*, Jena, Societas Verlag, 2017.

⁴²⁰ T. KRUIS, “Passivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴²¹ T. KRUIS, “Passivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴²² R. INDERST/S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen: eine Untersuchung der juristischen und ökonomischen Grundlagen, Methoden und damit verbundenen Rechtsfragen betreffend die Ermittlung des Schadens bei Verstößen gegen das Kartellverbot*, Düsseldorf, Handelsblatt Fachmedien, 2015, p. 77; M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229; T. KRUIS, “Passivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 244-245; T. WECK, “Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip – Verabschiedung einer Illusion im Kartellrecht”, *NZG*, 2016, p. 1375.

⁴²³ A. PETRASINCU, “Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle”, *WuW*, 66, 7-8, 2016, p. 336; J. WESSING/M. JANSSEN, “Auswirkungen der 9. GWB-Novelle auf kartellrechtliche Bußgeldverfahren”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 253.

lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)⁴²⁴. Ahora bien, como ha observado M. KLOTZ, esto no puede interpretarse como un “silencio elocuente”, en el sentido de que no se desea la responsabilidad de todo un grupo, sino más bien que, dado que no hay ninguna indicación del legislador, la respuesta a la cuestión se confía a los tribunales⁴²⁵.

216. Ante la ausencia de una disposición legal *ad hoc*, los tribunales de los Estados miembros de la UE se ha pronunciado en diversos sentidos. Así, *ad ex.*, en Alemania, decisiones del LG Berlín y del LG Düsseldorf han sido contrarias al reconocimiento de una responsabilidad civil del grupo de sociedades por infracción de las normas del Derecho de la competencia⁴²⁶; mientras que el TS austríaco ha sido favorable a la posibilidad de demandar a la sociedad matriz por los actos anticompetitivos realizados por las filiales del grupo⁴²⁷.

217. ➤ *Caso 1. Cártel de ascensores: follow-on action ante tribunal holandés (2016)*. En 2007, la Comisión multó con alrededor de 990 millones de euros a varias empresas por infringir el (actual) art. 101 TFUE. Estas empresas se habían asignado licitaciones y contratos entre sí en Bélgica, Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos, con el fin de repartirse mercados y fijar precios, habían estipulado mecanismos de compensación en algunos casos, intercambiado información sobre volúmenes de venta y precios y participado en reuniones regulares y otros contactos para acordar y ejecutar dichas restricciones. Entre las empresas sancionadas, no sólo figuraban algunas filiales de los grupos Otis, Kone, Schindler y ThyssenKrup, que habían participado en el cártel, sino también las sociedades matrices de estos cuatro grupos industriales, de las que cabía presumir que, aunque no hubieran tenido parte activa directa en las infracciones cometidas, conservaban una influencia decisiva sobre sus filiales, que, sin embargo, no fue utilizada para que estas últimas ajustaran su conducta a la legalidad vigente (Resumen de la Dec.Com. 21 febrero 2007 [COMP/E-1/38.823 — Ascensores y escaleras mecánicas], DO C 75 de 26 marzo 2008). East West Debt (EWD), que representaba a ciento cuarenta y cuatro establecimientos sanitarios, interpuso una *follow-on action* contra las filiales y las respectivas sociedades matrices de los grupos Otis, Kone, Schindler y ThyssenKrup (*elevator cartel on the Dutch market*) ante el Tribunal de Distrito de Utrecht (Holanda) (= *imputability of harm within parent-subsidiary relationships*). Cabía preguntarse si este tribunal holandés recurriría a las nociones de “empresa”, de “unidad económica” o de “influencia determinante” para condenar tanto a las filiales como a las sociedades matrices. Solución → La respuesta fue negativa. El Tribunal de Distrito de La Haya no sólo consideró que EWD no había probado que el cártel de los ascensores hubiera causado “daño” a las empresas que representaba, durante el período en el que tuvo lugar la infracción, sino que proclamó que: 1) la responsabilidad de la sociedad matriz por los actos de sus filiales es la excepción y no la regla en el Derecho holandés; 2) la presunción de la “influencia determinante” de las sociedades madres no es extrapolable del ámbito del Derecho antitrust al ámbito de la responsabilidad civil (= no demuestran que estén implicadas el hecho de que la probabilidad de que las sociedades matrices no lo estuviesen fuese muy pequeña ni tampoco el hecho de que se constituyeran cárteles de ascensores casi simultáneamente en cuatro Estados miembros de la UE); 3) como consecuencia de todo lo anterior, el demandante que solicita la reparación del daño causado por un cártel, tiene que probar la implicación de las sociedades matrices en el cártel: No cabía alegar, como hizo el demandante, que las sociedades matrices tenían que estar implicadas, visto que había cárteles de ascensores en cuatro Estados miembros que habían sido constituidos por sus filiales casi simultáneamente. No es suficiente la afirmación de que sería muy pequeña la probabilidad de que las sociedades matrices no estuvieran implicadas para que esto último se considere probado, sino que se trataría, en el mejor de los casos, de una tautología. A resultas de todo esto, la sentencia de

⁴²⁴ *Digesto*, 6, 2, 8.

⁴²⁵ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 226.

⁴²⁶ Sentencia LG Berlín 6 agosto 2013, 16 0 193/11; sentencia LG Düsseldorf 8 septiembre 2016, 37 0 27/11 (Kart), *WuW*, 2017, p. 106 - Fahrtreppenkartell.

⁴²⁷ Auto ÖOGH 2 agosto 2012, 4 Ob 46/12 m, *WuW*, 2013, 313, § 7.4 - Debitkarten.

la *District Court of the Middle-Netherlands* 20 julio 2016 en el *cártel de los ascensores y escaleras mecánicas* desestimó la demanda por daños y perjuicios en su totalidad⁴²⁸.

218. ➤ *Caso 2. Cártel de la harina: acción de Derecho administrativo sancionador ante tribunal holandés (2017)*. Pocos meses después, el Tribunal de Distrito de Rotterdam tuvo que solventar un problema, pero no ante una acción civil de resarcimiento del daño, sino administrativa de imposición de multas: el de si el principio de imputabilidad a las empresas o, si se prefiere, la imputación a las sociedades matrices de las infracciones del Derecho de la competencia por sus filiales, cuando aquéllas son capaces de ejercer una *influencia decisiva* sobre la conducta de estas últimas, era aplicable a los accionistas (= *imputability of the behaviour of shareholders*), que eran *fondos de capital riesgo*. Solución → Según la sentencia del Tribunal de Distrito de Rotterdam 26 enero 2017, la respuesta era, sin lugar a dudas, afirmativa. No había razón alguna para excepcionar el principio de imputabilidad del daño a la empresa matriz, siempre que ésta tuviera o fuese capaz de tener una *influencia decisiva* sobre la filial que participaba en el cártel (era el *cártel de la harina*), cosa que estaba clara en el caso concreto de que se trataba; puesto que existían vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre las partes: “*El tribunal no ve [...] por qué en el caso de los fondos de inversión (empresas de capital privado) la doctrina no se aplica. Una empresa de capital privado administra uno o más fondos de inversión que, a su vez, adquieren participaciones en varias compañías (compañías de cartera). La teoría de asignación puede aplicarse a varias empresas que pertenecen a la misma cadena y no excluye a las empresas de inversión. Es relevante considerar la cuestión de si las empresas de cartera determinan su comportamiento con independencia o si la empresa de capital riesgo tiene una influencia decisiva que hace imposible decir que las empresas de la cartera actúan de forma independiente y que son una entidad económica con la empresa de capital privado. Después de todo, el comportamiento y los poderes de una empresa de capital privado no tienen por qué ser iguales a los de un mero inversor financiero. / El Tribunal de Distrito opina que, sobre la base de todos los hechos e indicaciones, [el actor][...] consideró acertadamente que existían vínculos económicos, organizativos y jurídicos que tenían una influencia decisiva*”⁴²⁹.

219. Con el fin de evitar esta falta de uniformidad a la hora de solucionar el problema de la responsabilidad civil de los grupos de sociedades derivada de ilícitos concurrenciales, la doctrina se ha esforzado por extraer *diversos argumentos* a partir del Derecho de la UE y a partir del propio Derecho nacional de los Estados miembros. *Grosso modo*, se trataría conforme a la sistemática de M. KLOTZ de los siguientes:

220. 1º) *La existencia de un modelo de responsabilidad civil basado en la “unidad económica” del grupo, que estaría presente en la propia Directiva de daños antitrust*. Conviene distinguir dos posibles escenarios para el debate:

- a) *La propia Directiva de daños anticompetitivos*: En efecto, la Directiva define al “infractor” como “la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia” (art. 2.2 Directiva de daños antitrust)⁴³⁰. Frente a esta opinión, se alza un sector doctrinal que la considera una interpretación literal, un caso aislado semejante a una especie de *salto de pentagrama*, que se apoya en un modelo europeo de responsabilidad civil del grupo de sociedades, que realmente no existe, que no viene corroborado ni por el resto de la Directiva ni por el Derecho europeo originario y que legalmente carece de fun-

⁴²⁸ District Court of Midden Nederland, 20 July 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284.

⁴²⁹ District Court of Rotterdam, 26 January 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:588, § 14.4..

⁴³⁰ F.C. HAUS/M. SERAFIMOVA, “Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße: die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen”, *BB*, 69, 48, 2014, p. 2884; C. KERSTING, “Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht”, *WuW*, 64, 6, 2014, p. 565; ID., “Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit”, *WuW*, 64, 12, 2014, p. 1171; A.I. KÜHNE/S. WOITZ, “Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: ‘Follow-on’-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher”, *DB*, 68, 18, 2015, pp. 1028-1029; T. MAKATSCH/A.S. MIR, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, p. 8; C. VOLLRATH, “Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzrecht”, *NZKart*, 1, 11, 2013, pp. 434-446 (p. 438).

damento; puesto que supondría una armonización del Derecho de sociedades de los Estados miembros de la UE, que, como tal, hubiera debido basarse en el art. 50.2, letra g), TFUE, cosa que no aparece en ninguna parte de la Directiva de daños anticompetitivos⁴³¹.

- b) *Fuera de la Directiva de daños anticompetitivos: el principio de efectividad (Effektivitätsprinzip)*: Pero el Derecho de la UE sobre responsabilidad civil por daños anticompetitivos no se agota en la Directiva 2014/104/UE. Cabe recurrir a los principios formulados por el TJUE y, en concreto al *principio de efectividad*. Cuanto más amplio sea el círculo de los demandados, más probable es que el actor pueda satisfacer sus pretensiones. No es extraño, pues, que, como ha señalado con acierto T. KRUIS, resulte atractiva, en la práctica, la idea de demandar no sólo a la sociedad directamente responsable de la infracción del Derecho antitrust, sino también a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, en especial, la sociedad matriz⁴³². Existen, en efecto, *tres razones* a favor de esta idea. *Primera*: Se reduce el riesgo de impago (*das Forderungsausfallrisiko*), cuando se teme que los recursos financieros de la sociedad demandada susceptibles de embargo no sean suficientes o, incluso, se tema que los tribunales la declaren en quiebra⁴³³. *Segunda*: Si se recurre, como vimos, al foro de la conexidad (art. 8.1 RB I-bis), y se demanda a la sociedad matriz, se amplía notablemente el abanico de posibilidades para demandar a otras sociedades (filiales hermanas dentro del grupo de sociedades), estén en el territorio del Estado del foro o, incluso, fuera de él⁴³⁴. *Tercera*: Es la única solución a la vista, cuando la sociedad imputada/condenada por el acto anticompetitivo ha dejado de existir como consecuencia de su liquidación o de su adquisición por otra sociedad⁴³⁵.

En definitiva, como apunta S. THIBAUT-LIGER, lo que está en juego para la víctima es poderse dirigir hacia entidades solventes, que puedan hacer frente al resarcimiento de la totalidad del daño causado por los actos competitivos: la *importación de la noción de empresa* del Derecho antitrust europeo para calificar a la entidad deudora de la reparación del daño no sería más que el expediente necesario para ello⁴³⁶.

Por el contrario, quienes defienden el *principio de separación corporativa* creen que hay que distinguir, como hacían los antiguos escolásticos; puesto que el que no distingue, confunde. En primer lugar, no todos los obstáculos a los que tienen que enfrentarse las víctimas de cárteles, cuando pretenden el resarcimiento de los daños que aquéllos les han causado, son contrarios al *principio de efectividad* de los arts. 101 y 102 TFUE (= la *ausencia de responsabilidad colectiva de los grupos de sociedades* no es, por sí misma, contraria al *principio de efectividad* del Derecho antitrust europeo)⁴³⁷. En segundo lugar, el peligro de que, como consecuencia de la quiebra del cartelista demandado, la víctima del cártel sólo pueda cobrar una parte insignificante de lo que se le adeuda o, incluso, no llegue a cobrar nada es un riesgo común a cualquier tipo de acreedor⁴³⁸.

⁴³¹ En este sentido, *ad ex.*, R. Inderst/S. Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen: eine Untersuchung der juristischen und ökonomischen Grundlagen, Methoden und damit verbundenen Rechtsfragen betreffend die Ermittlung des Schadens bei Verstößen gegen das Kartellverbot*, Düsseldorf, Handelsblatt Fachmedien, 2015, p. 79; M. Klotz, *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*, Köln, Heymann, 2016, pp. 110-111; Id., “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 227; S. Thomas/S. Legner, “Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht”, *NZKart*, 4, 4, 2016, p. 156.

⁴³² T. Kruis, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 240-273 (p. 243).

⁴³³ T. Kruis, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244; T. Makatsch/A.S. Mir, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, p. 8.

⁴³⁴ T. Kruis, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴³⁵ T. Kruis, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴³⁶ S. Thibault-Liger, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 563.

⁴³⁷ M. Klotz, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 227.

⁴³⁸ M. Klotz, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 227.

221. 2º) La construcción de la responsabilidad civil del grupo de sociedades a partir del Derecho existente. Algunos juristas defienden la tesis de que la responsabilidad colectiva del grupo de sociedades por los actos anticoncurrenciales no es un acontecimiento que se dará en el futuro, sólo si se dan ciertas condiciones; sino que defienden que dicha cuestión jurídica ha sido ya resuelta por el Derecho nacional de los Estados miembros. Ésta se haya formado, entre otros, por dos tipos de reglas jurídicas: las normas de competencia de la UE y las normas dictadas por los propios Estados.

- a) *Normas de competencia de la UE:* Es perfectamente posible la *sincronización (Gleichlauf)* entre las normas del Derecho antitrust que contienen sanciones administrativas (de ordinario, multas y multas coercitivas) y las que contienen sanciones civiles (nulidad y reparación de daños). Es cierto que el Derecho originario de la UE, en el caso de estas últimas, sólo se refiere a la *nulidad* (art. 101.2 TFUE)⁴³⁹. Pero, para los restantes supuestos, es técnicamente correcto interpretar que hay una *laguna legal* que debe integrarse, recurriendo al Derecho material interno (Derecho civil) del Estado miembro correspondiente⁴⁴⁰.

Desde el campo de quienes sostienen la posición más conservadora se ha utilizado el argumento *quod nimis probat nihil probat* o, expresado con otros términos, “lo que prueba demasiado no prueba nada”. Si se admite -se dice- una imputación o atribución uniforme (*eine einheitliche Zurechnung*) de los arts. 101 y 102 TFUE habría que sostenerla en todos los ámbitos jurídicos (administrativo, civil y penal) y esto casaría mal con el principio *in dubio pro reo* característico del Derecho penal⁴⁴¹. Esta crítica es desafortunada. Es, sobre todo, maniquea. Caricaturiza a los contrarios para que, así, la crítica sea más fácil. Para ello, intenta hacer de la “imputación” (*Zurechnung*) un concepto *omnibus* que incluya y arrastre con él elementos de naturaleza diversa. Pero, más que nada, parece ignorar que, tanto en el procedimiento administrativo sancionador ante la Comisión de la UE o ante las Autoridades Nacionales de Competencia como en el procedimiento judicial ante tribunales de Estados miembros de la UE, la presencia de la sociedad filial y, en su caso, de la sociedad matriz es condición indispensable para que éstas puedan defenderse de cualquier malentendido, si es que éste fuera el caso.

- b) *Normas internas de los Estados miembros que implementan el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE:* Éste sería el caso, *ad ex.*, del § 33b GWB o del art. 75 de la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia (redactado conforme al Real Decreto-ley 9/2017, de 26 mayo, BOE nº 126 de 27 mayo 2017)⁴⁴². En estos preceptos, se facilita la prueba de la comisión de hechos ilícitos concurrenciales mediante presunciones que, según los países y los supuestos, pueden ser *iuris et de iure* o *iuris tantum*. La víctima no tiene que probar, cuando interpone una acción *follow-on*, en principio, que el demandado ha cometido un hecho ilícito, sino que su comportamiento le ha causado un daño y que, sin esa conducta ilícita, ella no hubiera padecido tal daño. Ahora bien, la decisión administrativa de la Comisión o de la Autoridad Nacional de Competencia no sólo condena, sino que también indica cuál es el círculo de los obligados a pagar las correspondientes multas (*der Kreis der Bussgeldschuldner*). Las víctimas de los cárteles o de los abusos de posición dominante les podrán demandar, apoyándose en el hecho de que participaron en el procedimiento administrativo originario en el que se

⁴³⁹ *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, “Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, en L. PRATS ALBENTOSA/G. TOMÁS MARTÍNEZ (COORD.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 149-172; C. HERRERO SUÁREZ, “”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93, 763, 2017, pp. 2263-2308.

⁴⁴⁰ En este sentido, *ad ex.*, M. KLING, “Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen”, *WRP*, 2010, pp. 506-518 (p. 508); D.A. ZETZSCHE, “Der Einfluss des europäischen Wirtschaftsrechts auf das Deliktsrecht”, *ZHR*, 179, 4, 2015, pp. 490-526 (pp. 514-515).

⁴⁴¹ En este sentido, *ad ex.*, M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 227-228.

⁴⁴² Sobre el art. 9 de la Directiva de daños anticompetitivos, *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *CDT*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 114-157.

basa la *follow-on action*⁴⁴³. En contra, se ha sostenido que este tipo de preceptos constituyen una excepción al *principio de libertad de prueba* y, por tanto, deben ser interpretados restrictivamente; lo que, dicho con otros términos, supondría que los tribunales civiles mantendrían las facultades que tienen en materia probatoria, sin atribuírselas a la Comisión o a las Autoridades Nacionales de Competencia ni siquiera de soslayo⁴⁴⁴.

222. 3º) *La formulación por la jurisprudencia o el legislador de una regla especial para este supuesto*. Es éste un enfoque que tiene un sólido *fundamento económico*: “Después de todo, el grupo de sociedades, como un todo, es el sujeto económico que influye en el proceso de competencia y no la sociedad individual” (M. KLOTZ)⁴⁴⁵. Pero cabe preguntarse si su *fundamento jurídico* es tan sólido como el económico. Cabría pensar, en efecto, que, como ha observado el propio M. KLOTZ, haciendo de *abogado del diablo*, que, en el futuro, el fundamento de la responsabilidad del grupo de sociedades por actos anticompetitivos de sus miembros (sociedad matriz, sociedades filiales, sociedades hermanas) debiera tener esto en cuenta y, sin embargo, depender menos de las particularidades del Derecho antitrust y más de las reglas de responsabilidad generalmente aceptadas⁴⁴⁶. Esto último es menos difícil de lo que parece a primera vista. Se trataría, en el caso del Derecho alemán, de recurrir a la *analogía*. Para integrar una *laguna legal* (el régimen jurídico de la responsabilidad civil de los grupos de sociedades por actos ilícitos concurrenciales), se recurriría a disposiciones legales ya existentes que, en determinadas condiciones, sí han superado el planteamiento de la responsabilidad societaria individual y lo han sustituido por la responsabilidad societaria grupal (*cohesive group liability*) o, si se prefiere, por la “responsabilidad de los propietarios de la empresa” (*Unternehmensinhaberhaftung*); tal como ocurre, en el Derecho alemán, en el caso de la *legislación sobre marcas, propiedad industrial y competencia desleal* (§ 8 Abs. 2 UWG, § 99 UrhG, § 2 Abs. 1 Satz 2 UklG, § 14 Abs. 7 MarkenG)⁴⁴⁷.

En Alemania, donde esta propuesta ha sido acogida por un sector doctrinal, existe *división de opiniones*. Hay quien sostiene que la creación del fundamento jurídico de la responsabilidad civil de la sociedad matriz (*Haftungsgrundlage gegenüber der Konzernmutter*) corresponde exclusivamente al legislador⁴⁴⁸. Hay quien, por el contrario, espera que cambie la jurisprudencia del BGH⁴⁴⁹. En realidad, esta última interpretación admite una posibilidad (la labor creadora de la jurisprudencia), sin descartar, por razones de seguridad jurídica, que la solución propuesta sea finalmente asumida por el legislador: “El legislador debería hacer de abogado de las víctimas de cárteles, a las que pertenecen también tanto pequeñas y medianas empresas como consumidores”⁴⁵⁰.

223. Desde el punto de vista del Derecho español, sería posible colmar la laguna legal existente, mediante una *interpretación correctora de los textos legales*. En este sentido, podrían hacerse valer los siguientes argumentos:

- 1º) Como se ha apuntado por la mejor doctrina, (A. CRISTOBAL MONTES, M. YZQUIERDO TOLSADA., etc.), la jurisprudencia española viene proclamando de manera clara, constante y uniforme

⁴⁴³ En este sentido, M. KLOTZ, *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*, Köln, Heymann, 2016, p. 123; S. WACHS, “Faktische Übernahme des wirtschaftlichen Unternehmensbegriffs für die Passivlegitimation bei Follow-on-Klagen?”, *WuW*, 67, 1, 2017, pp. 2-8; A. WEITBRECHT, “Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie: eine Chance für den Rechtsstandort Deutschland”, *WuW*, 65, 10, 2015, p. 965.

⁴⁴⁴ En este sentido, *ad ex.*, K. LEFFRANG, *Die Passivlegitimation im kartellrechtlichen Schadensersatzprozess: die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaft*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2014, pp. 139-140.

⁴⁴⁵ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 228.

⁴⁴⁶ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 228-229.

⁴⁴⁷ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229.

⁴⁴⁸ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229.

⁴⁴⁹ En este sentido, C. KERSTING, “Kartellopfers in der Gerechtigkeitslücke”, *WuW*, 2016, p. 329.

⁴⁵⁰ C. KERSTING, “Kartellopfers in der Gerechtigkeitslücke”, *WuW*, 2016, p. 329.

que, en cuestiones de responsabilidad civil por daños, rige el *principio de solidaridad*, cada vez que, existiendo varios sujetos supuestamente responsables de un hecho ilícito, resulta imposible determinar tanto la relevancia de cada acción como la responsabilidad concreta de cada uno de ellos⁴⁵¹.

- 2º) Nuestro propio TS no tiene inconveniente en reconocer que, a falta de disposición legal, la solidaridad que surge del vínculo contractual no existe más que si se pacta; mientras que la solidaridad en las obligaciones extracontractuales no tendría un origen convencional, sino que se trataría de una “creación jurisprudencial” (STS 8 mayo 1991 [R. 3585])⁴⁵². En caso de aplicarse esta solución a una relación privada internacional, estaríamos en presencia de una *norma material imperativa de origen jurisprudencial*, que daría la misma solución a los supuestos privados internos que a los supuestos privados internacionales⁴⁵³.
- 3º) En definitiva, nuestro país se alinearía con aquellos otros Estados miembros de la UE que han implantado, aunque mediante una *formulación legal*, el *principio de solidaridad en las obligaciones extracontractuales*, como, *ad ex.*, Alemania (§ 840-1º BGB), Austria (art. 1302 CC), Grecia (art. 926 CC), Portugal (art. 497 CC) o Rumanía (art. 1003 CC)⁴⁵⁴. En caso de aplicarse esta solución a una relación privada internacional, estaríamos en presencia de una *norma material imperativa de origen legal*, que daría la misma solución a los supuestos privados internos que a los supuestos privados internacionales.
- 4º) Como las *cuestiones de legitimación procesal pasiva* se rigen por la *lex causae*, la consecuencia inmediata, *desde el punto de vista procesal*, no puede ser otra, por razones de coherencia, que el reconocimiento de la posibilidad de dirigirse en las acciones de daños contra las diversas *sociedades integrantes de un grupo* (especialmente, la sociedad matriz) (*litisconsorcio pasivo*), que así tendrían la *posibilidad de defenderse* en el transcurso del procedimiento ante el tribunal estatal competente conforme al RB I-bis y que, en caso de condena de cantidad, no podrían objetar después, si se pretendiera obtener la validez extraterritorial de dicha decisión judicial en otro Estado miembro de la UE, que se infringieron sus *derechos de defensa*.

224. Es probable que la solución a este debate jurídico que recuerda a un *laberinto cretense de difícil salida* venga de la propia jurisprudencia del TJUE. Conforme a la petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Finlandia) el 22 de diciembre de 2017, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*, el Tribunal de Justicia tendría que resolver si es posible declarar la responsabilidad civil de la sociedad matriz y la continuidad económica conforme al Derecho de la UE, al margen de cómo resuelvan estas cuestiones las legislaciones nacionales de los Estados miembros. En concreto, al TJUE se le ha preguntado lo siguiente: “¿Debe determinarse la cuestión de quién responde de la indemnización de un daño ocasionado por una práctica contraria al artículo 101 TFUE mediante la aplicación directa de este artículo o con arreglo a las disposiciones nacionales?”

En el caso de que los sujetos responsables se determinen directamente mediante el artículo 101 TFUE: ¿Responden de los daños quienes estén comprendidos en el concepto de ‘empresa’ utilizado en dicha disposición? ¿Para determinar los sujetos obligados a indemnizar el daño deben aplicarse los mismos principios que ha utilizado el Tribunal de Justicia en materia sancionadora para identificar a los responsables, según los cuales la responsabilidad puede basarse especialmente en la pertenencia a la misma unidad económica o en la continuidad económica?

⁴⁵¹ *Vid.*, *ad ex.*, Á. CRISTOBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1985, p. 67; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, pp. 475-476.

⁴⁵² *Vid.*, *ad ex.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, p. 477.

⁴⁵³ Sobre las normas materiales imperativas, *vid.*, *ad ex.*, K. ANDEREGG, *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr, 1989; A. KÖHLER, *Eingriffsnormen: der “unfertige Teil” des europäischen IPR*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013; D. SCHULTE, *Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 1975.

⁴⁵⁴ *Vid.*, *ad ex.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, pp. 477-478.

*En el caso de que los responsables de la indemnización se determinen con arreglo a las disposiciones nacionales del Estado miembro: ¿Incumple el requisito de efectividad del Derecho de la Unión una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad que, tras adquirir todas las acciones de otra sociedad participante en un cártel contrario al artículo 101 TFUE, disuelve dicha sociedad continuando con su actividad comercial, no responde por los daños ocasionados por la práctica restrictiva de la competencia de la sociedad disuelta, a pesar de que sea prácticamente imposible o extraordinariamente difícil obtener una indemnización de la sociedad disuelta? ¿Se opone el requisito de efectividad a una interpretación del Derecho nacional de un Estado miembro conforme a la cual se exija para que haya una responsabilidad indemnizatoria que la reestructuración empresarial descrita se realizase de forma ilegal o artificial para eludir la responsabilidad indemnizatoria en virtud del Derecho de la competencia, o de cualquier otra forma desleal, o al menos que la sociedad conociera o debiera haber conocido la infracción contra la competencia en el momento de llevar a cabo dicha reestructuración?*⁴⁵⁵.

225. Para solucionar esta cuestión, el TJUE debiera ser consciente de dos datos (M. DANOV, R. MONICO):

- 1º) Existe un peligro muy frecuente en la práctica antitrust que hay que atajar: que “a group of companies could engage in anti-competitive conduct by setting up subsidiaries across Europe” (M. DANOV)⁴⁵⁶.
- 2º) Debiera poderse demandar a “la sociedad *holding* ante el juez del lugar en el que está situada la sociedad controlada al 100% que ha ejecutado el cártel por cuenta de la sociedad matriz”, apoyándose en el art. 7.5 RB I-bis y en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (= equiparación de las filiales meramente instrumentales con las sucursales efectos procesales) (R. MONICO)⁴⁵⁷.

Se aplicaría, por tanto, la *presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante*. Serían especialmente relevantes, a estos efectos:

- La STJUE 29 marzo 2011, C-201/09 P, ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Commission/ArcelorMittal Luxembourg y otros, ECLI:EU:C:2011:190, § 97 (“En el caso específico de que una sociedad matriz posea el 100 % del capital de su filial que ha cometido una infracción de las normas de competencia de la Unión, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de esa filial, por una parte y, por otra parte, existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva en el comportamiento de su filial [...]”)⁴⁵⁸;

⁴⁵⁵ DO C 83 de 5 marzo 2018.

⁴⁵⁶ M. DANOV, “Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases: Some Specific Issues Requiring Specific Solutions”, en M. DANOV/F. BECKER/P. BEAUMONT (EDS.), *Cross-border EU competition law actions*, Oxford, Hart, 2013, pp. 167-196 (p. 182); siguiendo su estela, R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, p. 1185.

⁴⁵⁷ R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, p. 1185; M. DANOV, “Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases: Some Specific Issues Requiring Specific Solutions”, en M. DANOV/F. BECKER/P. BEAUMONT (EDS.), *Cross-border EU competition law actions*, Oxford, Hart, 2013, p. 171. Sobre el foro de la sucursal (art. 7.5 RB I-bis), *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 439-444 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

⁴⁵⁸ Comentada por É. BARBIER DE LA SERRE, “Les limites de la suspension de la prescription”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 28, 2011, pp. 69-70; A. BÖHLKE, “Die gesamtschuldnerische Verantwortlichkeit im EU-Wettbewerbsrecht”, *EuZW*, 2011, pp. 781-784; W. FRENZ/T. LÜLS DORF, “Kontinuität und Zurechnung im Kartellrecht”, *EWS*, 2012, pp. 504-508; N. JALABERT-DOURY, “Traité CECA - Imputabilité: La CJUE valide les conditions de poursuite d’infractions au traité CECA postérieurement à son expiration et anéantit pour l’heure les espoirs suscités par les conclusions de son Avocat général s’agissant de l’imputabilité (ThyssenKrupp Nirosta, ArcelorMittal Luxembourg)”, *Concurrences*, n° 2, 2011, p. 95; A. LACRESSE, “Ententes - Application de la loi dans le temps: La CJUE confirme l’application des règles matérielles du traité CECA conjointement avec les règles procédurales du règlement n° 1/2003 et précise l’application des règles de prescription (Luxembourg c/ Commission, ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission)”, *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 182-184; C. ROBIN, “Imputabilité du comportement

- La STJUE 29 septiembre 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Comisión*, ECLI:EU:C:2011:620, § 56 (“*A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular del 100 % del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, cabe afirmar, por una parte, que esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial y, por otra, que existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia [...]*”)⁴⁵⁹;
- La STJUE 19 julio 2012, C-628/10 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión y Comisión/Alliance One International y otros*, ECLI:EU:C:2012:479, § 46 (“*El Tribunal de Justicia ha precisado que, en el caso específico de que una sociedad matriz posea el 100 % del capital de la filial que ha cometido una infracción de las normas de competencia de la Unión, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de esa filial y, por otra parte, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente dicha influencia [...]*”)⁴⁶⁰.

226. ➤ *Caso I. La responsabilidad civil de las filiales no condenadas por la Comisión Europea ante los tribunales franceses: El caso JCB Service (2015)*. En febrero de 1996, la sociedad francesa Central Parts denunció ante la Comisión Europea que concesionarios británicos e irlandeses de la sociedad de Derecho inglés JCB Service Ltd, que comercializaba máquinas y equipos para la construcción, se negaban a venderle esta maquinaria y que esta conducta infringía el Derecho antitrust europeo.

La Dec.Com. 21 diciembre 2000, COMP. F.1/35.918-JCB, declaró que JCB Service y sus filiales habían infringido las disposiciones del [actual] art. 101 TFUE y que concluyeron con los concesionarios acuerdos o prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia dentro del Mercado común con el fin de compartimentar los mercados nacionales y proporcionar protección absoluta a los territorios exclusivos fuera de los cuales los concesionarios tenían prohibido realizar ventas activas, que habían consistido especialmente en restricciones de las ventas pasivas de los distribuidores establecidos en el Reino Unido, Irlanda, Francia e Italia, que incluyeron las ventas a revendedores no autorizados, usuarios finales o distribuidores establecidos fuera de los territorios exclusivos y, en particular, en otros Estados miembros (= *entente vertical de reparto de mercados*). La Comisión impuso una sanción económica a la sociedad JCB Service y le ordenó que desistiera de esas prácticas.

La STPI 13 enero 2004, T-67/01, *JCB Service/Comisión*, ECLI:EU:T:2004:3⁴⁶¹, confirmó en este punto la decisión de la Comisión. Por último, el recurso interpuesto contra esta resolu-

d’une filiale à 100 % à la société mère”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 28, 2011, p. 24; W. VALASIDIS, “Les règles applicables en matière de sanction des comportements anticoncurrentiels relevant du traité CECA, postérieurement à son expiration”, *Rev.aff.eur.*, 2011, pp. 231-238.

⁴⁵⁹ Comentada por W. BOSCH, “Haftung für kartellrechtswidriges Handeln der Tochtergesellschaft - Neue Rechtslage nach dem Urteil in der Rechtssache Elf Aquitaine/Kommission?”, *ZWeR*, 2012, pp. 368-379; N. JALABERT-DOURY, “Imputabilité: L’Avocat général Mengozzi demeure insensible à l’argument de la probatio diabolica résultant de la présomption d’influence déterminante sur les filiales contrôlées à 100 % (Arkema, Elf Aquitaine)”, *Concurrences*, n° 2, 2011, p.104; M. KORT, “The Decision of the ECJ in Elf Aquitaine - Parent and Subsidiary as a Multiple Team of Horses Drawing a Vehicle Under the Control of a Single Driver?”, *IIC*, 2012, pp. 121-123; F. PICOD, “Annulation d’une décision d’imputabilité d’une infraction commise par une filiale à la société mère”, *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011 n° 42, p. 1877; C. ROBIN, “La présomption d’influence déterminante de la société mère sur sa filiale n’est pas irréfragable, même s’il est difficile de la renverser”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 30, 2012, p. 26; A. SVETLICINI, “Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A Rebuttable Presumption or Probatio Diabolica?”, *European Law Reporter*, 2011, pp. 291-292.

⁴⁶⁰ Comentada por M. AUBERT/E. BROUSSY/H. CASSAGNABÈRE, “Chronique de jurisprudence de la CJUE. Lorsque la Commission adopte une méthode particulière, conforme à la jurisprudence, pour apprécier l’exercice d’une influence déterminante de la société mère sur une filiale ayant participé à une infraction, elle doit l’appliquer à l’ensemble des sociétés mères concernées”, *L’actualité juridique - droit administratif*, 2012, p. 2274; W. FRENZ/T. LÜLSDORF, “Kontinuität und Zurechnung im Kartellrecht”, *EWS*, 2012, p. 504-508; L. IDOT, “Cartels et responsabilité de la société mère”, *Europe*, 2012, Octubre, Comm. n° 10, pp. 39-40; C. ROBIN, “Sanction de la différence de traitement des entreprises. Lorsqu’elle impute l’infraction aux sociétés mères, la Commission ne doit pas faire de différence entre les entreprises. Cette exigence suppose cependant que les sociétés mères soient dans des situations comparables”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 33, 2012, pp. 24-25; C. SARRAZIN, “Méthode de la ‘Double Base’: La Cour de justice rejette les pourvois et encadre le recours par la Commission à la méthode dite de la ‘double base’ au regard du principe de l’égalité de traitement”, *Concurrences*, n° 4, 2012, pp. 66-67.

⁴⁶¹ Comentada por L. IDOT, “Distribution. Le Tribunal se montre exigeant quant à la preuve des restrictions de concurrence en matière de prix”, *Europe*, 2004, Mars, Comm., n° 82, pp. 22-23.

ción judicial fue rechazado por la STJUE 21 septiembre 2006, C-167/04 P, *JCB Service/Comisión*, ECLI:EU:C:2006:594⁴⁶².

Tras la STPI 13 enero 2004, Central Parts demandó por daños y perjuicios a JCB Service, JCB Sales Ltd, JCB Finance Ltd y JC Bramford Excavators Ltd. Como quiera que, como consecuencia de un proceso, cuya resolución judicial se convirtió en firme, la sociedad JCB Finance fue excluida del juicio, éste continuó contra la sociedad matriz, que era la “única persona moral condenada en el dispositivo de la decisión de la Comisión Europea” (R. AMARO), y dos de sus filiales. Se plantearon así las *dos cuestiones* más importantes que estaban en juego con este procedimiento ante los tribunales franceses: ¿Puede declararse responsables civiles de los daños causados por un acuerdo o práctica colusoria a filiales que no han sido condenadas por la Comisión Europea, si se aporta la prueba de su participación en la infracción? ¿Cabe presumir que han causado un daño o debe probarse éste?. Solución → La sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique*, nº 871 de 6 octubre 2015 (13-24.854), ECLI:FR:CCASS:2015:CO00871⁴⁶³, rechazó los argumentos de las filiales y declaró que: *Primero*: Visto que los tribunales comunitarios habían confirmado la Decisión de la Comisión, cuya parte dispositiva establecía que JCB Service y sus filiales habían infringido el [actual] art. 101 TFUE, y que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators eran las principales sociedades de explotación contempladas, en tanto que filiales de JCB Service, por las Decisiones comunitarias, el hecho de que ellas no hayan sido condenadas por las Decisiones comunitarias no prohíbe a la jurisdicción nacional apreciar, a la luz de la información que se le haya presentado, en particular decisiones comunitarias, los elementos de su comportamiento constitutivos de una infracción, sin que esto signifique que se infrinja por el tribunal nacional el efecto relativo de la autoridad de cosa juzgada, la primacía de las decisiones de la Comisión Europea proclamada por el art. 16 del Reglamento 1/2003 y el derecho a un proceso justo. *Segundo*: Esa infracción puede consistir en participar en el cumplimiento de la política comercial anticompetitiva de la sociedad matriz que se encuentra a la cabeza del grupo de sociedades al que pertenecen sus filiales. En concreto, los tribunales comunitarios encontraron, por un lado, que la política comercial de la empresa matriz JCB Service era desalentar las exportaciones paralelas, prohibiendo a sus filiales de Reino Unido e Irlanda la venta de sus productos al extranjero y pidiéndoles que le remitiesen toda demanda dudosa para que les dijese si debían entregar o no, y, por otro lado, que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators, en tanto que filiales de JCB Service, notificaban a los distribuidores los acuerdos de distribución fraudulentos por orden de JCB Service, aplicaban las consignas de su política comercial y contribuían a la realización de las infracciones de prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia en el interior del Mercado común. *Tercero*: Como observa R. AMARO, que: “la existencia del perjuicio debe ser establecida por los jueces del fondo y no puede, parece, presumirse, pero la estimación de este perjuicio y la parte imputable a cada responsable pueden ser determinadas ulteriormente”⁴⁶⁴.

Una *valoración global* de este caso puede abocarnos a *dos conclusiones* que no son incompatibles entre sí. *Primera*: La sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique*, nº 871 de 6 octubre 2015 (13-24.854), ECLI:FR:CCASS:2015:CO00871, representa el triunfo de la *concepción civilista de la noción de sociedad* sobre la *noción jurídico-económica de empresa*, si bien atenuado por la posibilidad de que se aporten *pruebas complementarias* que acrediten la participación de varias sociedades de un grupo empresarial en un mismo ilícito concurrencial (S. THIBAUT-LIGER)⁴⁶⁵.

⁴⁶² Comentada por L. IDOT, “Restrictions à l’approvisionnement entre zones et distribution des engins de chantier”, *Europe*, 2006, Novembre, Comm. nº 332, p. 32; F. ZIVY, “Le prolongement excessif de la phase d’instruction peut permettre une violation des droits de la défense”, *Concurrences*, nº 4, 2006, pp. 115-116.

⁴⁶³ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 253-254); S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 573-575.

⁴⁶⁴ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, p. 254.

⁴⁶⁵ S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 573-575.

Segunda: Este enfoque facilitaría la “tarea de las víctimas” en las acciones *follow-on*, “donde hay pocas dudas de que las prácticas condenadas han causado un perjuicio a ciertos operadores” (R. AMARO)⁴⁶⁶.

227. ➤ *Caso 2. La responsabilidad civil de la sociedad matriz por el comportamiento anticompetitivo de una filial: El caso Orange Réunion (2016).* Entre 2004 y 2020, fue frecuente que operadores de telefonía franceses practicasen “diferenciación tarifaria”; es decir, *precios discriminatorios* que distinguían entre lo que se cobraba por las llamadas dentro de una misma red (*on-net*) y las llamadas entre teléfonos pertenecientes a distintas redes (*off-net*). La Autoridad Nacional de la Competencia francesa consideró, en repetidas ocasiones, que esta práctica constituía un *abuso de posición dominante*. Así, *ad ex.*, la decisión de la *Autorité de la Concurrence* de 13 junio 2014, n° 14-D-05, sancionó por este tipo de prácticas en algunos mercados regionales franceses con una multa de 45 millones de euros a SFR y a su filial SRR. Como consecuencia de esto último, *Orange Réunion*, filial de Orange interpuso una acción de reparación de daños anticompetitivos ante el Tribunal de comercio de París (= solicitó una indemnización de 135,2 millones de euros). SFR, la sociedad matriz demandada, quiso mantenerse al margen de este litigio resarcitorio y, entre otros motivos, mantuvo la tesis de que carecía de legitimación procesal pasiva en este caso: Según ella, dado que era una persona jurídica distinta de su filial y que sólo ésta había cometido el acto ilícito sancionado, no debería siquiera haber sido citada a comparecer en juicio. Técnicamente, pues, el Tribunal de comercio de París debía enfrentarse a un problema que, en muy poco tiempo, se ha vuelto *un clásico* en el mundo de las acciones civiles por daños anticompetitivos; a saber: Si las sociedades matrices que tienen filiales responsables de comportamientos anticompetitivos son civilmente responsables de estas prácticas en virtud del control que las primeras ejercen sobre estas últimas. Solución → SFR sostuvo que no era responsable civilmente de la conducta de su filial; puesto que se trata de sociedades distintas, cada una con personalidad jurídica propia. La sentencia del Tribunal de commerce de París, 15^e ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/SRR et SFR*, RG 2014058853, no le dio la razón: “[...] *nonobstant le principe d’autonomie des personnes morales, une société mère peut être condamnée à raison des activités d’une filiale dépourvue d’autonomie si elle s’est immiscée dans les activités de sa filiale*”. Después de esto y sin necesidad de apoyarse en la sincronización entre el Derecho antitrust y el Derecho de daños a la hora de definir los sujetos imputables o en el concepto de “empresa”, el Tribunal de comercio de París procedió a verificar si efectivamente la sociedad matriz ejercía tal control sobre su filial (Sentencia del Tribunal de commerce de París, 15^e ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/SRR et SFR*, RG 2014058853)⁴⁶⁷.

8. El Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968

A) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007

228. El Convenio de Lugano II (2007) tiene por objeto trasladar el contenido sustancial del Reglamento Bruselas I (2000) a los países firmantes de dicho Convenio, esto es, a Suiza, Islandia y Noruega y a los Estados miembros de la UE⁴⁶⁸. En la actualidad es ya preciso modernizar el Convenio

⁴⁶⁶ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, p. 254.

⁴⁶⁷ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 233-235).

⁴⁶⁸ *Vid.*, *ad ex.*, sobre el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 y de Lugano II de 30 octubre 2007, el Informe oficial P. JENARD / G. MÖLLER en *DOCE* C 189 de 28 julio 1990, pp. 57-121; F. POCAR, “Informe explicativo sobre el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007”, *DOUE* C 319 de 23 diciembre 2009; F. DASSER (HRSG.), *Lugano-Übereinkommen: Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, Bern, Stämpfli, 2008; G.A.L. DROZ, “La Convention de Lugano parallèle a la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCDIP*, 1989, pp. 1-51; A. FURRER/A.R. MARKUS/I. PRETELLI (HRSG.), *Die Herausforderungen des europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano- und Drittstaaten / The challenges of European civil procedural law for Lugano and third states*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2016; N. GILLARD/J. VOYAME (ED.), *L’espace judiciaire européen. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988*. Travaux de la journée d’étude, le 3 octobre 1991 à l’Université de Lausanne, Lausanne, Cedidac, 1992; S. GRUNDMANN, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1996; V.C. HAUBENSAK, *Umsetzung der Vollstreckung und Sicherung nach dem Lugano-Übereinkom-*

de Lugano II para alinearlo con el Reglamento Bruselas I-bis (2012). Varios datos deben subrayarse en relación con este Convenio de Lugano II:

- 1º) Este Convenio sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega, Dinamarca y Suiza entre sí, y en las relaciones entre estos cuatro Estados con los demás Estados miembros de la UE.
- 2º) El Convenio entró en vigor el 1 enero 2010 entre la UE, Noruega y Dinamarca. El 1 mayo 2011, entró en vigor también para Islandia (DOUE 26 mayo 2011) y el 1 enero 2011 entró en vigor para Suiza.
- 3º) El Convenio de Lugano II (2007) tiene por objeto trasladar el contenido sustancial del Reglamento Bruselas I (2000) a los países firmantes de dicho Convenio, esto es, a Suiza, Islandia y Noruega y a los Estados miembros de la UE (*vid.* Decisión del Consejo UE de 27 noviembre 2008). En la actualidad es ya preciso modernizar el Convenio de Lugano II para alinearlo con el Reglamento Bruselas I-bis (2012). El Convenio de Lugano II es un texto prácticamente idéntico al Reglamento Bruselas I, aunque no al Reglamento Bruselas I-bis de 2012.

229. ➤ *Caso. Torpedo action y Espacio judicial europeo: La jurisprudencia suiza afina en el caso Swatch (2018)*. Una empresa inglesa amenazó a Swatch y a dos de sus filiales (el grupo Swatch) con demandarlas, si no le enviaban piezas para sus relojes. Desde finales de 2015, el grupo suizo Swatch había cesado de expedir tales piezas. Antes de que se interpusiese contra este grupo de sociedades ninguna demanda de condena en Inglaterra, fue él quien solicitó al Tribunal de comercio del cantón de Berna (*Handelsgericht des Kantons Bern*) que constatase que ni existía tal obligación de entrega ni, por consiguiente, el cese de la entrega de piezas originaba derecho a indemnización alguna. El Tribunal de comercio fue consciente de que estaba o, al menos, podía estar ante una *Torpedo action* suiza (*forum running*) y se planteó si existía un interés suficientemente digno de protección en la incoación judicial de un procedimiento declarativo negativo (*negative Feststellungsklage*). El Tribunal de comercio, basándose en la jurisprudencia suiza existente hasta ese momento, dio una respuesta negativa (*fehlende Rechtsschutzinteresse*) y, por tanto, no entró a examinar el fondo del asunto. Interpuesto recurso, cabía preguntarse si éste prosperaría. Solución → En efecto, el recurso prosperó. El Tribunal federal suizo cambió sustancialmente la jurisprudencia existente. Observó que: (a) En materia internacional, el objetivo de una parte de buscar un foro que le convenga antes de que se interponga contra ella una acción en otro país es, generalmente, considerado un interés suficientemente digno de protección, salvo que exista abuso de derecho (*argumento del interés suficientemente digno de protección*): “*Zusammenfassend ist festzustellen, dass jedenfalls im internationalen Verhältnis das Interesse einer Partei, bei einem bevorstehenden Gerichtsverfahren einen ihr genehmen Gerichtsstand zu sichern, als genügendes Feststellungsinteresse zu qualifizieren ist. Vorzubehalten ist freilich auch hier das stets geltende Verbot des Rechtsmissbrauch [...]*”. El Tribunal federal consideró que la justicia suiza es eficiente, no es conocida por procesos muy dilatados y, por consiguiente, no había que temer que hubiese abuso de derecho en la interposición de una demanda declarativa negativa. (b) El (potencial) litigante en Suiza se encuentra en una situación desigual de inferioridad, cuando se le priva de interponer una acción declarativa negativa ante los tribunales suizos; mientras que es posible para el (potencial) litigante extranjero interponer una demanda torpedo o una acción de condena ante tribunales extranjeros (*argumento de la asimetría o desigual posición inicial de las partes [eine unzulässige Privilegierung des Leistungsklägers gegenüber dem negativen Feststellungskläger]*). (c) Existen razones fundadas para que una parte prefiera litigar en los tribunales de un país antes que en los

men in das Schweizer Recht: De lege lata und de lege ferenda, Zürich, St.Gallen, Dike, 2017; L. KILLIAS, “Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2013)”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 24, 4, 2014, pp. 687-741; A.R. MARKUS, “Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2016)”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 27, 1, 2017, pp. 103-132; Id., “Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2015)”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 26, 1, 2016, pp. 161-190; C. OETIKER/T. WEIBEL, *Lugano-Übereinkommen: LugÜ*, 2ª ed., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2016; T. SCHMIDT-PARZEFALL, *Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano*, Tübingen, Mohr, 1995; N. SIEVI, *Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2017.

de otro, como es el caso de las garantías procedimentales, el idioma, la duración o los gastos procesales (*argumento de las razones objetivas para la opción por un foro*): “[...] *Das tatsächliche Interesse, einen Prozess in diesem und nicht in jenem Staat zu führen, und damit daran, eine negative Feststellungsklage in der Schweiz erheben zu können, kann erheblich sein, allein wegen der unterschiedlichen Verfahrenssprache, Dauer und Kosten der Verfahren etc. [...]*”. Por consiguiente, el Tribunal federal reenvió el asunto al Tribunal de comercio, para que éste se pronunciase sobre su competencia judicial internacional, su competencia interna y, finalmente, zanjase el fondo del asunto⁴⁶⁹.

B) Relaciones entre el Reglamento Bruselas I-bis (2012) y el Convenio de Lugano de II de 30 octubre 2007

230. Resulta preciso deslindar los casos en los que se aplica el Convenio de Lugano II y no el Reglamento Bruselas I-bis ni el Convenio de Bruselas de 1968 (art. 54.1 ter CLug. y art. 64.2 CLug.II y art. 73.1 RB I-bis: “*El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007*”. El Convenio de Lugano II se aplica con preferencia sobre el Reglamento Bruselas I-bis en estos supuestos:

- 1º) Cuando el demandado estuviere domiciliado en un Estado que es parte, exclusivamente, en el Convenio de Lugano II, como Islandia, Noruega o Suiza⁴⁷⁰.
- 2º) Cuando los arts. 22 y 23 CLug.II (competencias exclusivas y sumisión expresa) otorgaren competencia a los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II⁴⁷¹.
- 3º) En los supuestos de litispendencia y conexidad, se aplica el Convenio de Lugano II siempre que se presente una demanda ante los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II
- 4º) En cuanto al reconocimiento y *exequatur*, se aplica el Convenio de Lugano II si el Estado de origen o el requerido es un Estado no miembro en el Reglamento Bruselas I-bis pero sí parte en el Convenio de Lugano II.

C) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y terceros Estados

231. La UE valora en la actualidad la posibilidad de abrir el Convenio de Lugano II a las relaciones entre la UE y otros terceros países que mantienen relaciones comerciales con Europa⁴⁷². Sería extremadamente útil para los operadores económicos que desarrollan su actividad en Europa que esto fuera así.

D) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y la cuestión danesa

232. Dinamarca tuvo que participar en la firma del Convenio de Lugano II al margen de la UE porque dicho Estado no participa en actos normativos que se adoptan por la UE en el marco de la “cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza” (= materia incluida en el Título V TFUE; *vid.* también Protocolo 22 al TFUE; (art. 69 antiguo Tratado CE). Esto es, los actos normativos producto de la “europeización del DIPr.” que ha tenido lugar a partir del art. 81 TFUE no son aplicables a Dinamarca y este país no participa en la adopción de tales textos legales. Dinamarca no ha transferido sus competencias soberanas a la UE en relación con el DIPr. Por ello, en la negociación del Convenio de Lugano II, participó en primer lugar, la UE; en segundo lugar, Noruega, Islandia y Suiza (= Estados no miembros de la UE), y en tercer lugar, Dinamarca, Estado miembro de la UE

⁴⁶⁹ Sentencia Bundesgericht (suizo) (I. Sección de Derecho civil) 14 marzo 2018, 4A_417/2017, disponible en: *bger.ch*.

⁴⁷⁰ AAP Barcelona 3 noviembre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7087A] (demandada con domicilio en Suiza).

⁴⁷¹ AAP Zaragoza 19 enero 2017 [JUR\2017\27700] (sumisión a tribunales de Lenzburg).

⁴⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10 junio 2009, COM(2009) 262 final.

pero que no había transferido sus competencias a la UE en relación con la “cooperación judicial en materia civil”.

E) El Convenio de Lugano I de 16 septiembre 1988

233. El Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 se celebró entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC/EFTA). El Convenio reproduce literalmente gran parte de las disposiciones del Convenio de Bruselas. El objetivo perseguido en el momento de su conclusión era la creación de un “espacio judicial europeo” (J.L. IGLESIAS BUHIGUES) que cubriera la UE y la EFTA, pues los Estados no comunitarios de la EFTA no podían adherirse al Convenio de Bruselas. Hoy la situación es muy diferente. El Convenio de Lugano sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega y Suiza entre sí y a las relaciones entre estos tres Estados con los Estados miembros de la UE. Este convenio de 1988 ha sido sustituido por el llamado Convenio de Lugano II (art. 69.6 CLug.II), de fecha 30 octubre 2007, en vigor desde el 1 enero 2010 (art. 69.2 CLug.II).

234. ➤ *Caso 1. Aplicación del Convenio de Lugano (2007) / Reglamento Bruselas I bis (2012).* Una empresa española presenta demanda judicial contra empresa con sede en Oslo ante un juez español en la que alega que la empresa noruega no ha entregado la mercancía pactada en el contrato, una partida de salmón, en Barcelona. Se discute qué norma de competencia judicial internacional debe aplicar el juez español para decidir si puede conocer del asunto, el Reglamento Bruselas I-bis o el convenio de Lugano II (2007). Solución→ Es aplicable para decidir en torno a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007. En efecto, la sociedad demandada está domiciliada en Noruega, país parte exclusivamente en el dicho convenio y Estado no miembro y no participante en el Reglamento Bruselas I-bis. Con arreglo al art. 7.1.b guión segundo CLug.II, es competente el tribunal español correspondiente al lugar de entrega de la mercancía.

235. ➤ *Caso 2. Litispendencia entre tribunal suizo y tribunal español.* Se suscita una cuestión de litispendencia entre tribunal español y tribunal suizo en relación con un litigio relativo a la nulidad de un contrato internacional de venta de inmueble sito en España. Se duda sobre la aplicación al caso del Reglamento Bruselas I-bis o del Convenio de Lugano II. Solución→ El tribunal español aplicará el Convenio de Lugano II, para resolver la cuestión y no el Reglamento Bruselas I-bis, pues los tribunales implicados en la litispendencia pertenecen a Estados partes en el Convenio de Lugano II y no a dos Estados miembros participantes en el Reglamento Bruselas I-bis.

236. ➤ *Caso 3. Demandado con domicilio en Noruega.* Se presenta una demanda ante tribunal español contra un sujeto con domicilio en Noruega por haber incumplido un contrato de concesión comercial de venta en España y se duda sobre la aplicación al caso del Convenio de Lugano II. Solución→ El Convenio de Lugano II es aplicable. El tribunal español debe aplicar dicho convenio internacional y no el Reglamento Bruselas I-bis para decidir sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, pues el demandado tiene su domicilio en un Estado parte en el Convenio de Lugano II y no participante en el Reglamento Bruselas I-bis. Ello se entiende, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación de los arts. 24, 25 y 26 RB I-bis.

237. ➤ *Caso 4. Demandado con domicilio en España y sumisión a favor de tribunales suizos.* Una empresa con sede social en Köln demanda a una empresa con sede estatutaria en Barcelona ante tribunales españoles y surge la duda de saber si el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable al caso. Solución→ El Reglamento Bruselas I-bis es aplicable, pues el demandado está domiciliado en un Estado miembro y participante en el Reglamento Bruselas I-bis. No obstante, si el demandado impugna la competencia de los tribunales españoles y alega una sumisión expresa hecha a favor de los tribunales suizos, la validez y efectos de dicha sumisión se regirán por el Convenio de Lugano II (art. 23 CLug.II) y no por el Reglamento Bruselas I-bis, pues se ha prorrogado, presuntamente, la competencia de tribunales de un país exclusivamente parte en el Convenio de Lugano (Suiza), y no participante en el Reglamento Bruselas I-bis.

238. ➤ *Caso 5. Demandado con domicilio en Suiza y demanda ante tribunales suizos.* Una empresa con sede social en Madrid presenta demanda ante tribunales suizos por incumplimiento de un contrato de agencia comercial que debía ejecutarse en España. El demandado tiene su domicilio en Suiza. Resulta preciso concretar si el tribunal suizo aplicará o no al caso el Reglamento Bruselas I-bis o el Convenio de Lugano II. Solución→ El tribunal suizo aplicará, para decidir sobre su competencia judicial internacional, exclusivamente, el Convenio de Lugano II de 2007, pues para Suiza no rige ni el Reglamento Bruselas I-bis ni el Convenio de Bruselas de 1968, textos legales que no forman parte del Derecho suizo y que no obligan a las autoridades suizas ya que Suiza no es un Estado miembro de la UE.

F) Diferencias entre el Reglamento Bruselas I (2000) y el Convenio de Lugano II (2007)

239. El Convenio de Lugano de 1988 ha sido sustituido por el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 (*vid.* Decisión del Consejo UE de 27 noviembre 2008), que entró en vigor el 1 enero 2010. Aunque el Convenio de Lugano II ha tratado de reflejar fielmente el contenido del Reglamento Bruselas I de 2000, algunas diferencias han sido inevitables. Las más importantes son las que siguen: 1º) Art. 22 CLug.II: se ha aclarado que la competencia exclusiva en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, corresponde a los tribunales del Estado sujeto al Convenio en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún convenio internacional o instrumento legal de la UE, pero “*independientemente de que el asunto haya sido el resultado de una acción o de la defensa*”; 2º) Cuestiones particulares reguladas en los Protocolos anejos al Convenio de Lugano II, que son: (a) Protocolo 1, relativo a la notificación de documentos (art. 1), a la demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros (art. 2), a la reserva suiza de no aplicación del art. 34.2 CLug.II en lo relativo a la necesidad de “recurrir contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo” como requisito para que concurra el correspondiente motivo de denegación del *exequatur*; (b) Protocolo 2, relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio de Lugano II y a la creación de un Comité permanente al efecto; (c) Protocolo 3, relativo a la aplicación del artículo 67 del Convenio de Lugano II; 3º) Es importante recordar que el TJCE ha declarado que la celebración del nuevo Convenio de Lugano “corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea” y no a los Estados miembros (Dictamen TJCE 7 febrero 2006).

G) Vigencia del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 and a little bit of Brexit

240. El Convenio de Bruselas, antecedente directo del Reglamento Bruselas I (2000) e indirecto del Reglamento Bruselas I-bis (2012), presenta ciertas diferencias de fondo con ambos Reglamentos. El Convenio de Bruselas sigue en vigor en los territorios en los que se aplicaba el Convenio de Bruselas pero a los que no se aplica el Reglamento Bruselas I-bis en virtud del art. 355 TFUE. El Convenio de Bruselas ha experimentado diversas modificaciones. La interpretación vinculante del mismo corresponde al TJUE en virtud del Protocolo de 3 junio 1971. En la actualidad, y una vez sustituido por el Reglamento Bruselas I y I-bis, su aplicación es residual y poco frecuente. El art. 68. 1 RB I-bis dispone que el Reglamento Bruselas I-bis sustituirá, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del Reglamento citado en virtud del art. 355 TFUE. Se ha sugerido que este Convenio podría resultar aplicable entre la UE y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cuando el *Brexit* se concrete. En realidad, ello dependerá de lo que los términos concretos en los que se lleve a término el *Brexit* y de los acuerdos específicos entre la UE y el Reino Unido⁴⁷³.

⁴⁷³ En general, sobre el *Brexit* y el DIPr., *vid., ad ex.*, O. AKYUREK/C. PHILIBERT, “Brexit et exequatur”, *Petites affiches*, 406, 1, 2017, pp. 7-9; P. BERTOLI, “La ‘Brexit’ e il diritto internazionale privato e processuale”, *RDIPP*, LIII, 3, 2017, pp. 599-632; J. FITCHEN, “The PIL consequences of Brexit”, *NIPR*, 35, 3, 2017, pp. 411-432; T.M. GRUPP, “Entwicklungen im Umfeld einer Rechts- und Gerichtsstandswahl in Zeiten von Brexit”, *EuZW*, 28, 24, 2017, pp. 974-980; E. LEIN, “Unchartered territory?: a few thoughts on private international law post Brexit”, *Yearbook of Private International Law*, XVII, 2015-2016 (2017), pp. 33-47; H.-P. MANSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2016: Brexit ante portas!”, *IPRax*, 37, 1, 2017, pp. 1-39; M. PILICH, “Brexit and EU private international law: may the UK stay in?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*,

A falta de tales acuerdos y disposiciones, parece imposible que el Convenio de Bruselas de 1968 resulte aplicable, puesto que se trata de un “Convenio cerrado” en el que sólo pueden participar los Estados partes de los Tratados fundacionales europeos y el Reino Unido habrá dejado de serlo. En verdad, el Convenio de Bruselas constituye un “Convenio estructural” de la UE (= a un nivel operativo similar al Tratado de Roma de 25 marzo 1987, por ejemplo), de modo que si un Estado miembro abandona la UE, abandona todos los Convenios estructurales de la UE, lo que incluye el Convenio de Bruselas de 1968.

III. Derecho aplicable

1. Introducción

241. En la actualidad, las normas de DIPr. más relevantes en España para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales son las que siguen:

- a) *Reglamento Roma II*. El texto legal más significativo para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Reglamento Roma II”)⁴⁷⁴. El Reglamento Roma II señala la Ley aplicable a la

24, 3, 2017, pp. 382-398; R. PODSZUN/T. ROHNER, “Nach dem Brexit: die Stärkung staatlicher Gerichte für wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten”, *BB*, 73, 9, 2018, pp. 450-454; B.K. RENTSCH, “Das Vereinigte Königreich als ‘Drittstaat’ im Sinne der Rom I-VO: zur Zukunft von Rechtswahl und zu den Gefahren der ‘Binnenmarktklausel’ nach dem Brexit”, *EuZW*, 28, 24, 2017, pp. 981-987; G. RÜHL, “The Effect of Brexit on the Resolution of International Disputes: Choice of Law and Jurisdiction in Civil and Commercial Matters”, en J. ARMOUR/H. EIDENMÜLLER (EDS.), *Negotiating Brexit*, München, C.H.Beck, Oxford, Hart, 2017, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 61-66; ID., “Judicial cooperation in civil and commercial matters after Brexit : which way forward?”, *JCLQ*, 67, 1, 2018, pp. 99-128; T. SNELLING, “Negotiating Brexit: recognition and enforcement of judgments”, en J. ARMOUR/H. EIDENMÜLLER (EDS.), *Negotiating Brexit*, München, C.H.Beck, Oxford, Hart, 2017, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 67-72; M. SONNENTAG, *Die Konsequenzen des Brexits für das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; J. UNGERER, “Brexit von Brüssel und den anderen IZVR-/IPR-Verordnungen zum Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrecht”, en KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEEL (HRSG.), *Brexit und die juristischen Folgen: Privat- und Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 297-320.

⁴⁷⁴ Sobre el Reglamento Roma II, *vid.*, *ad ex.*, T. BAYH, *Die Bereichsausnahme auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts in Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe d Verordnung Rom II: ein Beitrag zur Abgrenzung zwischen Delikts- und Gesellschaftsstatut im neuen Internationalen Privatrecht*, Hamburg, Kovač, 2014; C.H. BEHRENS, *Gesamtschuldnerausgleich und sonstige Regressansprüche im europäischen Kollisionsrecht nach der Rom I-, Rom II- und EG-Unterhaltsverordnung*, Hamburg, Kovač, 2013; G.-P. CALLIESS (ED.), *Rome Regulations: Commentary*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2008; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91; R. GIL-NIEVAS, “El proceso negociador del Reglamento ‘Roma II’”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 109-185; A.S. DE S. GONÇALVES, *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado: a mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013; C. GRAF-SCHIMEK, “Die Rom II-VO und die internationale Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO”, en D. AICHBERGER-BEIG (HRSG.), *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008, pp. 17-35; V. GÜNGÖR, *Sorgfaltspflichten für Unternehmen in transnationalen Menschenrechtsfällen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2016; P. HAY, “Contemporary approaches to non-contractual obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community’s ‘Rome II’ Regulation”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 137-151; J. VON HEIN, “Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung”, *ZEuP*, 2009, pp. 6-33; ID., “Of older siblings and distant cousins: The contribution of the Rome II Regulation to the comunitarisation of Private International Law”, *RabelsZ*, 73, 2009, pp. 461-508; G. HOHLOCH, “Die ‘Bereichsausnahmen’ der Rom II-VO”, *IPRax*, 2012, pp. 110-119; H. JACOBS, “Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen”, *IPRax*, 2015-4, pp. 293-297; A. JUNKER, “Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage”, *NJW*, 2007, pp. 3675-3683; T. KADNER GRAZIANO, “Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung”, *RabelsZ*, 73, 2009, pp. 1-76; M. KÖCK, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; K. KREUZER, “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für ausservertragliche Schuldverhältnisse (Rom II)”, en G. REICHEL (HRSG.), *Europäisches Kollisionsrecht: anwendbares Recht, gerichtliche Zuständigkeit, Vollstreckung von Entscheidungen im Binnenmarkt*, Wien, Manz, 2004, pp. 13-62; A.-L. KÜHN, *Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht: am Beispiel einer Spaltung des Mehrpersonenverhältnisses zwischen deutschem und englischem Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die neue EG-Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rom

mayor parte de obligaciones extracontractuales que pueden suscitar litigios internacionales. Sin embargo, el Reglamento Roma II no señala la Ley aplicable a todas las posibles obligaciones extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros.

- b) *Otros textos de Derecho internacional privado.* Existen también otras normativas contenidas en Convenios y otros instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos de obligaciones extracontractuales: daños nucleares, contaminación del mar por hidrocarburos, etc.
- c) *El art. 10.9 del Código Civil.* El art. 10.9 CC no ha sido derogado por el Reglamento Roma II. Por tanto, el precepto se halla plenamente vigente. Varias consideraciones resultan precisas al respecto:

- 1º) El art. 10.9 CC designa la Ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados por dicho Reglamento Roma II ni por otros Convenios y textos legales internacionales en materia de obligaciones extracontractuales. Es el caso de la difamación, la lesión del derecho a la intimidad y la vulneración del derecho a la propia imagen.
- 2º) Por otro lado, visto que ciertas Comunidades Autónomas españolas disponen de normas civiles sustantivas específicas en materia de obligaciones extracontractuales, el art. 10.9 CC designa la Ley aplicable a los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales (art. 16 CC). De todos modos, cuando se trata de cuestiones reservadas a la legislación estatal y no autonómica, como la prescripción de las acciones en relación con “materias mercantiles”, es aplicable la legislación del Estado español. Así ocurre con la prescripción de acciones derivadas de accidentes de circulación por carretera que se ejercitan contra compañías de seguros, pues la materia “seguros” es de competencia exclusiva del Estado⁴⁷⁵. La jurisprudencia relativa al art. 10.9 CC en casos de Derecho interregional es abundante⁴⁷⁶.

2. Caracteres generales del Reglamento Roma II

242. El Reglamento Roma II presenta los siguientes rasgos básicos:

- a) *Reglamento de perspectiva conflictual.* El Reglamento Roma II contiene normas de conflicto que señalan la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales. Los Es-

II’), *RIW*, 2007, pp. 721-735; M. MANDERY, *Party autonomy in contractual and non-contractual obligations: a European and Anglo-Common Law perspective on the freedom of choice of law in the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2014; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013; H. NETTLAU, *Die kollisionsrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO*, Frankfurt am Main, Bern, Wien, PL Acad. Research, 2013; T. ODENDAHL, *Internationales Deliktsrecht der Rom II-VO und die Haftung für reine Vermögensschäden*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; H. OFNER, “Die Rom II-Verordnung – Neues Internationales Privatrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Union”, *ZfRV*, 2008, pp. 13-24; D. PAULUS, *Außervertragliche Gesellschafter- und Organwalterhaftung im Lichte des Unionskollisionsrechts*, München, Beck, 2013; B. SUJECKI, “Die Rom II-Verordnung”, *EWS*, 2009, pp. 310-319; A. VOGELER, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013; G. WAGNER, “Die neue Rom II-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 1-17; D.J. ZIMMER, *Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen: das internationale Kartellprivatrecht nach “Rom II” und “Empagran”*, Hamburg, Kovač, 2013.

⁴⁷⁵ SAP Madrid 17 marzo 2016 [ECLI:ES:APM:2016:4114] (accidente de circulación en Francia); SAP Barcelona 28 febrero 2013 [ECLI:ES:APB:2013:4401] (prescripción de acciones derivadas de accidentes de circulación ocurridos en Cataluña).

⁴⁷⁶ SAP Burgos 17 enero 2013 [ECLI:ES:APBU:2013:24] (prescripción de acciones en Derecho interregional); SAP Barcelona 4 septiembre 2012 [ECLI:ES:APB:2012:9343] (daños en vivienda); SAP Barcelona 19 julio 2011 [ECLI:ES:APB:2011:7718] (prescripción de la acción de repetición y hechos en Cataluña); SAP Barcelona 5 mayo 2011 [ECLI:ES:APB:2011:4356]; SAP Girona 5 marzo 2007 [ECLI:ES:APGI:2007:387] (accidente de tráfico en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí); SAP Girona 8 octubre 2008 [ECLI:ES:APGI:2008:1634] (accidente de circulación en Catalunya); SAP Barcelona 30 septiembre 2009 [ECLI:ES:APB:2009:9916] (colisión de automóviles en Cataluña); SAP Barcelona 16 febrero 2011 [ECLI:ES:APB:2011:1797] (accidente de circulación en Cataluña); SAP Barcelona 22 marzo 2013 [ECLI:ES:APB:2013:3439] (obligaciones extracontractuales); SAP Barcelona 6 junio 2013 [ECLI:ES:APB:2013:6778] (prescripción de acciones extracontractuales); SAP Barcelona 23 abril 2013 [ECLI:ES:APB:2013:9876] (daños extracontractuales).

tados miembros, naturalmente, mantienen intactas sus normativas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales. Cada Estado miembro conserva su “Derecho sustantivo de daños”.

b) *Objetivos del Reglamento Roma II*. El Reglamento Roma II unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales. Con ello, dicho Reglamento persigue diversos objetivos:

1º) *Acabar con el “Forum Shopping”*. Gracias al Reglamento Roma II, la Ley material reguladora de las obligaciones extracontractuales será siempre la misma, con independencia del tribunal que resulte competente para conocer del litigio, siempre que sea un tribunal de un Estado miembro.

2º) *Potenciar la seguridad jurídica, la certeza legal y el principio de previsibilidad legal*. Los sujetos que operan y habitan en la UE pueden saber, *ex ante*, con total certeza, cuál es la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, y con absoluta independencia del Estado miembro cuyos tribunales conozcan. Ahora bien, aunque el Reglamento Roma II persigue potenciar la “previsibilidad” en el sector de las obligaciones extracontractuales, ésta puede ser entendida de dos maneras: (a) Como la aplicación de la Ley que las partes esperan ver aplicada a la situación privada internacional que les afecta, esto es, como una directriz que conduce a aplicar la Ley más estrechamente conectada con el litigio, la Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos; (b) Como la determinación segura, cierta, estable y clara de la Ley aplicable a la situación privada internacional. El legislador de la UE, sin excluir la primera noción, parece primar la segunda. El legislador de la UE está obsesionado con la elaboración de normas de conflicto rígidas porque piensa que ello aumenta la “seguridad jurídica” y la “previsibilidad” (O. BOSKOVIC).

3º) *Fomentar la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la UE*. El traslado de empresas y personas de uno a otro Estado miembro no provocará un cambio en la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo que potencia la libre circulación de personas y factores productivos en la UE.

c) *Carácter erga omnes del Reglamento Roma II*. El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales, si la del Estado miembro de la UE cuyos tribunales deben conocer del asunto, la de otro Estado miembro de la UE o la de un tercer Estado (art. 3 RR-II) (*universelle Anwendung*)⁴⁷⁷. En consecuencia, las normas de DIPr. de producción interna de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento Roma II. Por otro lado, el Reglamento Roma II es vinculante para todos los Estados miembros de la UE, excepto para Dinamarca (art. 1.4 RR-II). El Reino Unido e Irlanda ejercitaron su derecho de *opting-in* y son Estados miembros en el Reglamento Roma II.

d) *Interpretación europea del Reglamento Roma II*. Los conceptos empleados por el Reglamento Roma II deben ser objeto de una interpretación autónoma, uniforme y europea, salvo que el mismo Reglamento contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros

⁴⁷⁷ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91 (p. 78); P. KINDLER, *Einführung in das neue IPR des Wirtschaftsverkehrs: Praxishandbuch*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2009, p. 138; S. LEIBLE, *Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht. Referat im Rahmen der Vortragsreihe “Rechtsfragen der europäischen Integration”*, Bonn, den 08.12.2008, Bonn, Verlag Zentrum für Europ. Wirtschaftsrecht, 2009, p. 23; R. SACK, “Internationales Lauterkeitsrecht nach der Rom II-VO”, *WRP*, 2008, pp. 845-865 (846); T. HOLZMÜLLER/C. VON KÖCKRITZ, “Private enforcement of Competition Law under the Rome II Regulation”, *G.C.L.R.*, 2010, pp. 91-97 (p. 91); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 375-381.

para determinar su sentido y su alcance. Para fijar el sentido uniforme, autónomo y europeo de un concepto utilizado por el Reglamento deben tenerse presentes el tenor literal de la disposición, su contexto y los objetivos perseguidos por el Reglamento Roma II⁴⁷⁸.

- e) *Remisión material*. La Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II es, en todo caso, la Ley material de dicho país; es decir, las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado (art. 24 RR-II). El reenvío está prohibido en todo caso⁴⁷⁹.

3. Ámbito de aplicación

243. El Reglamento Roma II se aplica cuando concurren las circunstancias que delimitan su ámbito de aplicación material, espacial, personal y temporal⁴⁸⁰.

A) Material

244. El Reglamento Roma II se aplica para determinar la Ley aplicable en relación con los supuestos que presentan estos dos caracteres: a) Supuestos con carácter “internacional”; (b) Supuestos relativos a obligaciones extracontractuales.

a) Supuestos internacionales

245. El Reglamento Roma II determina, a través de sus normas de conflicto, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, “*en las situaciones que comportan un conflicto de leyes*” (art. 1 *in primis* RR-II). Es decir, el Reglamento Roma II sólo es aplicable cuando el caso presenta “elementos extranjeros” que suscitan la duda de saber qué Ley estatal rige el supuesto.

246. Varias observaciones son precisas al respecto: 1º) *Remisión a la Ley de Estados plurilegislativos y “sistema inglés” de determinación de la Ley aplicable*. Cuando un Estado se compone de varias unidades territoriales con sus propias normas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento Roma II (art. 25.1 RR-II)⁴⁸¹; 2º) *Supuestos de Derecho interregional*. El Reglamento Roma II no se aplica a tales casos de Derecho interregional. En el supuesto de España, y visto que España no ha formulado Declaración alguna al respecto, los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales quedan sujetos al art. 10.9.1 CC⁴⁸².

b) Supuestos relativos a obligaciones extracontractuales

247. El Reglamento Roma II señala la Ley estatal aplicable a todo tipo de obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil:

⁴⁷⁸ STJUE 10 diciembre 2015, C-350/14, *Lazar*, § 21, ECLI:EU:C:2015:802, comentada por D. BUREAU, “La loi applicable à la réparation du préjudice par ricochet: Cour de justice de l’Union européenne, 10 décembre 2015, aff. C-350/14”, *RCDIP*, 4, 2016, pp. 678-684; T. KADNER GRAZIANO, “The law applicable to tort claims brought by secondary victims: the Florin Lazar v. Allianz Spa and Germanwings cases”, *Yearbook of Private International Law*, XVII, 2015-2016, pp. 477-489; A. SPICKHOFF, “Der Erfolgsort im europäischen Kollisionsrecht: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Dezember 2015: mit Anmerkung”, *ZEuP*, 25, 4, 2017, pp. 953-965.

⁴⁷⁹ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 178-181.

⁴⁸⁰ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 82-82.

⁴⁸¹ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 181-183.

⁴⁸² SAP Girona 5 marzo 2007 (accidente de tráfico acaecido en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí y aplicación del Derecho catalán) [ECLI:ES:APGI:2007:387].

- 1º) *Concepto de “materia civil o mercantil”*. El concepto de “materia civil o mercantil” debe ser definido de modo autónomo, propio del Reglamento Roma II. Dicho concepto coincide con el mismo concepto de “materia civil o mercantil” que emplea el art. 1 RB-I según lo ha interpretado el TJCE en una muy copiosa jurisprudencia⁴⁸³. Quedan excluidas las relaciones en las que interviene un Estado que ejercita sus potestades soberanas de Derecho Público.
- 2º) *Concepto de “obligaciones extracontractuales”*. El concepto de “obligaciones extracontractuales” es un concepto autónomo, europeo y propio del Reglamento Roma II. No debe ser extraído de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Por tanto, el art. 12.1 CC es inaplicable⁴⁸⁴. La autonomía europea del concepto “obligaciones extracontractuales” asegura la aplicación uniforme del Reglamento Roma II en todos los Estados miembros⁴⁸⁵. Dos precisiones resultan necesarias. Primera: El Reglamento Roma II determina la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales derivadas de los siguientes hechos y actos (art. 2 RR-II): (a) Un hecho dañoso. El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales que nacen de todo tipo de hecho dañoso, ya constituya éste un mero ilícito civil o un ilícito penal, delito o falta (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, M. GARDEÑES SANTIAGO). Y todo tipo de daño está cubierto: daño material, daño moral, conductas ilícitas o de cualquier otro tipo. El Reglamento Roma II también se aplica en casos de daños “futuros” o daños “inminentes” (art. 2 RR-II). El Reglamento Roma II cubre tanto la “responsabilidad por culpa” como la “responsabilidad objetiva” (Cons. 11 RR-II); (b) Enriquecimiento injusto; (c) Gestión de negocios; (d) *Culpa in contrahendo*⁴⁸⁶. Segunda: Es irrelevante el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal o la autoridad pública que resulte competente para decidir del asunto. Toda autoridad pública de los Estados miembros debe aplicar el Reglamento Roma II, ya se trate de un juez del orden jurisdiccional penal, contencioso-administrativo, laboral, civil, mercantil, o de cualquier otra autoridad pública (*vid.* Cons. 8 RR-II).

248. Varias observaciones son precisas.

- 1º) *Definición del concepto por el TJUE*. El concepto de “obligaciones extracontractuales” no se define en el Reglamento Roma II. Pero el TJUE acude presto al rescate con su habitual energía creativa de conceptos jurídicos. En efecto, el TJUE ha perfilado este concepto en su jurisprudencia relativa al Reglamento Bruselas I-bis de 22 diciembre 2000 y ha proporcionado un concepto autónomo de estas obligaciones⁴⁸⁷. En efecto, el TJCE entiende que las obligaciones extracontractuales son todas aquéllas que se producen al margen de una relación contractual entre las partes, es decir, al margen de una “vinculación jurídica voluntaria entre las partes”⁴⁸⁸.

⁴⁸³ STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2014:2319, §§ 28-33; STJCE 14 octubre 1976, C-29/76, *LTU/Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137; STJCE 16 diciembre 1980, C-814/79, *Países Bajos/Rüf-fer*, ECLI:EU:C:1980:291; STJCE 14 noviembre 2002, C-271/00, *Baten*, ECLI:EU:C:2002:656; STJCE 15 mayo 2003, C-266/01, *Préservatrice Foncière TIARD*, ECLI:EU:C:2003:282; STJUE 15 febrero 2007, C-292/05, *Lechouritou y otros*, ECLI:EU:C:2007:102; STJCE 18 mayo 2006, C-343/04, *Čez*, ECLI:EU:C:2006:330.

⁴⁸⁴ SAP Madrid, Sec.21ª, 4 enero 1994, *REDI*, XLVII,1995, pp. 249-253.

⁴⁸⁵ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166; STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459.

⁴⁸⁶ *Vid., ad ex.*, G. FISCHER, “Culpa in contrahendo im europäischen Internationalen Privatrecht”, en J. BAUR ET AL. (HRSG.), *Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, Verlag Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 689-701; S. TOMMASI, “Neuere Entwicklungen zum Thema culpa in contrahendo”, *GPR*, 7, 2010, pp. 291-302.

⁴⁸⁷ C. WENDELSTEIN, “Wechselseitige Begrenzung von Vertrags- und Deliktsgerichtsstand im Rahmen des europäischen Zuständigkeitsrechts”, *ZEuP*, 2015, pp. 622-636; A. WENDENBURG/M. SCHNEIDER, “Vertraglicher Gerichtsstand bei Ansprüchen aus Delikt?”, *NJW*, 2014, pp. 1633-1636.

⁴⁸⁸ STJCE 22 marzo 1983, C-34/82, *Peters/Zuid Nederlandse Aannemers vereniging*, ECLI:EU:C:1983:87; STJCE 8 marzo 1988, C-9/87, *Arcado/Haviland*, ECLI:EU:C:1988:127; STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handie/TMCS*, ECLI:EU:C:1992:268; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Drouot assurances/Consolidated metallurgical industries y otros*, ECLI:EU:C:1998:242; STJCE 17 septiembre 2002, C-334/00, *Tacconi*, ECLI:EU:C:2002:499; STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555; STJCE 5 febrero 2004, C-265/02, *Frahuil*, ECLI:EU:C:2004:77.

- 2º) *Noción de “vinculación jurídica voluntaria entre las partes”*. La noción de “vinculación jurídica voluntaria de una parte frente a otra” y, en consecuencia, la noción de “materia contractual”, es muy amplia⁴⁸⁹. Así, el TJCE entiende que son materia contractual los pleitos derivados de nulidad o inexistencia del contrato y de “contratos preliminares”: puede existir “materia contractual” incluso si el contrato no se ha celebrado formalmente.
- 3º) *Amplitud de la noción materia contractual y limitación de la noción “obligaciones extracontractuales”*. En consecuencia, vista la amplitud de la noción propia del Derecho de la UE y relativa a la “materia contractual”, la noción de “materia extracontractual” resulta ser residual y restringida⁴⁹⁰. Por tanto, deben considerarse como “obligaciones extracontractuales” aquellas obligaciones que derivan de un hecho ilícito o no, siempre que no sean “contractuales” y no aparezcan estrechamente ligadas a otras instituciones jurídicas.
- 4º) *Casos de calificación complicada*. Siempre quedarán hechos de difícil calificación, como los accidentes laborales, los que se producen en el contexto de un contrato de transporte o los daños financieros (J.C. SEUBA TORREBLANCA)⁴⁹¹. Dos reglas pueden emplearse en estos “casos difíciles”: (a) *Primera regla*: en principio, cuando exista un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra, la responsabilidad derivada de dichos accidentes, debe ser considerada como “contractual” (H. BATIFFOL / P. LAGARDE, D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE). En caso contrario, debe primar su calificación extracontractual y el Reglamento Roma II será aplicable (L. FERRARI BRAVO, M.C. PRYLES, G. BALLADORE PALLIERI); (b) *Segunda regla*: si la solución anterior no es viable, puede seguirse la regla creada por el TS español, en cuya virtud, en estos “casos grises” situados entre la responsabilidad contractual y extracontractual, debe abrirse una “opción calificatoria” en beneficio del perjudicado. Éste debe poder optar por ejercitar una acción contractual o extracontractual, según más le convenga. Esta opción, trasladada al campo del DIPr., produce un resultado curioso (L. GARAU JUANEDA): el perjudicado debe poder elegir entre la aplicación de la norma de conflicto que señala la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I de 17 junio 2008) o la aplicación de la norma de conflicto que señala la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II de 11 julio 2007). Esta solución también ha sido apoyada por el TJUE en casos en los que la intervención de una persona genera daños que pueden ser calificados como “contractuales” (= infracción de deberes asumidos voluntariamente por el presunto responsable) o “extracontractuales” (= infracción del deber general de no dañar a otro/*neminem laedere*)⁴⁹².

249. ➤ *Caso. Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil de los autores de prácticas anticompetitivas: El caso Cinésogar (2017)*. La empresa titular de una sala de cinematografía (*Ciné-Théâtre du Lamentin*) solicitó ante los tribunales franceses, en 2010, que una empresa distribuidora de películas, previamente condenada por la Autoridad Nacional de la Competencia francesa (decisión *Conseil de la Concurrence* 15 septiembre 2004, nº 04-D-44, *relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l’exploitation de films*) y la *Cour d’appel* de París por abuso de posición dominante (sentencia *Cour d’Appel* de París, 1^{re} ch. H, 29 marzo 2005, RG 2004/19930), le indemnizase con una cantidad cercana a los 2 millones de euros por los *daños económico y moral causados*. El demandante basaba su demanda en la *responsabilidad contractual* de la empresa con la que había mantenido una relación comercial duradera. Solución → La *Cour d’Appel* de Fort-de-France no entró a conocer del fondo del asunto; puesto que consideró que la acción estaba prescrita. Pero, previamente, tuvo que precisar cuál era la naturaleza de la responsabilidad civil atribuible, en su caso, al autor de un acto anticompetitivo. Es cierto que casi siempre se contemplan los daños anticompetitivos como un su-

⁴⁸⁹ H. REIHER, *Der Vertragsbegriff im europäischen Internationalen Privatrecht: ein Beitrag zur Abgrenzung der Verordnungen Rom I und Rom II*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2010.

⁴⁹⁰ STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handie/TMCS*, ECLI:EU:C:1992:268.

⁴⁹¹ J.C. SEUBA TORREBLANCA, “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento ‘Roma II’”, *Indret*, 269, 1, 2005, pp. 1-30 (www.indret.com).

⁴⁹² STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 21.

puesto de obligación extracontractual (= la obligación de indemnizar surge *ex lege*; porque se ha infringido el Derecho de la competencia, que está formado por normas de Derecho imperativo). Pero también es cierto que cabe preguntarse si se debe mantener la anterior afirmación, cuando existe un vínculo contractual previo entre el causante del daño y la víctima. En este caso, la *Cour d'Appel* de Fort-de-France no pareció excluir *a priori* que se pueda debatir esto último. Finalmente, sin embargo, la *Cour d'Appel* de Fort-de-France se apartó de la tesis sostenida por la demandante. Proclamó la *responsabilidad extracontractual*, al seguir un razonamiento por exclusión: “[...] *en l'absence de manquement de la société Filmdis à ses obligations nées du contrat spécifiquement conclu avec M. Rosan C., les fautes commises para celle-ci ne peuvent engager que sa responsabilité délictuelle*” (sentencia *Cour d'Appel* de Fort-de-France 24 enero 2017, RG 15/00486, *C. c/ SARL Cinésogar, SARL Filmdis, SAS Mediagestion*)⁴⁹³.

250. El Reglamento Roma II no se aplica, en particular, a las siguientes materias (art. 1.2 RR-II): 1º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos regulados por el Derecho Público*. El Reglamento Roma II no se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*) (Cons. 9 RR-II). Son “actos *iure imperii*” todos aquellos que los Estados o sus órganos llevan a cabo cuando operan y actúan en cuanto Estados u órganos del mismo, es decir, “actos de autoridad”; 2º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos de Derecho de Familia*; 3º) *Responsabilidad civil derivada en casos de Derecho sucesorio y matrimonial*; 4º) *Obligaciones cartáceas*; 5º) *Obligaciones propias del Derecho societario*; 6º) *Trust*; 7º) *Obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear*; 8º) *Obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de la intimidad y de los derechos de la personalidad*; 9º) *Cuestiones relativas de la prueba y el proceso*. El Reglamento Roma II no se aplica a estas cuestiones, sin perjuicio de los arts. 21 y 22 RR-II.

B) Espacial

251. El Reglamento Roma II se aplica por todas las autoridades de los Estados miembros participantes en dicho Reglamento y en el entero territorio de tales Estados miembros (*räumlicher Anwendungsbereich*)⁴⁹⁴. Son Estados miembros participantes en el Reglamento Roma II todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca (art. 1.4 RR-II), que debe ser tratada, desde esta perspectiva, como un tercer Estado⁴⁹⁵. El Reino Unido e Irlanda ejercitaron su derecho de *opting-in* y son Estados miembros en el Reglamento Roma II.

C) Personal

252. El Reglamento Roma II presenta carácter *erga omnes*. Ello significa que se aplica para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales (art. 3 RR-II). En consecuencia, las normas de DIPr. de producción interna de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento Roma II.

⁴⁹³ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 213-215).

⁴⁹⁴ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91 (p. 78); H. HEISS/L. LOACKER, “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II”, *JBl*, 2007, pp. 613-646 (p. 616); A. JUNKER, “Das internationale Privatrecht der Strassenverkehrunfälle nach der Rom II-Verordnung”, *JZ*, 2008, pp. 169-178 (p. 170); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 374-375; W. WURMNEST, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten”, *EuZW*, 23, 24, 2012, pp. 933-939 (p. 936).

⁴⁹⁵ C. HANDIG, “Rom II-VO: Auswirkungen auf das Internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht”, *wbl*, 2008, pp. 1-12 (p. 2); J. VON HEIN, “Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung”, *ZEuP*, 2009, pp. 6-33 (p. 15).

D) Temporal

253. El Reglamento Roma II es *irretroactivo*. Se aplica exclusivamente a los “*hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor*” (art. 31 RR-II) (*die zeitliche Anwendbarkeit*). Lo relevante no es el momento en el que se verifica el “daño”, sino el momento en el que tiene lugar el “hecho” generador del daño. *Ejemplo*: es relevante el momento en el que se produce un vertido contaminante en un río a su paso por España y no el momento en el que un sujeto que se baña en dicho río a su paso por Portugal resulta dañado en su persona y/o bienes. El Reglamento Roma II se aplica íntegramente a los hechos ocurridos a partir del 11 enero 2009 (art. 32 RR-II)⁴⁹⁶.

254. Es cierto que el Reglamento Roma II no contiene una norma que fije de manera expresa la fecha de *entrada en vigor* del mismo⁴⁹⁷. El art. 32 RR-II señala, exclusivamente, la “fecha de aplicación” del Reglamento (= momento temporal a partir del cual se aplica, lo que presupone que ya ha entrado en vigor). Pues bien, para concretar la fecha de entrada en vigor del Reglamento Roma II procede recurrir a la regla general formulada en el art. 297.1.III TFUE: “*Los actos legislativos se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación*”. Visto que el Reglamento Roma II fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 31 julio 2007, entró en vigor veinte días después de su publicación, es decir, el 20 agosto 2007 (*Geltungsbeginn*). El art. 31 RR-II fija, en realidad, el “momento de aplicación inicial del Reglamento” y no el “momento de su entrada en vigor”, pese a lo confuso de la rúbrica del precepto. El Reglamento Roma II se aplica a los *daños verificados a partir del 11 enero 2009*⁴⁹⁸. Desde esta fecha, los tribunales de los Estados miembros, dentro de los límites espaciales del RR-II, están obligados a aplicar sus normas y, por tanto, también el art. 6 RR-II a los hechos generadores de daños (*Schadensereignisse*) que se produzcan⁴⁹⁹.

4. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general

255. El sistema general para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II recoge diversos puntos de conexión que se estructuran del siguiente modo (arts. 14 y 4 RR-II):

1º) *Ley elegida por las partes*. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del art. 14 RR-II⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Sent. JMercantil de Madrid 9 enero 2014 (nulidad relativa de marcas y daños en España, Méjico, Chile y Perú) [ECLI:ES:JMM:2014:5].

⁴⁹⁷ J. GLÖCKNER, “Keine klare Sache: Der zeitliche Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung”, *IPRax*, 2009, pp. 121-124.

⁴⁹⁸ En este sentido, *ad ex.*, STJUE 17 noviembre 2011, C-412/10, *Homawoo*, ECLI:EU:C:2011:747, §§ 29-30 (accidente ocurrido en Francia el 29 agosto 2007 y demanda por daños en Inglaterra con arreglo al Derecho inglés); sentencia High Court (Ch Div) 9 marzo 2018, *Deutsche Bahn AG & Others v MasterCard*, [2018] EWHC 412 (Ch), § 25, comentada por W. JAZRAWI/A. ZALEWSKA, “Mastering applicable law in English proceedings: Deutsche Bahn v Mastercard”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. R41-R51.

⁴⁹⁹ A. BÜCKEN, “Intertemporaler Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung”, *IPRax*, 2009, pp. 125-128; M. ILLMER, “Luxemburg locuta, causa finita! Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung”, *GPR*, 9, 2012, pp. 82-84 (p. 84); H.-P. MANSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen”, *IPRax*, 2012, pp. 1-31 (p. 28); F. MUNARI, “L’entrata in vigore del Regolamento Roma II e i suoi effetti sul private antitrust enforcement”, en G. VENTURINI/S. BARIATTI, *Liber Fausto Pocar*, vol. II, Milano, 2009, pp. 757-771 (también en *Dir. comm. int.*, 22.2, 2008, pp. 281-295); B. SUECKI, “Die Entwicklung des europäischen Privat- und Zivilprozessrechts im Jahr 2011”, *EuZW*, 2012, pp. 327-332 (pp. 331-332); G. SCHULZE, “Vorlagebeschluss zur intertemporalen Anwendung der Rom II-VO”, *IPRax*, 2011, pp. 287-288; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 381-382.

⁵⁰⁰ P. BERTOLI, “Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation”, *RDI*, 2009, pp. 697-716; A. ESPINIELLA MENENDEZ, “La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) n° 864/2007 (‘Roma II’) sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 299, 2009, pp. 95-109; H. JACOBS, “Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen”, *IPRax*, 2015-4, pp. 293-297; J. KÖTHE, *Schranken der Parteiautonomie im internationalen Deliktsrecht*, Berlin, Münster, Lit-Verl. 2008; S. LEIBLE, “Re-

- 2º) *Ley de la residencia habitual común de las partes*. En defecto de Ley elegida en las condiciones del art. 14 RR-II, las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 RR-II)⁵⁰¹.
- 3º) *Lex Loci Delicti Commissi*. En defecto de los criterios anteriores, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 RR-II)⁵⁰².
- 4º) *Cláusula de excepción*. No obstante, y salvo el caso en el que las partes hayan elegido la Ley aplicable con arreglo al art. 14 RR-II, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 ó 4.2 RR-II, se aplicará la ley de este otro país (art. 4.3 RR-II)⁵⁰³.

256. Las normas de conflicto contenidas en el RR-II no impiden que los Estados miembros apliquen sus propias *normas jurídicas imperativas* (“leyes de policía”) reguladoras de las obligaciones extracontractuales, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual (art. 16 RR-II)⁵⁰⁴. En efecto, los Estados miembros pueden disponer de normativas imperativas aplicables a las obligaciones extracontractuales en ciertos casos “internacionales”. Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma II no imposibilitan la aplicación de dichas normas imperativas⁵⁰⁵. El concepto de norma jurídica internacionalmente imperativa no viene definido por el art. 16 RR-II. Es un silencio intencionado. Como se observa fácilmente, si se analizan los antecedentes históricos y los trabajos legislativos que condujeron finalmente al Reglamento Roma II, la noción es la misma, *mutatis mutandis*, que la que empleó el art. 7.2 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y la que emplea el art. 9.1. RR-I, que, como es comúnmente sabido, se inspiró en la STJCE 23 noviembre 1999, C-369/96 y C-376/96, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, § 30: “[...] en relación con la calificación [...] de las disposiciones controvertidas como leyes de policía y de seguridad, debe entenderse esta expresión en el sentido de que se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se

chtswahl im IPR der ausservertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-VO”, *RIW*, 2008, pp. 257-264; M. MANDERY, *Party autonomy in contractual and non-contractual obligations: a European and Anglo-Common Law perspective on the freedom of choice of law in the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2014; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 96-107; A. VOGELER, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

⁵⁰¹ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 114-116.

⁵⁰² J. FUENTES MAÑAS, “La regla *lex loci delicti commissi* y normas localizadoras especiales”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 341-352; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Un apunte sobre la llamada ‘Regla general’ en el Reglamento ‘Roma II’”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 241-250.

⁵⁰³ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 116-117. Sobre las “cláusulas de excepción”, *vid.*, *ad ex.*, T. HIRSE, *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht: methodentheoretische und -kritische Gedanken zur Konkretisierung einer besonderen kollisionsrechtlichen Generalklausel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; S. SCHREIBER, *Ausweichklauseln im deutschen, österreichischen und schweizerischen internationalen Privatrecht*, Hamburg, Kováč, 2001.

⁵⁰⁴ *Vid.*, *ad ex.*, R. FREITAG, “Ausländische Eingriffsnormen vor deutschen Gerichten”, *NJW*, 71, 7, 2018, pp. 430-435; L. GÜNTHER, *Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen*, Saarbrücken, Verlag Alma Mater, 2011; B. VON HOFFMANN, “Sonderanknüpfung zwingender Normen im internationalen Deliktsrecht”, en P. GOTTWALD/E. JAYME (HRSG.), *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag I. Dezember 2000*, Bielefeld, Gieseking, 2000, pp. 283-296; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 158-166; J. NOJACK, *Exklusivnormen im IPR: Interessenanalyse, dogmatische Einordnung und Anwendungsprobleme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 117-124; D. SCHRAMM, *Ausländische Eingriffsnormen im Deliktsrecht: ein Beitrag zu Art. 19 IPRG und Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes einer Rom II-Verordnung*, Bern, Stämpfli, 2004; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 637-668.

⁵⁰⁵ Sent. Cour Cassation Francia 25 enero 2007 (Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de accidente ocurrido en los Estados Unidos e indemnización a las víctimas con arreglo a la Ley francesa), *RCDIP*, 2008, p. 596.

ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él⁵⁰⁶. De ahí el art. 12 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), Bruselas, 22 julio 2003, COM(2003) 427 final, que desapareció del texto definitivo del Reglamento Roma II⁵⁰⁷. Por otra parte, estas normas no son abundantes en este sector; aunque existen, dado que es perfectamente posible que una norma de este tipo no sólo proteja intereses de Derecho público, sino, además, intereses individuales (sentencia OLG Frankfurt 2 octubre 2001, *WUW/E DE-R*, 801-805)⁵⁰⁸.

5. Ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

257. El ámbito de la Ley aplicable designada por el Reglamento Roma II como Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales es muy amplio. Las cuestiones que regula la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se relacionan, si bien de modo no exhaustivo, en el art. 15 RR-II. En concreto, la Ley designada por el Reglamento Roma II regulará los siguientes aspectos: 1º) Fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; 2º) Causas de exoneración de la responsabilidad civil, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; 3º) Existencia, naturaleza y evaluación de los daños o indemnización solicitada; 4º) Dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales rige las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño. El art. 15 Reg. Roma II permite que el tribunal que conoce del asunto pueda adoptar una medida cautelar prevista por su legislación (*Lex Fori*) pero en relación con bienes determinados respecto de los cuales la medida cautelar no puede adoptarse según la *Lex Fori*, aunque sí según la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales. Esto es: el catálogo de medidas procesales y cautelares se rige por la *Lex Fori* pero las condiciones necesarias de fondo para adoptar tales medidas (= la oportunidad de hacerlo, su procedencia), se rigen por la Ley que regula las obligaciones extracontractuales determinada ex Reglamento Roma II. El embargo (= el procedimiento del mismo, sus requisitos procesales) se rige por la *Lex Fori* pero cuándo ordenar el embargo y por qué son cuestiones sujetas la Ley que rige las obligaciones extracontractuales; 5º) Transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización; 6º) Personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; 7º) Responsabilidad por actos de terceros; 8º) Modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Comentada, *ad ex.*, por Y. ARIF, "Eingriffsnormen und öffentlichrechtliche Genehmigungen unter der Rom II-VO", *ZfRV*, 2011, pp. 258-267; M. FALLON, *RCDIP*, 2000, pp. 728-737; S. KREBBER, "Die Anwendung des eigenen Arbeitsrechts auf vorübergehend aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer. Europa- und kollisionsrechtliche Gedanken", *ZEuP*, 2001, pp. 365-378; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Otra lectura de la jurisprudencia del TCJE sobre desplazamiento de trabajadores. (del asunto Arblade al Portugaia)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, pp. 435-453; M. LUBY, "Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services", *JDI Clunet*, 2000, pp. 493-494; K. MAYR, "Dienstleistungsfreiheit, Schlechtwetter- und Treuemarken im Baugewerbe - eine unendliche Geschichte?", *European Law Reporter*, 1999, pp. 506-507. En general, sobre las normas materiales imperativas en el Derecho laboral internacional, *vid.*, *ad ex.*, R. CALLSEN, *Eingriffsnormen und Ordre public-Vorbehalt im Internationalen Arbeitsrecht: ein deutsch-französischer Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2015; A. STOLL, *Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht: dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2002; G. STRAUBE, *Sozialrechtliche Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2001; P. WENNINGER, *Die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes als inländische Eingriffsnormen des internationalen Arbeitsrechts: unter Berücksichtigung der Rom I-Verordnung*, Göttingen, Cuvillier, 2012.

⁵⁰⁷ R. GIL-NIEVAS, "El proceso negociador del Reglamento 'Roma II'", *AEDIP*, VII, 2007, p. 168.

⁵⁰⁸ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 640.

⁵⁰⁹ SAP Madrid 17 marzo 2016 (accidente de circulación en Francia) [ECLI:ES:APM:2016:4114]; SAP Barcelona 30 septiembre 2009 (colisión de automóviles en Cataluña y aplicación de la Ley catalana a la prescripción de la acción) [ECLI:ES:APB:2009:9916]; SAP Barcelona 16 febrero 2011 (accidente de circulación en Cataluña) [ECLI:ES:APB:2011:1797].

258. Sin perjuicio de que, a continuación, se analice la normativa especial del Reglamento Roma II para los actos contrarios al Derecho antitrust, debe dejarse ya constancia de que un problema práctico que suele plantearse es el de la *prescripción de la acción de indemnización por daños antitrust (die Einrede der Verjährung)*: todo parece estar sometido a discusión en los tribunales (la *duración* del plazo de prescripción, el *punto de partida* del plazo de prescripción [*dies a quo*], las eventuales *causas de interrupción o suspensión* del plazo de prescripción)⁵¹⁰. Puede plantearse como un *problema autónomo* (= transcurrió el tiempo y resulta preciso saber cuánto pasó desde que el cártel o el abuso de posición dominante terminó: más allá de una fecha, ya no puede interponerse una acción judicial por daños) o como un *problema dependiente de una cuestión de Derecho transitorio* (= el régimen legal previsto para la prescripción por la legislación interna es sustituido por un plazo distinto previsto en una normativa nueva que sustituye a la anterior, como, *ad ex.*, la Directiva de indemnización por daños antitrust o la legislación estatal que la desarrolla).

La nueva normativa es “irretroactiva”: no puede aplicarse a actos anticompetitivos que se realizaron antes de que estuviera en vigor ni puede, por tanto, “resucitar” las posibles acciones de las partes que ya prescribieron (*ad ex.*, sentencia Rechtbank Limburg 16 noviembre 2016, C/03/190094 / HA ZA 14-204, ECLI:NL:RBLIM:2016:9897; sentencia LG Mannheim 24 enero 2017, 2 O 195/15, disponible en: http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=21866).

Una normativa de un Estado miembro de la UE que no reconozca que la sumisión del asunto concurrencial a la Autoridad Nacional de Competencia tiene el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la acción de reparación puede tener carácter *inconstitucional* (sentencia *Cour constitutionnel* belga 10 marzo 2016, n° 38/2016, *Herman Verboven c/ Honda*).

259. ➤ *Caso I. Prescripción e interrupción de la prescripción: El caso Orange Réunion (2016)*. Entre 2004 y 2020, fue frecuente que operadores de telefonía franceses practicasen “diferenciación tarifaria”; es decir, *precios discriminatorios* que distinguían entre lo que se cobraba por las llamadas dentro de una misma red (*on-net*) y las llamadas entre teléfonos pertenecientes a distintas redes (*off-net*). La Autoridad Nacional de la Competencia francesa consideró, en repetidas ocasiones, que esta práctica constituía un *abuso de posición dominante*. Así, *ad ex.*, la decisión de la *Autorité de la Concurrence* de 13 junio 2014, n° 14-D-05, sancionó por este tipo de prácticas en algunos mercados regionales franceses con una multa de 45 millones de euros a SFR y a su filial SRR. Como consecuencia de esto último, *Orange Réunion*, filial de Orange interpuso una acción de reparación de daños anticompetitivos ante el Tribunal de comercio de París contra SFR y su filial SRR (= solicitó una indemnización de 135,2 millones de euros). Técnicamente, el Tribunal de comercio de París debió enfrentarse a un problema que, en muy poco tiempo, se ha vuelto *un clásico* en el mundo de las acciones civiles por daños anticompetitivos: cuál es el momento inicial o *dies a quo* a partir del cual se debe computar el plazo de prescripción y cuáles son los hechos o actos que interrumpen/suspenden el cómputo del plazo de prescripción. Solución → La sentencia del Tribunal de commerce de París, 15° ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/ SRR et SFR*, RG 2014058853, resolvió ambas cuestiones de la siguiente manera:

⁵¹⁰ *Vid.*, *ad ex.*, A. BACH/C. WOLF, “Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht: zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung”, *NZKart*, 5, 6, 2017, pp. 285-294; J. HOFFMANN/S. SCHNEIDER, “Die Verjährung unter der Kartellschadensersatzrichtlinie”, *WuW*, 2016, pp. 9-19; F. LOUBIÈRES/F. SAINT-OLIVE, “Private enforcement et prescription: les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation?”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 39, 2014, pp. 181-185; M.R. MAUGERI, “Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterranza”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIV, 2, 2008, parte I, pp. 169-177; M. MINGIONE, “Prescrizione del diritto al risarcimento dei danni per violazione di norme antitrust”, *Il Corriere Giuridico*, XXXIV, 3, 2017, pp. 379-386; B. NASCIBENE/F. ROSSI DAL POZZO, “La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività”, en F. ROSSI DAL POZZO/B. NASCIBENE (Ed.), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, pp. 123-135; G. SCOCCINI, “La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust: dal diritto vigente alla disciplina contenuta nella Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust”, en E.A. RAFFAELLI (Ed.), *Antitrust between EU law and national law: XII Conference (Treviso, 2016)*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 483-501; K. SEIFERT, “Die Verjährung kartellrechtlicher Follow-on-Schadensersatzansprüche”, *WuW*, 2017, pp. 474-482; V. SOYEZ, “Die Verjährung des Schadensersatzanspruches gem. § 33 Abs. 3 Satz 1 GWB”, *ZWeR*, 2011, pp. 407-421; Id., “Verjährung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 240-243; J. ZEHETNER/K. KÖCK, “Haftung des Gesetzgebers für Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen verspäteter Umsetzung der EU-Kartellschadensersatz-RL?”, *ÖZK*, n° 2, 2017, pp. 71-74.

Primera cuestión: Dies a quo. Ni las partes ni el Tribunal de comercio de París discutieron que el plazo era *quinquenal* y que debía empezar a contarse desde la *fecha en que Orange Réunion entró en los respectivos mercados regionales de telecomunicaciones* y se le aplicaron precios discriminatorios (2001, en un caso, y 2007, en otro). El *Tribunal de commerce* de París se equivocó. Si el tribunal francés hubiera aplicado el art. 2224 del *Code civil* (“*Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d’un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l’exercer*”), hubiera podido llegar a una solución “próxima a la obtenida siguiendo el espíritu de la Directiva” (R. AMARO)⁵¹¹. Según el art. 10.2 de la Directiva de daños antitrust, “[l]os plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; / b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y / c) la identidad del infractor”. Nadie en Francia hubiera podido afirmar con rotundidad, en 2001 o en 2007, que la diversificación tarifaria constituía un abuso de posición dominante. No es sólo que todas las operadoras la practicaran. Tampoco lo es que se discutiera varias veces ante la Autoridad Nacional de la Competencia francesa. Es que hubo algún caso en que, incluso, un tribunal francés consideró que era imprevisible la ilicitud de este comportamiento y, en consecuencia, redujo la multa impuesta por la *Autorité de la Concurrence* (sentencia *Cour d’appel* de París, ch. 5-7, 19 mayo 2016, *Orange et SFR*, nº 2013/01006). Hubiera sido más sencillo que el *Tribunal de commerce* de París se hubiera decantado por la fecha de condena del abuso de posición dominante por la *Autorité de la Concurrence*.

Segunda cuestión: Interrupción de la prescripción. El *Tribunal de commerce* de París se alineó con las empresas demandadas. Consideró que el plazo de prescripción se interrumpió por la sumisión del asunto al Tribunal de comercio de París (8 octubre 2014) y que, por consiguiente, la demandante sólo podría reclamar la indemnización de daños y perjuicios ocurridos en los cinco años inmediatamente anteriores (8 octubre 2009 a 8 octubre 2014). El *Tribunal de commerce* de París se equivocó. Pudo haber aprovechado la inexistencia de una jurisprudencia uniforme en aquella época, para acoger la principal interpretación sostenida por Orange Réunion en este punto: que la interrupción de la prescripción se produjo con la sumisión del asunto a la Autoridad Nacional de la Competencia francesa (4 junio 2009) y que, por tanto, podría pretenderse la indemnización de los daños anticompetitivos ocurridos a partir del 4 junio 2004. Esta solución hubiera sido mucho más favorable a la sociedad demandante (*antitrust plaintiff friendly*) (Sentencia del *Tribunal de commerce* de París, 15^o ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/SRR et SFR*, RG 2014058853)⁵¹².

260. ➤ *Caso 2. Daños civiles e infracción de normas antitrust: prescripción e interrupción de la prescripción (2017).* El Ayuntamiento de Göttingen (Alemania) compró al demandado (MAN Truck & Bus Deutschland GmbH) camiones para sus empresas públicas de recogida de basura y bomberos entre 2001 y 2011. El precio pagado era muy elevado puesto que lo habían fijado varios fabricantes europeos, que constituían el denominado *cártel de los camiones (Lkw-Kartell)*. Solución→ La sentencia LG Hannover 18 diciembre 2017 estimó la existencia de un sobreprecio aplicado a ventas que ocurrieron entre mayo 2004 y septiembre 2010 y condenó al mencionado cártel⁵¹³. Para llegar a esta conclusión, el LG tuvo antes que resolver *dos cuestiones* relacionadas con la *incidencia del transcurso del tiempo* sobre las acciones judiciales por indemnización de daños (anticompetitivos):

⁵¹¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, p. 234.

⁵¹² R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 233-235).

⁵¹³ ECLI:DE:LGHANNO:2017:1218.1808. *Vid., ad ex.*, I. FAES, “La Justicia ve un sobreprecio debido al cártel de camiones”, *eEconomista.es*, 6 marzo 2018; A. PETRASINCU/B. RIGOD, “Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell – Landgericht Hannover gibt Schadensersatzklage von Kommune weitgehend statt –”, *WuW*, 02.03.2018, Heft 03, pp. 126-129; J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, nº 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 7/10).

Primera: El demandado planteó la *excepción de prescripción (die Einrede der Verjährung)*. MAN recordó que existía una comunicación oficial de la Comisión Europea de 18 enero 2001, que informaba de que las autoridades europeas estaban llevando a cabo investigaciones para verificar la existencia y alcance de un cártel de los camiones y que la prensa cubrió estos hechos el 4 marzo 2011; lo que suponía que, a más tardar, el municipio alemán demandante pudo tener conocimiento de tales hechos en marzo 2011. Según el demandado, de acuerdo con el § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, el demandante supo o debería haber sabido sin negligencia grave que sus camiones podrían haber sido afectados por la conducta en cuestión durante todo el período en que las eventuales acciones aún no habían prescrito.

Por el contrario, el LG Hannover rechazó las anteriores alegaciones: El *plazo de prescripción de tres años* del § 195 BGB comienza a correr, según el § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB al final del año en el que el deudor pudo interponer una demanda, puesto que tuvo conocimiento o debió tenerlo, de no haber mediado negligencia grave, de la persona del deudor y de las circunstancias que justificaban la reclamación. El ayuntamiento alemán demandante no pudo tener ese conocimiento, como muy pronto, hasta 2016, año en el que se impusieron las multas y la Comisión Europea emitió un comunicado de prensa al respecto. La acción incoada el 13 enero 2017, por lo tanto, suspendió oportunamente el período de prescripción (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Era imposible un inicio más temprano del período de prescripción, que no se basará más que en el conocimiento de los registros llevados a cabo en enero de 2011 y en la cobertura completa de tales hechos por la prensa en marzo de 2011. Pero el mero conocimiento de las investigaciones o la cobertura de la prensa no es suficiente; ya que sólo revela que las investigaciones se llevaron a cabo y que su resultado permanecía aún abierto. En particular, antes de la decisión de la Comisión Europea, no estaba suficientemente claro qué participantes intervinieron en el cártel, en qué período y con qué productos individuales. El mero hecho de que las empresas en cuestión fueran investigadas no bastaba, como telón de fondo, para asumir un conocimiento suficiente. La demandante no pudo evaluar y juzgar, si las violaciones de los demandantes realmente existían antes de la conclusión de las investigaciones por parte de la Comisión Europea.

Segunda: El demandado alegó que, en el caso de algunas de las ventas realizadas por empresas del grupo MAN al Ayuntamiento de Göttingen, el *plazo de prescripción* de diez años también había expirado al tiempo de interponerse la acción por daños.

El LG Hannover rechazó también dicha argumentación: El transcurso del plazo de prescripción relacionado con aquellas transacciones había sido suspendido, de acuerdo con el § 33 Abs. 5 GWB 2005, mientras duró el procedimiento administrativo de la Comisión Europea relativo al *cártel de los camiones*. En definitiva, *la acción decenal no había prescrito*: La Comisión Europea llevó a cabo investigaciones sobre los cartelistas en el período que va del 18 enero 2011 al 21 enero 2011. Como muy pronto, en ese momento comenzó el procedimiento de la Comisión y duró hasta la decisión de 19 julio 2016. De conformidad con el § 33 Abs. 5 S. 2 GWB 2005, se puso fin a la suspensión seis meses después de la decisión final, por lo que, como muy pronto, se produciría la prescripción el 19 enero 2017 y, por lo tanto, después de que se interpusiese la acción en este procedimiento el 13 enero 2017.

261. ➤ *Caso 3. Prescripción e interrupción de la prescripción: El caso Herman Verboven c/ Honda (2016)*. En 1999, el *Conseil de la concurrence* belga sancionó por abuso de posición dominante a Honda. Los hechos que se consideraron acreditados fueron los siguientes: Para poder vender en Bélgica las motos de Honda que adquiriría en el extranjero, la SA Herman Verboven necesitaba, además, que la SA Honda Motor Europe Logistics, importador oficial, iniciase un procedimiento de certificación de tales motos. La denuncia ante la Autoridad Nacional de Competencia belga se presentó en 1995. La resolución administrativa sancionadora se dictó 4 años después. Sólo sería definitiva en 2011. Antes, pues, de que lo fuera, la SA Herman Verboven solicitó ante el Tribunal de comercio de Gante que se le indemnizaran los daños causados por el abuso de posición dominante (2006). El Tribunal de comercio de Gante tenía que resolver, entre otras cuestiones, si la acción civil de reparación de daños anticompetitivos no estaría prescrita desde hacía tiempo; puesto que, de acuerdo con el Derecho belga, cabía interpretar estrictamente el *plazo quinquenal de prescripción* del Código civil belga (art. 2262 bis, § 1, al. 2) y el hecho de que la sumisión a la Autoridad Nacional de Competencia belga careciese de todo efecto de interrupción sobre el cómputo del plazo de prescripción. Cabía preguntarse si una normativa de un Estado

miembro de la UE que no reconozca que la sumisión del asunto concurrencial a la Autoridad Nacional de Competencia tiene el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la acción de reparación puede tener carácter *inconstitucional*. De ahí que el Tribunal de comercio de Gante remitiera esta cuestión al Tribunal constitucional belga. Solución→ El Tribunal constitucional belga concluyó que la disposición legal cuestionada “viola los artículos 10 y 11 de la Constitución, en cuanto que la acción civil en reparación del perjuicio resultante de una infracción en materia de competencia puede prescribir antes de que una decisión que tenga fuerza de cosa juzgada haya constatado la existencia de una infracción en materia de competencia”. Con gran pragmatismo, el Tribunal constitucional belga destacó *tres aspectos de la cuestión*. *Primero*: Si la víctima del daño anticompetitivo quiere esperar a que la resolución administrativa sea firme para interponer una *follow-on action*, se le obliga por el Derecho belga a una “espera desproporcionada para los derechos de la persona dañada” (“*atteinte disproportionnée aux droits de la personne lésée*”). *Segundo*: si no quiere esperar a que la resolución administrativa sea firme y, además, la sumisión a la Autoridad Nacional de Competencia no interrumpe el plazo de prescripción, se le presiona para interponer una *stand-alone action*, lo que supone que “la persona dañada está obligada a introducir inmediatamente un procedimiento civil a título cautelar; mientras que no existe aún ninguna certidumbre con respecto al carácter lícito o no de la práctica competitiva. La persona perjudicada no puede, pues, esperar el juicio definitivo en el procedimiento administrativo y utilizar éste como prueba de la infracción, lo que complica seriamente el establecimiento por el juez civil de su derecho a la reparación del daño”. *Tercero*: Más como *obiter dictum* que como *ratio decidendi* de su resolución, la sentencia del Tribunal constitucional belga subraya la enorme diferencia del Derecho belga entonces vigente y constitucionalmente interpelado con respecto al art. 10.4 de la Directiva de daños antitrust: “*Los Estados miembros velarán por que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños [...]*” (Sentencia *Cour constitutionnel* belga 10 marzo 2016, nº 38/2016, *Herman Verboven c/ Honda*)⁵¹⁴.

262. ➤ Caso 4. Fijación del día concreto en que empieza el plazo de prescripción: El caso Cinésogar (2017). La empresa titular de una sala de cinematografía solicitó ante los tribunales franceses, en 2010, que una empresa distribuidora de películas, previamente condenada por la Autoridad Nacional de la Competencia francesa (decisión *Conseil de la Concurrence* 15 septiembre 2004, nº 04-D-44, *relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l’exploitation de films*) y la *Cour d’appel* de París por abuso de posición dominante (sentencia *Cour d’Appel* de París, 1^{re} ch. H, 29 marzo 2005, RG 2004/19930), le indemnizase con una cantidad cercana a los 2 millones de euros por los *daños económico y moral causados*. Solución→ La *Cour d’Appel* de Fort-de-France no entró a conocer del fondo del asunto; puesto que consideró que la acción estaba prescrita. La *Cour d’Appel* de Fort-de-France pensó que el día inicial para el cómputo del plazo debía ser aquél en que la sociedad demandante hubiera tenido conocimiento de los hechos que se encontraban en el origen del daño potencialmente indemnizable. Aunque el tribunal francés manejó varias posibles fechas, finalmente optó por el 9 marzo 2000. Se trataba del día en que la sociedad demandante escribió al *Conseil de la concurrence*, denunciando y describiendo con detalle las prácticas de la sociedad *Filmdis-Circuit E* que consideraba anticompetitivas, prueba, como observa la *Cour d’Appel* de Fort-de-France, de que ya, en esa fecha, el demandante conocía las prácticas anticompetitivas denunciadas “en toda su amplitud” (sentencia *Cour d’Appel* de Fort-de-France 24 enero 2017, RG 15/00486, *C. c/ SARL Cinésogar, SARL Filmdis, SAS Mediagestion*)⁵¹⁵.

6. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de actos restrictivos de la competencia (actos contra el Derecho antitrust)

263. Varios aspectos deben ponerse de relieve.

⁵¹⁴ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 234-235).

⁵¹⁵ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 213-215).

A) Derecho antitrust, sanciones públicas y Reglamento Roma II

264. El Reglamento Roma II establece la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen de los actos que infringen el Derecho *antitrust*⁵¹⁶. Se refiere con ello a las sanciones civiles derivadas de dichos actos, esto es, a las reclamaciones de daños y perjuicios entre particulares que derivan de los actos que vulneran el Derecho *antitrust*. Es la llamada “aplicación privada del Derecho *antitrust*” (*private enforcement*). El TJUE había dejado claro que, aparte las sanciones de Derecho Público derivadas de actos *antitrust*, cabe ejercer acciones civiles derivadas de los daños experimentados por los particulares⁵¹⁷.

Naturalmente, el Reglamento Roma II no establece la Ley aplicable a las multas y sanciones que imponen las autoridades públicas que velan por el respeto del Derecho *antitrust* (*public enforcement*)⁵¹⁸. Estas sanciones están sujetas al Derecho Público aplicable, ya sea Derecho de la UE o Derecho nacional, según los casos. Las normas de Derecho de la UE que señalan el ámbito de aplicación espacial del Derecho *antitrust* de la UE sólo indican qué casos internacionales están sujetos a las sanciones de Derecho

⁵¹⁶ *Vid., ad ex.*, T. ACKERMANN, “Antitrust damages under the Rome II Regulation”, en M.K. BULTERMAN (Ed.), *Views of European Law from the mountain: liber amicorum Piet Jan Slot*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 109-122; T. BALLARINO, “El Derecho *antitrust* comunitario y el art. 6 del Reglamento ‘Roma II’ (régimen conflictual y territorial, efecto directo)”, *AEDIPr.*, VII, 2007, pp. 407-420 (también versión italiana, Id., “L’art. 6 del Regolamento Roma II e il Diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *RDI*, 2008, pp. 65-78); O. BAETZGEN, *Internationales Wettbewerbs und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt. Kollisionsrecht zwischen Marktsplaltung (“Rom II”) und Marktintegration (Herkunftslandprinzip)*, Köln, Berlin, München, 2007; L. CARBALLO PIÑEIRO, “Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: Observaciones a propósito del artículo 6 del Reglamento ‘Roma II’”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 465-495; S. FRANCO/W. WURMNEST, “International antitrust claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, 2012, pp. 91-129; L.E. GILLIES, “Determining the applicable law for breach of competition claims in the Rome II Regulation and the need for effective consumer collective redress”, en J.P. DEVENNEY/M. KENNY (EDS.), *European consumer protection: theory and practice*, Cambridge, 2012, pp. 257-281; A. GRUBINGER, “Die Rom II-VO und die Verletzung von freiem Wettbewerb sowie von Rechten des geistigen Eigentums”, en D. AICHBERGER-BEIG (HRSG.), *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008, pp. 55-69; A. GRÜNWALD/J. HACKL, “Mosaikprinzip ade?: anwendbares Recht bei Schadenersatzklagen gegen multinationale Kartelle: das Autoglasurteil des LG Düsseldorf”, *NZKart*, 4, 3, 2016, pp. 112-116; R. HARMS/J. SCHMIDT, “Anwendbares Recht bei kartellrechtlichen Schadenersatzklagen in ‘Altfällen’”, *WuW*, 64, 4, 2014, pp. 364-371; M. HELLNER, “Unfair Competition and Acts restricting free Competition”, *Yearbook of Private International Law*, IX, 2007, pp. 49-69; T. HOLZMÜLLER/C. VON KOECKRITZ, “Private enforcement of competition law under the Rome II Regulation”, *G.C.L.R.*, 3, 3, 2010, pp. 91-97; L. IDOT, “Réflexions sur les limites du modèle américain en droit de la concurrence. Le exemple du *private enforcement*”, en *Les relations privées internationales: Mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, Lextenso editions, 2014, pp. 447-464; F. KLUTH, *Das Marktauswirkungsprinzip im Kollisionsrecht des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2014; H.-W. KNEBEL, “Die Extraterritorialität des Europäischen Kartellrechts”, *EuZW*, 1991, pp. 265-274; P. MANKOWSKI, *Schadenersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit. Referate im Rahmen der Vortragsreihe “Rechtsfragen der Europäischen Integration”*, Bonn, den 12. Dezember 2011, Bonn, Zentrum für Europ. Wirtschaftsrecht, 2012; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 123-129; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ / C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 653-691 (en su versión inglesa, “Applicable law on non-contractual liability arising from European Antitrust Law infringements”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA / J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 635-661); T. ROSENKRANZ/E. ROHDE, “The law applicable to non-contractual obligations arising out of acts of unfair competition and acts restricting free competition under article 6 Rome II Regulation”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 26, 4, 2008, pp. 435-439; W.-H. ROTH, “Internationales Kartelldeliktsrecht in der Rom II-Verordnung”, en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (HRSG.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 623-649; B. SCHNUR, *Internationales Kartellprivatrecht nach der Rom II-Verordnung*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; U. SCHOLZ/G. RIXEN, “Die neue europäische Kollisionsnorm für ausservertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten”, *EuZW*, 2008, pp. 327-332; J. SEGAN, “Applicable Law ‘Shopping’? Rome II and private antitrust enforcement in the EU”, *Competition Law Journal*, 7, 2008, pp. 251-260; D.-P. L. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr: eine Untersuchung zur zuständigkeits- und kollisionsrechtlichen Behandlung von Kartelldelikten im Lichte der Rom II-Verordnung und unter Berücksichtigung der U.S.-amerikanischen Praxis*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

⁵¹⁷ STJUE 30 abril 1998, C-230/96, *Cabour and Nord Distribution Automobile v Arnor “SOCO”*, ECLI:EU:C:1998:181; STJUE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465; STJUE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461; *vid.* también STS 2 junio 2000 [ECLI:ES:TS:2000:4536].

⁵¹⁸ H.-G. KOPPENSTEINER, “‘Privates’ und ‘öffentliches’ Wettbewerbsrecht”, *wbl*, 31, 5, 2017, pp. 260-266; H. MEYER-LINDEMANN, “Durchsetzung des Kartellverbots durch Bussgeld und Schadenersatz”, *WuW*, 2011, pp. 1235-1247.

Público recogidas en el Derecho de la UE son “normas unilaterales” que “marcan” el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust* de la UE. Y las normas de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que señalan el ámbito de aplicación espacial del Derecho *antitrust* español de producción interna, señalan también, exclusivamente, a qué casos internacionales son aplicables las sanciones de Derecho Público recogidas en el Derecho español de la competencia.

Reglamento Roma II: Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. <i>Aspectos previos</i>	
<p>Reglamento Roma II Roma</p> <p>Ámbito de aplicación</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Carácter universal: La ley designada por el Reglamento Roma II se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro (art. 3 RR-II). – Ámbito de aplicación espacial: El Reglamento Roma II se aplica en todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca (art. 1.4 RR-II). – Ámbito de aplicación material: El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. – Materias excluidas: <ol style="list-style-type: none"> (1) Materias fiscales, aduaneras y administrativas. (2) Actos del Estado en el ejercicio de su autoridad (<i>acta iure imperii</i>). (3) Obligaciones extracontractuales que se deriven de: <ul style="list-style-type: none"> – relaciones familiares y obligación de alimentos. – regímenes económicos matrimoniales o similares. – testamentos y sucesiones. – letras de cambio, cheques y pagarés y otros instrumentos negociables. – Derecho de sociedades. – relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de <i>trust</i> voluntario. – daño nuclear. – violación de los derechos relacionados con la personalidad y difamación. – prueba y proceso

Reglamento Roma II: Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. <i>Reglas generales</i>	
<p>Primer punto de conexión (art. 14 RR-II)</p>	<p>- Ley elegida por las partes</p> <p><i>exigencias:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – (a) El acuerdo de elección debe ser posterior al hecho generador del daño, o bien – (b) El acuerdo de elección puede ser negociado libremente antes del hecho generador del daño si todas las partes desarrollan una actividad comercial.
<p>Segundo punto de conexión (art. 4.2 RR-II)</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Ley del país de la residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño, de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada.
<p>Tercer punto de conexión (art. 4.1 RR-II)</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.
<p>Cláusula de excepción (art. 4.3 RR-II)</p>	<ul style="list-style-type: none"> – En el caso de falta de elección de Ley, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los arts. 4.1 ó 4.2 RR-II se aplicará la ley de este otro país.

Reglamento Roma II: Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Reglas complementarias (arts. 15-20 RR-II)	
Ámbito de la ley aplicable (art. 15 RR-II)	<ul style="list-style-type: none"> – La ley aplicable a la obligación extracontractual regula, en particular: <ul style="list-style-type: none"> a) fundamento y alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos. b) causas de exoneración, limitación y reparto de la responsabilidad. c) existencia, naturaleza y evaluación de los daños o indemnización solicitada. d) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño. e) transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización. f) personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; g) responsabilidad por actos de terceros. h) modo de extinción de las obligaciones, normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas a los plazos de prescripción y caducidad.
Leyes de policía (art. 16 RR-II)	– Las disposiciones del Reglamento Roma II no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo , cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual
Normas de seguridad y comportamiento (art. 17 RR-II)	– Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad
Acción directa contra el asegurador del responsable (art. 18 RR-II)	– La persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro
Subrogación (art. 19 RR-II)	Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona («el acreedor») tenga derechos respecto a otra persona («el deudor») y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones.
Responsabilidad múltiple (art. 20 RR-II)	Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación extracontractual que tenga dicho deudor respecto del acreedor .

Reglamento Roma II. Normas de aplicación.	
Reenvío (art. 24 RR-II)	– Se rechaza en todo caso.
Sistemas no unificados (art. 25.1 RR-II)	– Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento Roma II.
Orden público del foro (art. 26 RR-II)	– Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento Roma II si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro .

<p style="text-align: center;">Residencia habitual (art. 23 RR-II)</p>	<p>(1) – La residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica = lugar de su administración central.</p> <p>(2) – Cuando el hecho generador del daño o el daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará residencia habitual = lugar de situación de dicha sucursal, agencia o establecimiento.</p> <p>(3) La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional = el establecimiento principal de dicha persona.</p>
---	---

B) Ley aplicable a las consecuencias privadas derivadas de infracciones del Derecho antitrust

265. Como hemos visto a lo largo de esta exposición, los actos anticompetitivos producen “daños” o son susceptibles de generarlos. Ahora bien, cabe preguntarse si la noción de “falta competitiva” (o, si se prefiere, “infracción/daño competitivo [o *antitrust*]”) es equivalente a la de “falta civil” (*concepción monista*) o, si, por el contrario, este último concepto requiere de algunas características que no siempre se encuentran en el anterior (*concepción dualista*). Se trata de una cuestión históricamente superada, que, en última instancia, intentaba ver si era posible delimitar y, en cierta medida, diferenciar la noción de “acto antitrust” -expresión con la que se aludía a los *hechos ilícitos antitrust*, que era un concepto subsuntivo, preliminar y global- de la idea de “falta civil” o “hecho ilícito civil”.

266. En la actualidad, según la opinión dominante, se entiende que no existe más que una “concepción monista de las faltas anticompetitiva y civil” (R. AMARO); es decir, *todo ilícito antitrust es un ilícito civil*, susceptible de generar un daño indemnizable (= La concepción “monista” del hecho generador del daño se basa en el principio de la responsabilidad civil de los autores de prácticas anticompetitivas prohibidas por el Derecho de los Estados miembros y el Derecho europeo de la competencia)⁵¹⁹. En palabras de un autor francés, “el establecimiento de la práctica anticompetitiva (la falta ‘anticompetitiva’) conduce *ipso jure* a la de una falta civil”⁵²⁰. Esta concepción dogmática entraña *dos consecuencias indisociables*: *Primera*: Se reduce el objeto de la prueba; puesto que los demandantes en el procedimiento civil no tienen que probar que exista una violación del Derecho civil que sea distinta de la violación del Derecho de la competencia⁵²¹. *Segunda*: Si el legislador quisiera, podría repercutir en el círculo delimitador de los responsables civiles del daño anticompetitivo y considerar, como tales, a todas las personas jurídicas que compongan la empresa a la que se ha imputado la conducta anticompetitiva (= se presumiría de manera irrefutable que todas serían responsables civiles de las consecuencias perjudiciales del acto anticompetitivo): la solución sería “novedosa” y, en absoluto, “impracticable” (R. AMARO)⁵²². *Ejemplo*: Como observa R. AMARO, según la jurisprudencia francesa, el incumplimiento del Derecho de la competencia es la causa de la responsabilidad civil; aunque aún no esté del todo claro si debe considerarse este incumplimiento como una presunción *iuris et de iure*, una presunción *iuris tantum* o simplemente como una indicación de que hay culpa desde la perspectiva civil. Un sector jurisprudencial francés rehúye el debate doctrinal de fondo y se limita meramente a señalar que el infractor (del Derecho antitrust) es responsable (civilmente). Dicho con otros términos, para esta jurisprudencia, la violación de la ley constituye *necesariamente* una

⁵¹⁹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 230-250 (p. 243). Sobre la concepción monista, *vid., ad ex.*, sentencia *Cour d’Appel* de París, ch. 5-4, 14 diciembre 2014, *SNCF/Maitre Pellegrini [liquidateur judiciaire de Switch]*, RG 13/08975 (comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 218-221]); sentencia *Tribunal administratif* de París, 3° sect., 3° ch., 31 mayo 2016, n° 1104965, *SNCF Mobilités* (comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 221-223]).

⁵²⁰ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, p. 243.

⁵²¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 243-244.

⁵²² R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, p. 244.

falta civil e incumbe a quien desea obtener una indemnización demostrar el daño que resulta para él así como el nexo causal entre esta falta y su daño⁵²³.

267. ➤ *Caso 1. El caso Lectiel (2015)*. Durante cerca de 25 años, los tribunales franceses han debatido en torno al *caso Lectiel*. Una sentencia de la Cour de cassation de 4 diciembre 2001 consideró que la sociedad France Télécom había abusado de su *posición dominante* en el mercado de los abonados al teléfono, desde 1992 hasta 1999, en el que tenía una posición de monopolista. El *acceso a la base de datos de los abonados* era un recurso indispensable y esencial a sus competidores para ofrecer servicios de marketing directo; ya que no existían productos que pudieran sustituirlo y France Télécom exigía el pago de tarifas excesivamente elevadas que equivalían a una negativa de venta. Cabía preguntarse si el ilícito antitrust, una vez verificado, podía considerarse suficiente para intentar la recuperación de los daños producidos a las empresas competidoras de la monopolista en el mercado derivado del marketing directo y, en caso negativo, qué más debía aportarse Solución → La *Cour d'Appel* de París aclaró varias cuestiones, que, por un lado, tenían que ver con el Derecho de la competencia y, por otro, con la indemnización de los daños antitrust causados.

Con respecto a las primeras, la *Cour d'Appel* de París estableció que el acceso a la base de datos de los abonados telefónicos del que era titular el monopolista constituía una *infraestructura esencial* (“[...] un opérateur, en position dominante sur le marché d'une infrastructure ou d'une facilité indispensable pour exercer une activité sur un marché aval, qui ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents, commet un refus d'accès anticoncurrentiel, si ce refus ne reçoit pas de justifications objectives, et s'il en résulte d'une part, l'impossibilité de mettre sur le marché un produit nouveau correspondant à un besoin des consommateurs, ou la limitation du développement technique au préjudice des consommateurs et d'autre part, l'occasion, pour le détenteur de cette infrastructure, de se réserver un monopole sur le marché dérivé”) y que se habían producido *dos tipos de abuso de posición dominante*: una infracción de la *doctrina de las infraestructuras esenciales*⁵²⁴ combinada con un *estrechamiento en los márgenes de los precios* (“una pratique de ciseau tarifaire”)⁵²⁵.

⁵²³ Para un análisis exhaustivo de esta cuestión, *vid.*, *per omnia*, R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles: Étude des contentieux privé autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, pp. 388-408.

⁵²⁴ Sobre este tipo de abuso de posición dominante, *vid.*, *ad ex.*, S.D. ANDERMAN, “The epithet that dares not speak its name: the essential facilities concept in Article 82 EC and IPRs after the Microsoft case”, en A. EZRACHI (Ed.), *Article 82 EC – Reflections on its recent evolution*, Oxford, 2009, pp. 87-98; M. ANGELOV, “The ‘exceptional circumstances’ test: implications for FRAND commitments from the essential facilities doctrine under Article 102 TFEU”, *ECJ*, 10, 1, 2014, pp. 37-67; T. BÜHLMEIER, “Regulierungsrechtliche Lockerungsübungen der ‘Essential Facilities’-Doktrin bei Serviceeinrichtungen der Eisenbahn? Eine Analyse von Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG”, *N&R*, 9, 3-4, 2012, pp. 161-166; A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *La doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho antitrust europeo*, Madrid, Editorial La Ley, 2012; A. FIRTH, “The essential facilities principle and other issues of competition”, en *EU copyright law: a commentary*, Cheltenham, 2014, pp. 52-85; W. FRENZ, “Ausdehnung der Essential-facilities-Doktrin auf Immaterialgüterrechte”, *WuW*, 64, 3, 2014, pp. 282-287; I. GRAEF, *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016; L. HOU, “The essential facilities doctrine: what was wrong in Microsoft?”, *IIC*, 43, 4, 2012, pp. 451-471; M.B.F. KUHN, “Essential facility: free riding on innovation?”, *Common Law Review*, n° 13, 2014, pp. 54-57; E. LINDE RASPAUD, “Google as an essential facility: an ill-fitting doctrine”, *Common Law Review*, n° 13, 2014, pp. 68-73; M. MINN, “Excessive rewards and compulsory licensing: the essential facilities doctrine and strategic patenting practices in the European pharmaceutical industry”, *JIPLP*, 12, 5, 2017, pp. 408-415; D. MWONI NDOLO, “EU v the US: an analysis of the laws on refusal to supply essential facilities: the Google case”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 10, 2016, pp. 413-417; N. PETIT, “Theories of self-preferencing and the wishful prerequisite of the essential facilities doctrine: a reply to Bo Vesterdorf”, *CLPD*, 1, 3, 2015, pp. 4-9; I. PICCIANO, “I confini interpretativi della dottrina dell’essential facility e sua applicazione al mercato del trasporto ferroviario in Italia: problemi e limiti”, *Dir.comunit.scambi int.*, XLIII, 2, 2004, pp. 387-403; M. SCHWARTZ, “Die grundsätzliche Absicherung der Essential-Facilities-Doktrin auf europäischer Ebene”, en *Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts: Beiträge aus Sicht verschiedener Rechtsdisziplinen und Rechtsordnungen: Tagungsband zum 13. Graduiertentreffen im Internationalen Wirtschaftsrecht in Linz und Passau 2012*, Baden-Baden, 2013, pp. 129-148.

⁵²⁵ Sobre este tipo de abuso de posición dominante, *vid.*, *ad ex.*, A. AGUILAR BRAVO, “Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 de abril de 2008 en el asunto T-271/2003, Deutsche Telekom c. Comisión: un comentario económico sobre el análisis de estrechamiento de márgenes”, *Gac.Jur.UE*, n° 10, 2009, pp. 109-115; H. AUF MKOLK, “The ‘feedback effect’ on applying EU competition law to regulated industries: doctrinal contamination in the case of margin squeeze”, *J.E.C.L. & Pract.*, 3, 2, 2012, pp. 149-162; P.A. BJØRGAN, “Margin squeeze as an abuse under Article 82 EC:

Con respecto a las segundas, la *Cour d'Appel* de París proclamó la *concepción monista de las infracciones anticompetitivas y los ilícitos civiles* (“*Considérant que la violation de la loi constitue nécessairement une faute civile; qu’il incombe cependant à la société Lectiel, qui souhaite obtenir une indemnisation, de démontrer le préjudice en résultant pour elle, ainsi que le lien de causalité entre cette faute et son préjudice*”), y desmontó meticulosamente los argumentos de Orange (empresa sucesora de France Télécom) (“*Considérant que les arguments présentés par Orange pour écarter la faute civile, ne résistent pas à l’examen; que si la pratique était exemptée par la loi ou avait fait l’objet d’une décision d’exemption individuelle, elle ne serait pas anticoncurrentielle, et par voie de conséquence, ne constituerait pas une faute civile; que si elle n’était qualifiée qu’à raison de sa potentialité d’effets, sans aucune démonstration d’effet réel, elle serait néanmoins anticoncurrentielle, et constitutive de faute civile, mais n’aurait pas généré de préjudice indemnisable; que si la partie à laquelle est imputée la pratique anticoncurrentielle avait commis elle-même une faute, il n’en résulterait pas, contrairement aux allégations d’Orange, la licéité de la pratique au regard des règles du droit civil; qu’il pourrait en résulter un partage de responsabilité dû au concours de fautes, si celles-ci avaient toutes concouru au dommage, mais non une absence de faute civile résultant de la pratique anticoncurrentielle*”).

Por último, la *Cour d'Appel* de París, que estaba convencida de la existencia del perjuicio, pero no de las cifras manejadas, ordenó que se procediera a una prueba pericial y se remitió, para la cuantificación precisa y definitiva del perjuicio causado, a una decisión judicial posterior (Sentencia Cour d'Appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 27 mayo 2015, RG n° 14/14758, *SCP Bes Ravise/liquidateur judiciaire de la Société Lectiel* c/ *SA Orange [anciennement dénommée France Télécom]*)⁵²⁶.

268. ➤ *Caso 2. El caso EDF y ERDF c/ SAS Nexans y SAS Prysmian (2015 y 2017)*. En el caso de las empresas del cable, se aprecia el carácter zigzagueante y, en ocasiones impreciso, de la jurisprudencia. La empresa EDF organizó un concurso de ofertas para adquirir cable a buen precio. Empresas del sector del cable, que pensaban concurrir al mencionado concurso de ofertas, concluyeron previamente dos acuerdos colusorios que mantendrían artificialmente elevados los precios en ese sector económico. Descubiertos y sancionados por infracción del Derecho de la competencia (decisión *Conseil de la Concurrence* n° 07-D-26 de 26 julio 2007), EDF y ERDF intentaron que se declarase la nulidad de los contratos ultimados tras el concurso, se restituyeran las cantidades abonadas en cumplimiento de tales contratos y, subsidiariamente,

Deutsche Telekom AG vs. Commission of the European Communities, CFI of 10 April 2008, T-271/03, *ELR*, n° 9, 2008, pp. 289-295; C. CAVALERI RUDAZ, “Did Trinko really kill antitrust price squeeze claims? A critical approach to the Linkline decision through a comparison of E.U. and U.S. case law”, *Vand.J.Transnat’l L.*, 43, 4, 2010, pp. 1077-1119; G. COLANGELO, “Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera”, *Mercato concorrenza regole*, XIII, 2, 2011, pp. 367-377; L. COLLEY/S. BURNSIDE, “Margin squeeze abuse”, *ECJ*, 2, 2006, pp. 185-210; N. DUNNE, “Margin squeeze: theory, practice, policy”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 33, 1, 2012, pp. 29-39 y 33, 2, 2012, pp. 61-68; G. FAELLA/R. PARDOLESI, “Squeezing price squeeze under EC antitrust law”, *ECJ*, 6, 1, 2010, pp. 255-284; F. FILPO, “Competition enforcement in the electronic communications sector: the case of margin squeeze”, en B. CORTESE (Ed.), *EU competition law: between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 311-332; G. GAUDIN/D. MANTZARI, “Margin squeeze: an above-cost predatory pricing approach”, *JCLE*, 12, 1, 2016, pp. 151-179; D. GERADIN, “Refusal to supply and margin squeeze: a discussion of why the ‘Telefonica exceptions’ are wrong”, en *Trade and competition law in the EU and beyond*, Cheltenham, 2011, pp. 391-402; M. HARKER, “EU competition law as a tool for dealing with regulatory failure: the broadband margin squeeze cases”, *JBL*, 8, 2013, pp. 817-841; L. HOU, “Some aspects of price squeeze within the European Union: a case law analysis”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 5, 2011, pp. 250-257; Id., “The abusive nature of price squeezes in the EU”, *IJC*, 45, 1, 2014, pp. 43-74; S. JÖTTEN, “Identifying an unlawful margin squeeze: the recent judgments of Justice in Deutsche Telekom and TeliaSonera”, *CYELS*, 13, 2010-2011 (2011), pp. 161-193; F. LIBERATORE, “The CFI backs the Commission’s approach to margin squeeze in Deutsche Telekom”, *Contratto e impresa. Europa*, XIII, 2, 2008, pp. 1077-1082; A. H. MALBY, “Margin squeeze”, *Justitia*, 29, 1, 2006, pp. 3-49; F. MARINI BALESTRA, “Margin squeeze overstretched?: a comment on the European Commission’s decision in Slovak Telekom”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 5, 2016, pp. 207-212; M. MOORE, “Deutsche Telekom and the margin squeeze fallacy”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 12, 2008, pp. 721-725; I. PELLECH, “Zu Fragen des Margin Squeeze unter Berücksichtigung der Entscheidung in Sachen TeliaSonera”, *ÖZK*, n° 2, 2011, pp. 60-64; A. PERA, “The application of Article 82 in regulated sectors: the case of squeeze”, en B.E. HAWK (Ed.), *International antitrust law & policy. 2008*, Huntington, N.Y., 2009, pp. 33-62; M. RAUBER, “Case C-52/09, Konkurrentsverket v. Telia Sonera Sverige AB, (2011) E.C.R.I-527: confirming an inappropriate assessment framework for margin squeeze”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 34, 9, 2013, pp. 490-499; A. SCETTINO, “Il margin squeeze alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea”, *Il diritto dell’Unione europea*, XVIII, 1, 2013, pp. 145-167; D. SPECTOR, “Termination charges and margin squeeze in the mobile telephony sector: beware of misleading intuitions”, *Concurrences*, n° 3, 2009, pp. 35-38.

⁵²⁶ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 254-255.

que se reparase el perjuicio causado por el sobre coste abonado a los concursantes; es decir, la diferencia entre el precio efectivamente pagado y el que se hubiera pagado, si se hubiera respetado el Derecho antitrust. Solución → La *Cour d'Appel* de París se pronunció sobre *dos cuestiones* que marcan distancias con la sentencia del *caso Lectiel* antes comentada. *Primera*: La *Cour d'appel* tuvo dudas que persistieron a lo largo del procedimiento en cuanto al *daño o perjuicio*, no sólo en torno a su cuantía o valoración, sino incluso en cuanto a su propia existencia. Pues bien, sorprendentemente, no confió esta tarea a una prueba pericial posterior, sino que desestimó el recurso interpuesto. *Segunda*: La Sala no se pronuncia sobre la culpa o falta civil (el hecho ilícito desde la perspectiva civilista). Se puede explicar; puesto que, afirmado que no se ha probado el “daño” que genera la responsabilidad civil, no es necesario examinar los demás elementos integrantes de la responsabilidad civil. Pero no deja de sorprender que la *Cour* no se pronuncie al respecto; aunque fuese como un *obiter dictum* y no como *ratio decidendi*, visto que se impuso una sustancial sanción administrativa a las empresas del sector del cable. Por contraste con el *caso Lectiel*, cabe preguntarse si es que una infracción anticompetitiva no equivale *necesariamente* a un ilícito civil y si, en definitiva, la *Cour* no está desandando el terreno recorrido y volviendo a una *concepción dualista* (Sentencia *Cour d'Appel* de París, Pôle 5 - Chambre 5, 2 julio 2015, *SA Électricité de France [EDF] y SA Électricité Réseau Distribution France [ERDF] c/ SAS Nexans France y SAS Prysmian Cables et Systèmes France*, RG n° J2011000785)⁵²⁷. Interpuesto recurso de casación contra ésta resolución judicial, la sentencia *Cour de cassation*, ch. comm., 13 septiembre 2017, *EDF c/ Nexans*, RG n° 15-22837 y 15-23070, lo rechazó⁵²⁸.

269. El art. 6.3 RR-II es una *norma de conflicto universal o bilateral*⁵²⁹. Deben distinguirse dos supuestos dentro de ella (art. 6.3 RR-II)⁵³⁰:

a) Primer supuesto: *Lex Mercatus*

270. Cuando el mercado afectado o que pueda resultar afectado es el mercado de un único país, se aplica la Ley de dicho país (art. 6.3.a RR-II: criterio del “*effet sur le marché*”)⁵³¹. El art. 6.3.a RR-II es una norma de conflicto bilateral completa (*eine vollkommen allseitige Kollisionsnorm*), “que no diferencia entre la aplicación del Derecho de la responsabilidad civil de los Estados miembros de la UE y de terceros Estados” (A. WOLF)⁵³². El “mercado afectado” es el mercado de aquel país o países en el que la libre competencia entre los operadores económicos resulta o va a resultar alterada (G. VAN HECKE). Como ha puesto de relieve F. DÖRFELT, el art. 6.3.a RR-II “codifica” la *doctrina de los efectos (Auswirkungsprinzip)* y “deja claro que, en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, tiene que verse el centro de gravedad (*der Schwerpunkt*) en la afectación del mercado y no en el daño patrimonial individual”⁵³³. Ésta es la razón por la que algunos autores sugieren que la interpretación del art. 6.3.a RR-II pueda basarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretativa de la *doctrina de los efectos (Auswirkungsprinzip)*, dictada en aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE⁵³⁴.

⁵²⁷ Comentada por C. LEMAIRE/S. NAUDIN, *Concurrences*, n° 4, 2015, p. 187; R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 255-256.

⁵²⁸ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 226-228).

⁵²⁹ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 376.

⁵³⁰ H. KÖHLER, “Wettbewerbsstatut oder Deliktsstatut: zur Auslegung des Art. 6 Rom II-VO”, en K. HILBIG-LUGANI/D. JAKOB/G. MÄSCH (HRSG.), *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Giesecking, 2015, pp. 501-510.

⁵³¹ H.I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht: eine internationalzuständigkeits- und kollisionsrechtliche Untersuchung unter Einbeziehung rechtsvergleichender Überlegungen zum englischen Recht*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2011; P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung”, *RIW*, 2008, pp. 177-193.

⁵³² A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 376.

⁵³³ F. DÖRFELT, “Anwendbares Recht”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 123-134 (p. 132).

⁵³⁴ F. DÖRFELT, “Anwendbares Recht”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 132; P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung”, *RIW*, 2008, p. 185.

271. Varios aspectos merecen un sucinto comentario: (a) El art. 6 RR-II reviste una importancia metodológica de primer nivel, pues abandona la perspectiva unilateral según la cual cada Derecho *antitrust* de cada Estado “marca” su propio ámbito de aplicación en el espacio, y para saber si un Derecho *antitrust* estatal es aplicable, deben consultarse exclusivamente sus propios criterios de aplicación en el espacio, Estado por Estado (J.G. CASTEL)⁵³⁵. Eso no es ya así: se ha producido un *cambio de paradigma* (*ein Paradigmenwechsel*)⁵³⁶. El art. 6.3.a) RR-II (= norma de conflicto perfectamente bilateral) ordena aplicar un determinado Derecho estatal con independencia de lo que dispongan los criterios de aplicación en el espacio de tal Derecho estatal; (b) Pueden ser varios los mercados afectados, de modo que el art. 6.3.a) RR-II puede conducir a aplicar distintos Derechos estatales a un mismo acto anticoncurrencial. Por tanto, se aplicará a las consecuencias que produce un mismo acto anticoncurrencial la Ley del Estado cuyo mercado resulta alterado. Si un acto contrario al Derecho *antitrust* repercute en el mercado de los Estados A, B y C, se aplicará la ley del Estado A a las consecuencias privadas que tal acto ha producido en el mercado del Estado A y así sucesivamente (M. NEGRI); (c) El *dictum* de la norma exige que se produzca una conducta restrictiva de la competencia y que tal conducta afecte o pueda afectar a un mercado. No existe regla *de minimis*. Es decir, que el art. 6.3.a) RR-II es aplicable incluso si la conducta contraria al Derecho *antitrust* produce *efectos indirectos, superficiales o poco relevantes* (E. RODRÍGUEZ PINEAU, S. FRANCO)⁵³⁷. Las consecuencias materiales de conductas anticoncurrenciales poco graves se valoran en una perspectiva de segundo escalón, no por el art. 6.3.a) RR-II.

b) Segundo supuesto: *Multijurisdiction violations*

272. Cuando la conducta afecte o pueda afectar al mercado de varios países, una aplicación literal de la “tesis del mosaico” obligaría al demandante a accionar con arreglo a una multiplicidad de Derechos nacionales: una Ley estatal por cada “mercado afectado”. Ello supondría para el actor y presunta víctima, unos costes de transacción conflictuales elevadísimos que le podrían hacer desistir de la acción indemnizatoria. En efecto, si una práctica colusoria, por ejemplo, altera el mercado de 20 países, el sujeto perjudicado debería reclamar daños con arreglo al Derecho de 20 países. Por ello, en tales casos, el art. 6.3.b) RR-II trata de evitar la multiplicación de Leyes aplicables que produce la tesis del “mosaico” y facilita la aplicación de una “Ley única” en ciertos casos, y del siguiente modo (art. 6.3.b) RR-II)⁵³⁸: (a) *Privilegio de la Ley del domicilio del demandado*. El demandante puede fundar la demanda que presenta ante los tribunales del Estado de domicilio del demandado con arreglo al Derecho de dicho Estado, siempre que tal Estado sea uno de los países cuyos mercados se han visto afectados *de manera directa y sustancial* por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; (b) *Privilegio de la Lex Fori*. Cuando el actor presenta su demanda contra varios demandados, podrá fundar su demanda en la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también *de manera directa y esencial* al mercado del Estado miembro de ese tribunal.

c) Datos complementarios sobre el art. 6.3 RR-II

273. Por otro lado, cabe recordar otros *datos complementarios* sobre esta norma: (a) Cuando la conducta vulnere el Derecho europeo de la competencia, *ex hypothesi* se producen alteraciones en el mer-

⁵³⁵ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 376-377, recuerda que sólo había dos excepciones significativas, tanto en la UE como en la EFTA -el art. 99.2, nº 2, del *Code de Droit International Privé* belga y el art. 137.1 de la *Schweizerisches Gesetz über das Internationale Privatrecht*-, que contenían normas de conflicto bilaterales.

⁵³⁶ T. HOLZMÜLLER/C. VON KÖCKRITZ, “Private enforcement of Competition Law under the Rome II Regulation”, *G.C.L.R.*, 2010, pp. 91-97 (p. 91); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 376.

⁵³⁷ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 447-463.

⁵³⁸ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 377.

cado de varios Estados miembros, lo que llevará a aplicar distintos Derechos estatales a menos que pueda recurrirse a las *opciones de concentración legal* recogidas en el art. 6.3.b RR-II; (b) En el caso de *acciones colectivas transfronterizas*, la legitimación activa se rige por la Ley determinada por el mismo art. 6.3 RR-II; (c) El punto de conexión del art. 4.1 RR-II concreta la Ley aplicable con relación a los efectos del acto ilícito en relación con la *víctima* (= óptica puramente privatista): mientras que el art. 6. RR-II lo hace con relación al *mercado* (= óptica publicista), con la intención de garantizar la efectividad de la Ley reguladora del mercado. En efecto, la Ley que regula la estructura y funcionamiento de un mercado (= reglas de naturaleza pública) regulará también las consecuencias privadas (= indemnizaciones para los particulares perjudicados) derivadas de la infracción de tales reglas jurídicas de organización del mercado (C. HONORATI); (d) La defensa de la aplicación de la *Lex Mercatus* explica por qué el precepto impide que las partes elijan la Ley aplicable a las consecuencias privadas de la vulneración del Derecho *antitrust* (art. 14 RR-II). Las acciones privadas derivadas de esta vulneración son una consecuencia funcional de las reglas públicas de funcionamiento del mercado y siguen, por tanto, su mismo “destino conflictual” (C. FRATEA). La regulación del mercado se compone tanto de las reglas públicas como de las reglas privadas. No parece lógico que un comportamiento *antitrust* quede sujeto a una Ley estatal Z por lo que se refiere a las normas públicas y a otra Ley estatal diferente B por lo que se refiere a las normas privadas. Una misma Ley estatal debe regular todo comportamiento *antitrust* para asegurar, de ese modo, el equilibrio en la regulación del mercado.

274. ➤ *Caso 1. Daños civiles e infracción de normas antitrust.* Tres empresas fabricantes de cementos, una española, otra alemana y otra portuguesa, pactan secretamente ciertas zonas de venta exclusiva en España. Otra empresa italiana que no participó en el pacto secreto observa cómo, *de facto*, ha sido expulsada del mercado español del cemento. Esta empresa reclama daños y perjuicios ante los tribunales españoles a las tres empresas que pactaron el reparto del mercado español. Es preciso determinar la Ley aplicable a esta cuestión. Solución → La Ley que rige estas obligaciones extracontractuales es la Ley española, pues el pacto entre las empresas cementeras afectaba exclusivamente al mercado español.

275. ➤ *Caso 2. Daños civiles e infracción de normas antitrust.* Cinco empresas con sede en Francia, Alemania, Italia, Reino Unido y España, fabricantes de explosivos, celebran un contrato secreto para vender en todos los Estados de la UE los explosivos a un mismo y elevado precio mínimo. Una empresa española estima que ese pacto le ha comportado daños por valor de más de 1 millón de euros y reclama daños y perjuicios contra las aludidas cinco empresas. Es preciso determinar la Ley aplicable a esta cuestión. Solución → La empresa demandante podrá basar sus pretensiones exclusivamente en la Ley española, si demuestra que España es uno de los países cuyo mercado se ha visto afectado de manera directa y sustancial por los precios acordados (*privilegio de la Lex Fori*: art. 6 RR-II).

276. ➤ *Caso 3. Daños civiles e infracción de normas antitrust: la “otra” batalla de Waterloo (2018).* Unos 1.300 minoristas, entre ellos 7 grupos de sociedades que operan en 18 países europeos (incluida Suiza) demandaron por daños anticompetitivos al grupo *MasterCard* y, en concreto, a tres compañías de este grupo. La primera demandada era una compañía constituida en el Estado de Delaware (EE. UU.). La segunda demandada era otra compañía constituida en el Estado de Delaware y filial de la primera. La tercera demandada era una compañía que tenía su sede en Waterloo (Bélgica) y era filial de la primera demandada. La cuarta demandada era una compañía del grupo *MasterCard* que estaba registrada en Inglaterra. Se les acusaba de constituir un cártel que, desde 1992 hasta el día presente, había fijado precios muy altos para los servicios de *MasterCard* (*interchange fees*), infringiendo el art. 101 TFUE, y causar así pérdidas a los demandantes. Ahora bien, cabía preguntarse cuál era el “mercado afectado”. De cómo se contestase esta pregunta dependía la determinación del Derecho aplicable a las pretensiones de las partes. Solución → A la High Court le correspondía la tarea, *inter alia*, de responder, centrando su atención en sólo 4 de los 18 países (*four sample countries*): Alemania, Italia, Polonia y Reino Unido (*the test country claims*). Los actores sostuvieron que el “mercado afectado” era el belga; puesto que la tercera sociedad demandada estaba establecida en Waterloo (Bélgica) y era la que se encargaba de centralizar la política comercial del grupo en Europa. *MasterCard*, por el contrario, defendió que la “restricción de la competencia” tuvo lugar en los diferentes mercados en que se realizaron las transacciones: Alemania, Italia, Polonia y Reino Unido (y,

Reglamento Roma II Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales específicas	
Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (art. 5 RR-II)	<p>ATENCIÓN: En España no es aplicable el art. 5 RR-II. En su lugar se aplica el Convenio de La Haya de 2 octubre 11973 sobre la Ley aplicable a los daños causados por los productos.</p> <p>(1) Ley del país de la residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño, de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada país (art. 5.1 RR-II).</p> <p>(2) En su defecto: ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país.</p> <p>(3) En su defecto: ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país.</p> <p>(4) En su defecto: ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país.</p> <p>EXCEPCIONES:</p> <p>(a) La ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c) del art. 5.1 RR-II.</p> <p>(b) Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 5.1 RR-II, se aplicará la ley de este otro país (art. 5.3 RR-II).</p>
Competencia desleal (art. 6 RR-II)	<p>(1) Ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados (Lex Mercatus)</p> <p>(2) En el caso de actos de competencia desleal que afectan exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, rigen las reglas generales (art. 4 RR-II).</p> <p>ATENCIÓN: las partes no pueden elegir la Ley aplicable (art. 6.4 RR-II).</p>
Obligación extracontractual que deriva de restricciones a la competencia (art. 6.3 RR-II)	<p>(1) Ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado</p> <p>(2) En el caso de varios mercados afectados:</p> <p>(a) Ley del foro siempre que (i) la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado opte por basar su demanda en la legislación del foro; (ii) el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa y sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda.</p> <p>(b) En el caso de varios demandados, se aplica la Ley del foro si así lo decide el demandante siempre que la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado miembro del tribunal del domicilio del demandado.</p> <p>ATENCIÓN: las partes no pueden elegir la Ley aplicable (art. 6.4 RR-II).</p>
Daño medioambiental (art. 7 RR-II)	<p>– Ley del país en el se produjo el hecho generador del daño si la persona que reclama el resarcimiento de los daños elige tal Ley.</p> <p>– En defecto de la anterior elección = Ley del lugar del daño.</p>
Infracción de los derechos de propiedad intelectual (art. 8 RR-II)	<p>– Ley del país para cuyo territorio se reclama la protección (Lex Loci Protectionis).</p> <p>– En caso de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario = ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario.</p> <p>ATENCIÓN: no es posible elegir la Ley aplicable (art. 8.3 RR-II).</p>

<p><i>Acción de conflicto colectivo</i> (art. 9 RR-II)</p>	<p>– <i>Ley del país de la residencia habitual común</i> en el momento en que se produzca el daño, de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada país (art. 5.1 RR-II). – En su defecto = <i>ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse</i></p>
<p><i>Enriquecimiento injusto</i> (art. 10 RR-II).</p>	<p>(1) <i>Ley que regula una relación preexistente entre las partes.</i> (2) En el caso de que la ley aplicable no pueda ser determinada con arreglo al criterio anterior = <i>Ley del país de la residencia habitual común de las partes</i> en el momento en que se produce el hecho que da lugar al enriquecimiento injusto. (3) En el caso de que la ley aplicable no pueda ser determinada con arreglo a los criterios anteriores = <i>ley del país en que se produjo el enriquecimiento injusto.</i></p> <p><u>EXCEPCIÓN:</u> si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto presenta <i>vínculos manifiestamente más estrechos con otro país</i> distinto del indicado a través de los criterios anteriores = se aplicará la ley de este otro país (art. 10.4 RR-II).</p>
<p><i>Gestión de negocios ajenos</i> (art. 11 RR-II)</p>	<p>(1) <i>Ley reguladora de una previa relación entre las partes</i> (art. 11.1 RR-II) (2) En su defecto = <i>Ley del país de la residencia habitual común de las partes</i> en el momento en que se produce el hecho generador del daño, se aplicará la ley de dicho país (art. 11.2 RR-II). (3) En defecto de los anteriores criterios = <i>Ley del país en que se haya realizado el acto</i> (art. 11.3 RR-II).</p> <p><u>EXCEPCIÓN:</u> si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de un acto realizado sin la debida autorización en relación con los negocios de otra persona presenta <i>vínculos manifiestamente más estrechos con otro país</i> distinto del indicado por los criterios anteriores, se aplicará la ley de este otro país (art. 11.4 RR-II).</p>
<p><i>Culpa in contrahendo</i> (art. 12 RR-II)</p>	<p>(1) <i>Ley aplicable al contrato</i> o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. (2) En defecto del anterior criterio = (a) <i>Ley del país en el que se haya producido el daño.</i> (b) <i>Ley de la residencia habitual común de las partes</i> en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño.</p> <p><u>EXCEPCIÓN:</u> si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta <i>vínculos manifiestamente más estrechos con otro país</i> distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país.</p>

eventualmente, los restantes 14 países, incluida Bélgica). En las 47 páginas de sentencia, el Honorable Juez BARLING apuntaló *tres ideas fundamentales*: En *primer lugar*, para concretar la norma de DIPr. aplicable, había que distinguir, dada la larga existencia que había tenido el supuesto cártel, tres períodos de tiempo (*the claim periods*): (i) *Desde 11 enero 2009 hasta la fecha*: El Derecho aplicable para este período sería fijado conforme al Reglamento Roma II. (ii) *Desde el 1 mayo 1996 hasta el 10 enero 2009*: El Derecho aplicable para este período sería precisado por la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*. (iii) *Desde el 22 mayo 1992 hasta el 30 abril 1996*: El Derecho aplicable para este período sería designado por los *English common law principles*. Según el Honorable Juez BARLING, “*for events [...] occurring on or after 11 January 2009, the applicable law will be determined by reference to the place of establishment of the Merchant concerned in the transaction in question*”. La sentencia, por tanto, rechaza el alegato de los demandantes y acoge el punto de vista de MasterCard; es decir, que el Derecho belga no sería aplicable a todas las acciones de daños por infracción del Derecho antitrust europeo, sino que habría de recurrirse, en principio, al Derecho alemán, italiano, polaco o inglés, según los casos. En *segundo lugar*, precisó cuál era el “mercado afectado”; puesto que la *location of the restriction on competition* era el punto

de conexión relevante para la *1995 Act*: “[...] *the alleged restriction of competition in relation to each category of claim, including the CAR claim, took place in each of the product and geographic markets where the relevant Claimant(s) operated its retail business*”. Por último, para el período que va del 22 mayo 1992 al 30 abril 1996, rechazó la *double actionability*, regla tradicional del Derecho inglés conforme a la cual el ejercicio de acciones de daños ante los tribunales ingleses estaría sometido tanto a la *lex fori* como a la *lex loci delicti*, salvo que exista un país cuyo Derecho tenga una relación más significativa (*the most significant relationship*) con una cuestión particular entre las partes. La sentencia de la High Court manejó la formulación de esta regla por *Dicey & Morris, The Conflict of Laws*, 9ª ed., London, Stevens, 1973, p. 938: “(1) *As a general rule, an act done in a foreign country is a tort and actionable as such in England, only if it is both (a) actionable as a tort according to English law, or in other words is an act which, if done in England, would be a tort; and (b) actionable according to the law of the foreign country where it was done. (2) But a particular issue between the parties may be governed by the law of the country which, with respect to that issue, has the most significant relationship with the occurrence and the parties*”. Para el Honorable BARRING, esto último no ocurría: no estaba justificado que ni el Derecho belga ni el de cualquier otro país regulase todas las acciones de daños que el caso *MasterCard* había suscitado en Europa⁵³⁹.

7. Cuestiones particulares

A) Orden público del foro

a) Aspectos generales

277. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el Reglamento Roma II si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 26 RR-II)⁵⁴⁰.

278. El orden público internacional sirve para descartar la aplicación de la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II si ello produce una lesión en los principios jurídicos básicos que regulan la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. El orden público internacional evita la externalidad negativa que podría producir la norma de conflicto, esto es, unos daños a los “intereses generales”, y a la “sociedad” del país cuyos tribunales conocen del asunto. El orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe interpretarse siempre de modo restrictivo y debe aplicarse siempre de modo excepcional. Ejemplo: la Ley extranjera que no permita reparar daños morales puede considerarse contraria al orden público internacional español⁵⁴¹. Igualmente puede retenerse contraria al orden público internacional español la aplicación de una Ley extranjera que recoge indemnizaciones irrisorias o extraordinariamente excesivas. Por el contrario, parece claro que no resulta contraria al orden público internacional español la Ley inglesa que permite el resarcimiento del daño físico, el daño moral y el llamado “*loss of amenity*”, esto es, el resarcimiento del empeoramiento de la calidad de vida que sufre la víctima⁵⁴².

279. En el supuesto de una Ley cuya aplicación produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional del Estado del foro, las obligaciones extracontractuales deben regirse por la Ley fijada por el siguiente punto de conexión recogido en el mismo Reglamento Roma II y no por la *Lex Fori* (P. FRANZINA). Esta solución respeta el principio de proximidad que inspira las soluciones contenidas en el Reglamento Roma II y evita las inadecuadas tentaciones de legefórmismo de los tribunales.

⁵³⁹ Sentencia High Court [Ch Div] 9 marzo 2018, *Deutsche Bahn AG & Others v MasterCard*, [2018] EWHC 412 (Ch), §§ 1, 2, 3, 12, 14, 26, 44, 55, 142, 146, 165 y 187 a 192, comentada por W. JAZRAWI/A. ZALEWSKA, “Mastering applicable law in English proceedings: *Deutsche Bahn v Mastercard*”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. R41-R51.

⁵⁴⁰ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 168-174.

⁵⁴¹ En Francia: Sent. CA Paris 2 octubre 1963, *RCDIP*, 1964, p. 332 y *JDI Clunet*, 1964, p. 103, nota de B. GOLDMAN.

⁵⁴² Sent. Corte Cass, Italia, 26 mayo 2014 (accidente de caza en la Gran Bretaña), *RDIPP*, 2015, pp. 657-662.

b) Daños punitivos

280. El Reglamento Roma II sólo dispone que hay que descartar la aplicación de una ley estatal que conduzca, en el caso de que se trate, a un resultado manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 26 RR-II); pero, en cambio, no contiene ninguna disposición especial en su articulado que puntualice si esto sucede, en especial, con los denominados *daños punitivos* y, en caso afirmativo, si tales daños estarían totalmente prohibidos o sólo, cuando vistas las circunstancias concretas del caso, fuesen manifiestamente desproporcionados.

281. En el transcurso de la elaboración del Reglamento Roma II, hubo preceptos que regularon esta cuestión; pero, a medida que los trabajos legislativos avanzaron, fue reduciéndose la inicial prohibición general de esta clase de daños hasta desaparecer finalmente del articulado del Reglamento⁵⁴³. Tras la *voladura controlada* de la prohibición general de daños competitivos, sólo han quedado dos textos que han servido para mantener e, incluso, alentar la polémica: 1) El Considerando [32] del Reglamento Roma II: “*Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro*”; y 2) el Considerando [13] de la Directiva 2014/104/UE: “[...] *un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo*”.

282. Los daños punitivos (*Punitive Damages / Exemplary Damages*) consisten en una cantidad económica que debe desembolsar el responsable de un daño con la triple finalidad de castigar al responsable, de impedir que se lucre con sus actos antijurídicos y de disuadir a dicho demandado y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daños al demandante⁵⁴⁴. Esta pluralidad de fines,

⁵⁴³ Lo relata, con su habitual minuciosidad, F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 170-173.

⁵⁴⁴ *Vid., ad ex.*, E. D’ALESSANDRO, “Riconoscimento di punitive damages: in attesa delle Sezioni Unite”, *Int’l Lis*, XIV, 2, 2016, pp. 90-96; E. BÜYÜKSAGIS, “Punitive damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism”, *European Business Law Review*, 27, 1, 2016, pp. 137-157; G. CAVALIER, “Punitive damages and French international public policy”, en *Comparative studies on business tort litigation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 219-232; B. CHEYNEL, “Actions de suite: pas de dommages-intérêts punitifs devant les juridictions anglaises”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 14, 2008, pp. 102-105; D. COESTER-WALTIJEN, “Deutsches internationales Zivilverfahrensrecht und punitive damages nach US-amerikanischem Recht”, en A. HELDRICH/T. KONO (HRSG.), *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts: Japanisch-deutsch-schweizerisches Symposium über aktuelle Fragen des Internationalen Zivilverfahrensrechts im Verhältnis zu den USA*, Tübingen, Mohr, 1994, pp. 15-34; M. COUSIN, “Réparation ou punition?: à propos de l’ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 60, 2017, pp. 20-22; M. DANOV, “Awarding exemplary (or punitive) antitrust damages in EC competition cases with an international element: the Rome II Regulation and the Commission’s White Paper on damages”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 7, 2008, pp. 430-436; M. GEBAUER, “Strafschadensersatz und italienischer ordre public”, *ZEuP*, 2009, pp. 409-420; A.-S. GHASSABEH, *Die Zustellung einer punitive damages-Sammelklage an beklagte deutsche Unternehmen: zugleich ein Beitrag zum “unnötigen” transatlantischen Justizkonflikt*, Frankfurt am Main, Berlin, Wien, Lang, 2009; J. GOTANDA, “Charting developments concerning punitive damages: Is the tide changing?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006-2007, pp. 507-528; M. HAZELHORST, “Private enforcement of EU competition law: why punitive damages are a step too far”, *ZEuP*, 18, 4, 2010, pp. 757-772; J. VON HEIN, “BVerfG gestattet Zustellung einer US-amerikanischen Klage auf punitive damages”, *RIW*, 2007, pp. 249-255; E. KARNER, “Prevention, Deterrence, Punishment”, en H. KOZIOL (ED.), *The aims of tort law: Chinese and European perspectives*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2017, pp. 51-60; H. KOCH/J. ZEKOLL, “Zweimal amerikanische punitive damages vor deutschen Gerichten”, *IPRax*, 1993, pp. 288-292; H. KOZIOL/V. WILCOX (EDS.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Wien, Springer, 2009; F.-X. LICARI, “Prendre les punitive damages au sérieux: propos critiques sur un refus d’accorder l’exequatur à une décision californienne ayant alloué des dommages-intérêts punitifs: comm. 18”, *Clunet*, 137, 4, 2010, pp. 1234-1263; M. LÓPEZ DE GONZALO, “Punitive damages e ordine pubblico”, *RDIPP*, XLIV, 1, 2008, pp. 77-90; K. MARX, *Exemplary damages im englischen Recht*, Münster, LIT, 1999; C. DE MENECH, “Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi”, *Rivista di diritto civile*, 2016, 6, pp. 1644-1679; R.C. MEURKENS, *Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, Deventer, Kluwer, 2014; J. MÖRSORF-SCHULTE, *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages: zugleich ein Beitrag zur Diskussion um die Zustellung und Anerkennung in Deutschland*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999; ID., “Spezielle Vorbehaltsklausel im Europäischen

primordial para calificar su naturaleza jurídica, no es más que una “contradicción aparente” (“*contradiction apparente*”) (R. SAINT-ESTEBEN)⁵⁴⁵. Los daños punitivos se regulan y aceptan en el Derecho de la mayor parte de los Estados anglosajones, especialmente, en el Derecho Privado de los distintos *States* que forman los Estados Unidos de América, y en algunos Estados europeos (Reino Unido, Irlanda y Chipre).

283. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado español y europeo, la doctrina ha identificado *tres grandes escenarios de cuestiones jurídicas* que reclaman una respuesta jurídica: (a) La posibilidad de aplicar una Ley extranjera que otorgue daños punitivos y su posible contrariedad con el orden público internacional español; (b) La posibilidad de otorgar reconocimiento/*exequatur* en España a una sentencia extranjera que concede estos daños punitivos y de ejecutarla materialmente, así como su posible contrariedad con el orden público internacional español; (c) La posibilidad de los tribunales españoles de colaborar con un tribunal extranjero que conoce de un asunto en el que el demandante ha solicitado la imposición de daños punitivos al demandado, y, especialmente, la cuestión de saber si se puede y/o debe notificar a un demandado con residencia en España, la demanda que ha dado lugar a un proceso en el extranjero en el que se debate la imposición de estos daños punitivos.

a) Leyes extranjeras que admiten los daños punitivos y orden público internacional. El sistema del “triple test”

284. El Reglamento Roma II no contiene una disposición específica, en su articulado, sobre este concreto tema. Ahora bien, esta cuestión sí que es abordada, de forma expresa, en el Cons. (32) RR-II. A la vista del art. 26 y Cons. (32) RR-II, cabe, pues, afirmar que el juez español debe admitir la aplicación de la Ley extranjera que contemple los daños punitivos si se supera un “triple test jurídico” de legitimidad.

- 1º) *Test de “moderación-exceso de los daños punitivos”*. A tenor de este test, se permite, directamente, la aplicación en España de Leyes extranjeras que admiten daños punitivos que no resulten excesivos, lo que deberá determinar el juez español que conozca del asunto. Unos daños punitivos son “excesivos” en España si alcanzan una suma global extraordinariamente elevada considerados los parámetros habituales de las indemnizaciones que proceden en Derecho español por conductas y daños similares.
- 2º) *Test de “oportunidad de los daños punitivos excesivos”*. Mediante este test, cabe admitir la aplicación de Leyes extranjeras que admiten la imposición de daños punitivos excesivos, si así lo aconseja la gravedad del acto, hecho, conducta o comportamiento del infractor, si los deberes jurídicos que debía haber respetado el infractor le eran especialmente exigibles⁵⁴⁶.

Internationalen Deliktsrecht?”, *ZVglRWiss*, 104, 2005, pp. 192-256; E. SAHIN, “The (infamous) question of punitive damages in EU competition law”, *G.C.L.R.*, 9, 3, 2016, pp. 88-95; J. SCHUBERT, “Punitive damages – Das englische Recht als Vorbild für das deutsche Schadensrecht?”, *Juristische Rundschau*, 2008, pp. 138-143; K. SIEHR, “Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu punitive damages”, *RIW*, 1991, pp. 705-709; R. STÜRNER/A. STADLER, “Zustellung von punitive damages – Klagen an deutsche Beklagte nach dem Haager Zustellungsübereinkommen?”, *IPRax*, 1990, pp. 157-160; M. TESCARO, “I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?”, *Contratto e impresa. Europa*, XVII, 2, 2012, pp. 599-649; C. TRIADAFILLIDIS, “Anerkennung und Vollstreckung von ‘punitive damages’ – Urteilen nach kontinentalen und insbesondere nach griechischem Recht”, *IPRax*, 2002, pp. 236-238; C. VANLEENHOVE, *Punitive damages in private international law: lessons for the European Union*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2016; C. VAQUERO LÓPEZ, “Sobre la posibilidad de reconocimiento en España de ‘daños punitivos’ como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario de la competencia”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (Eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 683-691; S. WEICHBRODT, “US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere ‘punitive damages’”, en C. TIETJE/W. BLAU (HRSG.), *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pp. 146-161; J. ZEKOLL/N. RAHLE, “US-amerikanische Antitrust-Treble-Damages-Urteile und deutscher ordre public”, *JZ*, 1999, pp. 384-394.

⁵⁴⁵ R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *Les Petites Affiches*, n° 14, 20 enero 2015, p. 53: “[...] il existe, du moins dans notre système juridique, une contradiction apparente entre les termes ‘dommages et intérêts’ et ‘punitifs’”.

⁵⁴⁶ ATS 13 noviembre 2001 [ECLI:ES:TS:2001:1803A]; sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, *Schelenzka* [*Bulletin*, 2010, I, n. 48]; sent. Corte appello Trento-Bolzano (Italia) 16 agosto 2008 (sentencia dictada en Florida); Sent. Corte Cass. Italia

- 3º) *Test de “vinculación espacial” del supuesto fáctico*. Si el caso no presenta “vinculaciones significativas” o “estrechas” con España, entonces no es posible que la aplicación de las leyes extranjeras que admiten los daños punitivos resulte contraria al orden público internacional español (O. BOSKOVIC, Y. DERAIS, S. SYMEONIDES, Z. CRESPI REGHIZZI, R. MORSE, E. D’ALESSANDRO, A. SARAVALLE)⁵⁴⁷.

285. ➤ *Caso . Daños punitivos solicitados ante tribunales españoles*. Una empresa española fabrica cascos para motocicletas en los Estados Unidos de América y los vende en dicho país. Como consecuencia de un error de fabricación de los mismos, un casco se abrió con ocasión de un accidente de motocicleta ocurrido en Indiana. Un joven falleció por un casco con defectos de fábrica. La familia del joven reclama daños y perjuicios a la empresa fabricante ante los tribunales españoles y la condena de ésta al pago de *Punitive Damages*, ya que la responsabilidad no contractual derivada del defecto del casco se rige *ex* Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 [Ley aplicable a la responsabilidad por productos] o bien *ex art.* 5 RR-II, por la Ley norteamericana, donde tales daños están legalmente previstos. Pues bien, no existe ninguna razón para excluir por contrariedad con el orden público internacional “español”, la aplicación de una Ley extranjera que regula la responsabilidad de un daño ocurrido en los Estados Unidos de América, que afecta a un sujeto residente y nacional de dicho país y que afecta a la comercialización de productos fabricados en y para los Estados Unidos, datos todos éstos que eran de perfecto conocimiento de la empresa fabricante española. Dicha empresa se beneficia del enorme mercado norteamericano porque se “sumerge” en el mismo, por lo que en consecuencia, es perfectamente consciente de que dicho mercado está sujeto a sus propias reglas, y al pago, en su caso, de *Punitive Damages*. La condena de la empresa española al pago de tales daños punitivos en nada perjudica el sistema “español” de responsabilidad civil, porque el caso afecta al mercado “norteamericano”, no al mercado “español”. Por ello, la aplicación del Derecho de los Estados Unidos a este caso, aunque imponga daños punitivos muy elevados, no vulnera ni puede vulnerar el orden público internacional español, de modo que los jueces españoles deben aplicarla (art. 26 y Cons. 32 RR-II).

b’) Reconocimiento y ejecución en España de sentencias extranjeras que conceden *Punitive Damages*

286. Al respecto diversos elementos deben tenerse en cuenta:

- 1º) Las sentencias extranjeras que condenan al pago de *Punitive Damages* deben, inexcusablemente, cumplir los requisitos legales generales relativos al reconocimiento / *exequatur* según el régimen jurídico aplicable a la sentencia extranjera en cuestión: Reglamento Bruselas I-bis, arts. 41-61 LCJIMC, etc.
- 2º) Sólo puede denegarse el reconocimiento / *exequatur* de estas sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos si tales sentencias no superan el “triple test de legitimidad” antes indicado⁵⁴⁸: (a) Las cantidades concedidas por la sentencia extranjera en concepto de daños punitivos no deben ser excesivas⁵⁴⁹. La Cassazione italiana ha indicado que la sentencia extranjera debe respetar el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, establecer claramente el nivel cuantitativo de responsabilidad del fabricante, así como que debe exigirse que la aplicación de la regla jurídica de los daños punitivos sea previsible para el responsable⁵⁵⁰; (b) Si las cantidades a pagar en concepto de daños punitivos en virtud de una extranjera son elevadas o “excesivas” no se producirá necesariamente la vulneración

19 enero 2007 (daño en Alabama por mal cierre de cascos para motocicletas fabricados en Italia) [RDIPP, 2007, p. 777]; Sent. Trib. Venezia (Italia) 15 octubre 2001, Parrott [RDIPP, 2002, p. 1021]; Sent. Cour d’appel Poitiers (Francia) 26 febrero 2009.

⁵⁴⁷ SAP Barcelona 7 mayo 2012 (accidente aéreo en Alemania y daños punitivos recogidos en la Ley norteamericana aplicable) [ECLI:ES:APB:2012:6351].

⁵⁴⁸ ATS 13 noviembre 2001 (sentencia dictada por tribunal de Texas) [ECLI:ES:TS:2001:1803A].

⁵⁴⁹ ATS 13 noviembre 2001 [ECLI:ES:TS:2001:1803A]; sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, Schelenzka [Bulletin, 2010, I, n. 48]; ATS 18 septiembre 2001 (*exequatur* parcial de sentencia dictada en Nueva Jersey) [ECLI:ES:TS:2001:163A].

⁵⁵⁰ Sent. Cass. Italia n. 16601 de 5 julio 2017.

del orden público internacional español, si la conducta del infractor resultó especialmente grave y por ello comportó un perjuicio especialmente serio para la víctima o si el responsable infringió deberes jurídicos fundamentales⁵⁵¹; (c) Si el supuesto no presenta un ligamen sustancial con España, el reconocimiento / *exequatur* en España de una sentencia extranjera que otorga *Punitive Damages* debe admitirse, incluso si tales daños punitivos son muy elevados o excesivos (D. BUREAU / H. MUIR WATT)⁵⁵².

B) El artículo 10.9.I del Código Civil

a) Alcance objetivo actual del art. 10.9 CC

287. Este precepto señala la Ley reguladora de las obligaciones no contractuales y su redacción data de 1974 (Reforma del Título Preliminar del Código Civil)⁵⁵³. En la actualidad, el precepto ha quedado seriamente afectado por el Reglamento Roma II y por una larga lista de instrumentos legales internacionales que regulan supuestos concretos de obligaciones no contractuales. En consecuencia cabe afirmar lo siguiente:

- 1º) El párrafo segundo del art. 10.9 CC relativo a la Ley aplicable a la “gestión de negocios” es hoy día totalmente inaplicable. En su lugar se aplica el Reglamento Roma II que además dispone de una norma de conflicto específica sobre el particular.
- 2º) El párrafo tercero del art. 10.9 CC relativo a la Ley aplicable al “enriquecimiento injusto” es hoy día totalmente inaplicable. En su lugar se aplica el Reglamento Roma II, que también dispone de una norma de conflicto específica sobre este tema.
- 3º) El párrafo primero del art. 10.9 CC ha quedado desplazado por el Reglamento Roma II y por toda la normativa internacional específica que señala el régimen jurídico de las obligaciones no contractuales en casos internacionales. De todos modos, sigue conservando un notable *valor aplicativo residual*. En efecto, el art. 10.9.I CC señala la Ley aplicable a aquellas obligaciones no contractuales que no son objeto de regulación ni por la normativa internacional específica en vigor para España ni por el Reglamento Roma II. *Ejemplos*: Ley aplicable a las obligaciones no contractuales derivadas de daños a los derechos de la personalidad, Ley aplicable a los daños nucleares no cubiertos por los Convenios internacionales específicos en materia de daños nucleares, Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de actos *jure imperii* y, en particular, de actos de guerra llevados a cabo por órganos de un Estado⁵⁵⁴.

b) Punto de conexión

288. El art. 10.9.I CC indica: “*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven*”. Varios datos relativos a este precepto deben subrarse:

⁵⁵¹ Sent. Corte appello Trento-Bolzano (Italia) 16 agosto 2008 (sentencia dictada en Florida) [RDIPP, 2009, p. 448]; Sent. Corte Cass. Italia 19 enero 2007 (daño en Alabama por mal cierre de cascos para motocicletas fabricados en Italia) [RDIPP, 2007, p. 777]; Sent. Trib. Venezia (Italia) 15 octubre 2001, *Parrott* [RDIPP, 2002, p. 1021]; Sent. Cour d’appel Poitiers 26 febrero 2009.

⁵⁵² ATS 13 noviembre 2001 [ECLI:ES:TS:2001:1803A]; sent. Cour Cass. Francia 20 febrero 2007, *Cornelissen* [Bulletin, 2007, I, n. 68, p. 60]; sent. OLG Munich (Alemania) 15 julio 1992 (*exequatur* de sentencia dictada por la *Circuit Court* del condado de Jefferson de 12 junio 1992).

⁵⁵³ *Vid., ad ex.*, M.A. AMORES CONRADI, “Comentario al art. 10, apartado 9 del Código civil”, en M. ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, Vol. 2º (Arts. 8 a 16), 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1995, pp. 729-769; M.A. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, nº 8, pp. 1-34 (www.reei.org), pp. 1-34; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español”, *AEDIP*, 2000, pp. 159-183.

⁵⁵⁴ Sent. trib. Bologna (Italia) 11 enero 2010 (sujeto capturado en Italia y deportado a Alemania: acto ocurrido en Italia y aplicación de la Ley italiana); sent. trib. Torino (Italia) 20 mayo 2010 (militar italiano capturado en Italia y sometido a trabajos forzados en Alemania) [RDIPP, 2011, p. 1006].

- a) *Supuesto de hecho*. A diferencia de lo que se aprecia en el Derecho alemán, el sistema español de responsabilidad civil es un “sistema de cláusula general” (*vid.* art. 1902 CC), como muy bien explica, con claridad meridiana, M.A. AMORES CONRADI. Este dato se refleja en el supuesto de hecho del art. 10.9.I CC: el precepto cubre todo tipo de reclamación indemnizatoria que no pueda ser encajado en otras categorías jurídicas, como la responsabilidad contractual, alimentos, matrimonio, etc.
- b) *Punto de conexión “Locus Delicti Commissi”* e ilícitos a distancia. El punto de conexión utilizado por el precepto es el tradicional *Locus Delicti Commissi*: el “lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva la obligación”⁵⁵⁵. Sin embargo, a partir de aquí todo son dudas, en especial cuando se trata de ilícitos a distancia:
- 1º) La letra del precepto parece inclinarse por el “lugar del hecho causal” y no por el “lugar del daño” (P. FRANZINA). Sin embargo, es más que probable que el legislador español de 1974 no tuviera en cuenta los ilícitos a distancia cuando redactó el precepto. Para dicho legislador, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales debía ser la Ley del lugar donde acto causal y daño, ambos, se materializan. Por tanto, también más que probable es que el precepto incurra en una *laguna axiológica*. Ello, unido a una no enteramente clara dicción legal, permite ciertos movimientos interpretativos.
 - 2º) La doctrina española mayoritaria ha indicado que el art. 10.9.I CC permite considerar como lugar relevante el lugar del “hecho causal” o el lugar del “evento dañoso” (E. ZABALO ESCUDERO, M.A. AMORES CONRADI, J.A. CARRILLO SALCEDO, etc.). El demandante podrá elegir qué lugar estima relevante y, en consecuencia, qué Ley debe aplicarse.
 - 3º) Para potenciar la claridad normativa y la armonía del sistema español de DIPr. cabe interpretar este precepto en sintonía con el mismo criterio contenido en el Reglamento Roma II. Por tanto, debe estimarse que, como propone F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en los casos de ilícitos a distancia, sólo debe resultar relevante el “lugar del daño” y no el “lugar del acto causal”⁵⁵⁶. Cierta jurisprudencia se orienta en dicha dirección⁵⁵⁷.
- c) *Flexibilización de la conexión*. El art. 10.9.I CC recoge este punto de conexión “*Locus Delicti Commissi*” con la rigidez propia del acero de Toledo. El legislador no ha previsto conexiones especiales para *casos específicos* de obligaciones no contractuales ni ha recogido una *cláusula de excepción* que permita escapar de la ley del lugar del hecho en casos en los que dicho lugar es fortuito, casual o puramente anecdótico. Para estos casos, y con el fin de evitar la aplicación de una Ley imprevisible y costosa para las partes, cabe introducir ciertas válvulas de flexibilización al precepto. Un *moderado desarrollo judicial* del precepto puede ayudar a ello. En estos casos, el juez español puede descartar la Ley del país del daño y aplicar la Ley del país con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos. Por ejemplo, cuando se compruebe que el lugar donde se verificó el daño fue meramente fortuito y totalmente imprevisible para las partes, cabe estimar que el legislador no ha podido querer la aplicación de la Ley del lugar del daño. Se produce, en tal caso, una *laguna axiológica* en el art. 10.9.I CC, y el juez puede integrar dicha laguna mediante el principio de proximidad y puede dar aplicación a la Ley del país más estrechamente vinculado al caso específico.
- d) *Ámbito de la Ley aplicable*. La Ley designada por el art. 10.9.I CC regulará las cuestiones a las que se refiere el art. 10.10 CC, que son: 1º) Tipo de responsabilidad (culposa, objetiva, etc.); 2º) Criterios de imputación de la responsabilidad y la cuestión de la “causalidad”; 3º) Exigencia o no de antijuridicidad de la conducta que genera la responsabilidad; 4º) Daños

⁵⁵⁵ STS 10 mayo 2007 (responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima por actos realizados en Inglaterra) [ECLI:ES:TS:2007:2694].

⁵⁵⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 398-399 y 419.

⁵⁵⁷ SAP Baleares 21 noviembre 2000 (fotografías tomadas en Mallorca al actor Michael Douglas y publicadas en Inglaterra) [ECLI:ES:APIB:2000:3729]; Sent. Cour d’appel Paris 10 febrero 1999.

resarcibles, cuantía y limitaciones de la indemnización; 5º) Titulares del derecho a percibir una indemnización como consecuencia del ilícito, así como posible transmisibilidad de tal derecho; 6º) Prescripción y caducidad de la acción para solicitar la responsabilidad no contractual. Debe tenerse presente que los crímenes contra la humanidad y otros delitos internacionales son imprescriptibles en Derecho español y en el Derecho de otros muchos países⁵⁵⁸; 7º) La posible existencia de una *acción directa* que el perjudicado pueda ejercitar frente al asegurador de la responsabilidad -compañía aseguradora-. Sin embargo, una vez fijado que efectivamente cabe el ejercicio de dicha “acción directa” contra el asegurador, será la Ley que rige el contrato de seguro la que determinará los riesgos cubiertos por el contrato de seguro y los límites de la responsabilidad del asegurador⁵⁵⁹.

IV. Consideraciones finales

289. Es difícil hacer justicia, dentro de los límites de esta exposición, a un tema tan actual y complejo, sometido a un meticuloso examen doctrinal y jurisprudencial. No obstante, conviene destacar algunos puntos importantes.

290. Para que los tribunales europeos salieran de la atonía en materia de acciones civiles por daños antitrust, se elaboró la Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE. En poco tiempo, se han incoado por los tribunales europeos cientos de procesos civiles de reparación de daños anticompetitivos; aunque obviamente, por la fecha en que se produjeron las ententes o los abusos de posición dominante, la normativa material introducida por la Directiva 2014/104/UE en los ordenamientos nacionales no resulte aplicable. Una *mentalidad hamletiana* sin duda se preguntará cuál o cuáles son las causas de este fenómeno. La duda se ve alimentada por dos posibles explicaciones (R. AMARO). Conforme a un *enfoque pesimista*, el incremento de acciones civiles para la compensación por daños anticompetitivos se corresponde con un aumento de las infracciones del Derecho de la competencia (= *vivimos en una sociedad intensamente cartelizada*). Conforme a un *enfoque optimista*, no ha habido tanto un aumento del número de ilícitos anticoncurrenciales como una “sensibilización” de la sociedad contra ellos, promovido por el hecho de que el Estado haya dotado a los particulares de herramientas más adecuadas para el fin que se pretende (= “*efecto socialmente contagioso*” de la “*caja de herramientas*” contra las infracciones del Derecho antitrust). Nosotros nos quedamos con esta última explicación.

291. Dicha Directiva no contiene -en contra del deseo de algunos juristas- normas propias para resolver los *conflictos de jurisdicciones y de leyes* en esta materia. Surge, pues, la cuestión de si el legislador europeo debiera dictar una normativa *ad hoc* para las cuestiones de Derecho Internacional Privado que suscitan las acciones de indemnización por daños anticompetitivos.

Desde nuestro punto de vista, esto no sería aconsejable. Rompería la armonía del sistema de Derecho Internacional Privado ya existente y aplicable a este sector, crearía la duda de si la jurisprudencia dictada al amparo de las normas ya existentes que a continuación se refieren sería extrapolable a las supuestas nuevas normas, en todo o parcialmente, y nos colocaría en la tesitura de tener que elegir entre la experiencia adquirida en aplicación de importantes Reglamentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea o crear otros nuevos. En el mejor de los casos, sería precipitado: aún nos falta ex-

⁵⁵⁸ Sent. trib. Bologna (Italia) 11 enero 2010 (sujeto capturado en Italia y deportado a Alemania: acto ocurrido en Italia y aplicación de la Ley italiana); sent. trib. Torino (Italia) 20 mayo 2010 (militar italiano capturado en Italia y sometido a trabajos forzados en Alemania) [RDIPP, 2011, p. 1006].

⁵⁵⁹ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”, *Revista Española de Seguros*, 2009, pp. 741-765; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 155-157; M. MICHA, *Der Direktanspruch im europäischen Internationalen Privatrecht: das kollisionsrechtliche System des Art. 18 Rom II-VO vor dem Hintergrund des materiellen Rechts der Mitgliedsstaaten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

perencia. No tenemos en este terreno la de los tribunales estadounidenses y nos queda aún mucho que recorrer: en el mejor de los casos, esta codificación parcial sería precipitada. Nos tememos que no se trataría, llegado el caso, de la *hora de los prudentes*, sino de la *hora de los temerarios*.

292. Dejando a un lado la polémica relativa a la *conveniencia o inconveniencia* de que se hubieran dictado *normas ad hoc de Derecho Internacional Privado* para las acciones reparatoras de daños anticompetitivos, lo cierto es que al Derecho antitrust europeo le sucede lo mismo que a otros sectores de la vida social altamente internacionalizados: para saber qué tribunal es internacionalmente competente y qué ley es aplicable tiene que acudir a *dos normas europeas de carácter general*: el Reglamento Bruselas I-bis y el Reglamento Roma II. En conjunto, hasta ahora, han solucionado de manera razonable los problemas de *forum* y *ius* que se han suscitado. La STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, constituye una buena muestra de hasta dónde puede llegar el desarrollo judicial en el Derecho Internacional Privado.

293. La “concepción monista” del hecho generador del daño, la concordancia entre la realidad jurídica antitrust y la realidad jurídica civil y, por último, la mejor y mayor protección de las víctimas de comportamientos anticompetitivos debieran conducir a una consecuencia lógica: el reconocimiento por el legislador estatal, el legislador europeo o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de la responsabilidad civil de todas las “personas jurídicas” que componen la “empresa”.

294. La experiencia que tenemos, hoy por hoy, es *muy limitada*; sin embargo, la Directiva 2014/104/UE ha tenido un cierto “efecto de retroalimentación” (*feedback*): son centenares los litigios que están surgiendo en Europa contra conocidos cárteles, con una frecuencia y en una cantidad que no tiene precedente en el Espacio Económico Europeo. No pasarán muchos años hasta que, además de esos dos importantes Reglamentos de la UE que someramente hemos analizado, contemos con una *jurisprudencia nacional y europea* que interprete y colme las *incertidumbres hermenéuticas y lagunas legislativas* con las que hoy se enfrentan los juristas europeos que operan en este sector. Hasta que llegue ese momento, sin duda alguna, veremos cómo se interponen *cuestiones prejudiciales* ante el TJUE, que, fiel a su misión histórica, volverá a iluminarnos el camino.

295. Aun a riesgo de equivocarnos, tres son las *cuestiones candentes* que habría que despejar:

Primera: Hay que precisar cuál es el alcance de los *acuerdos de elección de foro*. Se trata de saber si son válidos los acuerdos de elección de foro insertos en un contrato de distribución, cuando concurren tres circunstancias: 1ª) Son *previos* a la interposición de la acción; 2ª) se invocan frente a una *acción por daños anticompetitivos* (en concreto, abuso de posición dominante); 3ª) configuran un *acuerdo de elección de foro asimétrico* que ha sido impuesto a la otra parte contratante por la empresa a la que supuestamente se acusa de abuso de posición dominante.

Segunda: Se debe determinar hasta dónde puede llegar el *foro de conexidad*. Concretamente, habría que discutir si cabe considerar *demandado ancla* a una filial que no figura como responsable del ilícito concurrencial en la decisión administrativa de condena de la Comisión, la Autoridad Nacional de la Competencia o el Tribunal ante el que ésta haya sido recurrida.

Tercera: La lucha contra los cárteles internacionales obliga a plantearse si es posible extrapolar, *mutatis mutandis*, la *noción de empresa* del Derecho antitrust europeo al Derecho Internacional Privado de las acciones por daños anticompetitivos y, por consiguiente, si cabe demandar a las sociedades matrices de grupos internacionales de sociedades a través de sus filiales.

LA PRUEBA DE LA CONDICIÓN DE HEREDERO EN EL DERECHO EUROPEO DE SUCESIONES: EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO

THE PROOF OF THE CONDITION OF HEIR IN THE EUROPEAN SUCCESSION LAW: THE EUROPEAN CERTIFICATE OF SUCCESSION

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5639-2301*

Recibido: 03.09.2018 / Aceptado: 10.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4375>

Resumen: El presente trabajo tiene como objetivo aproximar al lector al instrumento creado por el Reglamento europeo nº 650/2012, el certificado sucesorio europeo. Este documento concebido para que despliegue los mismos efectos en todos los Estados miembros partes del Reglamento europeo de sucesiones tiene como finalidad que los interesados en su expedición puedan acreditar su cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia en una sucesión transnacional. La finalidad del certificado sucesorio europeo es facilitar la sucesión mortis causa transnacional. Sin embargo, hay aspectos del certificado que no han sido regulados por el legislador europeo de forma concreta y precisa por lo que pueden dar lugar a que su aplicación no sea uniforme en la práctica.

Palabras clave: certificado sucesorio europeo, sucesión *mortis causa*, heredero, legatario, ejecutor testamentario, administrador de la herencia, prueba.

Abstract: The aim of this paper is to approximate the reader to the instrument created by Regulation No. 650/2012, called as a European Certificate of succession. This document, designed to have the same effects in all member states of the European Succession regulation, has the purpose that those interested in its issue can prove their status as heir, legatee, testamentary executor or administrator of the inheritance in a transnational succession. The purpose of the European Certificate of Succession is to facilitate the transnational succession. However, there are aspects of the certificate that have not been regulated by the European legislator in a concrete and precise way, which may result in their application not being uniform in practice.

Keywords: European Certificate of Succession, succession mortis causa, heir, legatee, executor of the will, administrator of the estate, proof.

Sumario: I. Introducción. II. Concepto, naturaleza y caracteres del certificado sucesorio europeo. III. El certificado sucesorio europeo vs. figuras nacionales análogas. 1. Aproximación inicial. 2. El *erbschein*. 3. El grant of representation. 4. El act de notoriété. 5. ¿Existe un certificado en el Derecho español?; 6. Reflexión sobre la relación de las figuras nacionales con el CSE. 7. La coexistencia de documentos que certifican la cualidad de heredero. IV. El certificado sucesorio internacional. 1. Introducción. 2. Aspectos básicos sobre el certificado internacional. V. Los legiti-

mados para utilizar el certificado sucesorio europeo. VI. La utilidad práctica del certificado sucesorio europeo. VII. La competencia para emitir un certificado sucesorio europeo. 1. Introducción. 2. Competencia judicial internacional. 3. Competencia territorial. VIII. La solicitud del certificado sucesorio europeo. 1. Los legitimados para solicitar un certificado sucesorio europeo. 2. El uso del formulario. 3. El contenido de la solicitud. 4. La obligación del solicitante para con la información y documentos que presenta. 5. El examen de la solicitud. A) El papel de la autoridad encargada de emitir el CSE. B) La admisión de otros medios de prueba. C) Las declaraciones bajo juramento. D) La posibilidad de informar a los beneficiarios. E) La cooperación entre autoridades nacionales. IX. La expedición del certificado sucesorio europeo. 1. Lapso temporal y aspectos formales. 2. Las leyes aplicables a los extremos que se persiguen acreditar. 3. Los motivos para rechazar la emisión del CSE. 4. Criterios formales y sustantivos para emitir el certificado sucesorio europeo. 5. La notificación a los beneficiarios. X. El contenido del certificado sucesorio europeo. XI. Los efectos del certificado sucesorio europeo. 1. Aproximación inicial. 2. El valor probatorio del CSE. 3. La protección del tercero de buena fe. 4. El certificado sucesorio y los registros públicos. 5. Las copias del certificado sucesorio europeo y sus efectos. 6. Suspensión de los efectos. XII. Rectificación, modificación o anulación del certificado sucesorio europeo. XIII. Los recursos que caben ante el certificado sucesorio europeo.

I. Introducción

1. El *Reglamento UE n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (en adelante, RES) regula en sus arts. 62 a 73 un instrumento singular que persigue facilitar las sucesiones con elemento extranjero. Uno de los problemas más frecuentes que puede plantear una sucesión transnacional es el acreditar que se ostenta la cualidad de heredero en un país diferente de donde se ha abierto la sucesión. Pero este no es el único cometido del CSE. Otro de los problemas que se persigue solucionar con este instrumento son los aspectos derivados a la administración de la herencia¹. En definitiva, el CSE persigue eliminar algunos de los obstáculos que surgen en el día a día de las sucesiones transnacionales permitiendo acreditar en un Estado diferente de donde se emite, la condición de heredero, legatario, administrador o ejecutor testamentario con el fin de poder ejercitar las facultades y derechos que esa condición implica². Entre estas facultades, con el CSE, un heredero podría practicar una inscripción registral a su favor sobre un bien en un registro de la propiedad distinto al país a donde se ha emitido el certificado.

2. El objetivo del CSE es ambicioso. Sin embargo, no todos los detalles sobre el CSE están cerrados en el RES. Hay cuestiones abiertas que deben analizarse en profundidad para facilitar su utilización en el tráfico jurídico. Estas podrían ser las relativas a los efectos del certificado o el acceso a los registros públicos. Por este motivo, el objetivo del presente trabajo es acercar al lector en profundidad a uno de los instrumentos jurídicos que más útil pueden llegar a resultar en las sucesiones transfronterizas en la Unión Europea.

¹ Para un mayor detalle sobre la problemática en torno a la administración de la herencia *vid. ad ex.* A. RODRÍGUEZ BENOT, "La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: El certificado europeo de heredero", en R. VIÑAS/G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas de Derecho sucesorio en Europa*, Bosch, Barcelona, pp. 175-217.

² STJUE de 12 de octubre de 2017, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755, apartado 59. Para un comentario sobre esta sentencia *vid. ad ex.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Legatum per vindicationem y Reglamento (UE) 650/2012", *La Ley Unión Europea*, N° 55, 31 de enero de 2018, pp. 1-20; R. CABANAS TREJO / L. BALLESTER AZPITARTE, "Breve nota sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea C-218/16 (*Kubicka*) de 12/10/2017 (a propósito del testamento de un no residente en España)", *Diario La Ley*, 20 de noviembre de 2017; E. CASTELLANOS RUIZ, "Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae-lex registrationis*: a propósito de los legados vindicatorios", *CDT*, vol. 10, n° 1, 2018, pp. 70-93.; G. VAN CALSTER, "Kubicka: Narrow CJUE interpretation of the 'property law' exception" (Disponible en <https://gavclaw.com/tag/c-21816>, consultado el 10 de julio de 2018); Z. CRESPI REGHIZZI, "Succession and Property Rights in EU Regulation N° 650/2012", *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2017, pp. 633-661.

II. Concepto, naturaleza y caracteres del certificado sucesorio europeo

3. El RES no define qué debe entenderse por CSE en los artículos que dedica a esta figura jurídica en su capítulo VI. Tampoco señala nada concreto sobre su naturaleza jurídica. Aun así tras analizar lo dispuesto en el RES se puede decir que el CSE es una figura jurídica que permite acreditar la cualidad de heredero, legatario, administrador de una herencia o ejecutor testamentario en el supuesto de una sucesión transfronteriza³. El CSE no puede llevar a engaños y pensar que es un instrumento que atribuye la cualidad de heredero o es un requisito para la adquisición de una herencia⁴.

4. La mejor forma de definir al CSE es desatacando algunas de sus características principales. Así, podríamos destacar las siguientes:

- a) *Uso delimitado*. El CSE de la misma forma que el RES comparten ámbito de aplicación material, este es, la sucesión transfronteriza. El propio art. 62.1 RSE perfila su uso, el CSE “*se expedirá para ser utilizado en otro Estado miembro*”. Este uso va intrínseco en su propia función, que es la de acreditar la condición de heredero, legatario, administrador de la herencia o ejecutor testamentario en un Estado diferente al de emisión del certificado.

En la mayoría de los casos, ese elemento extranjero presente en la sucesión será debido a la existencia de bienes en diferentes países⁵. Por lo tanto, la simple residencia del solicitante en un Estado diferente no es un motivo suficiente para considerar que existe ese elemento extranjero⁶.

Sin embargo, que el CSE esté concebido para las sucesiones transnacionales no obsta para que despliegue sus efectos en ambos países, tanto en el Estado donde se ha expedido como en el Estado donde se pretende su uso⁷.

El legitimado en solicitar un CSE debe tener en cuenta que no es necesario probar que la sucesión presenta un carácter transfronterizo. Este elemento se demuestra porque el asunto cae dentro del ámbito de aplicación material del RES⁸.

- b) *Es opcional*. El CSE no es obligatorio (considerando 69 RES). El certificado se expide porque lo solicita alguna de las personas que el Reglamento legitima para ello (art. 65.1 RES). Esta voluntariedad de instar a un CSE puede ser interpretada en un doble sentido:

- i. Los interesados pueden utilizar alguna otra figura análoga al CSE en el Estado miembro donde quieren hacer valer sus efectos con independencia de que se trate de una sucesión nacional o internacional⁹. Entre instrumentos análogos al CSE, como posteriormente se

³ Sobre el concepto de Certificado Sucesorio Europeo *vid.* sin carácter exhaustivo en la doctrina española I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo*, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 69; E. CASTELLANOS RUIZ, *Sucesión hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo*, Comares, 18 ed, Comares, 2018, p. 685; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 317; ID., “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, Vol. 6, nº 1, 2014, p. 37; M. MEDINA ORTEGA, “El certificado sucesorio europeo”, *AEDIPr*, 2011, pp. 907-918; M. REQUEJO ISIDRO, “El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación”, *Diario La Ley*, núm. 7185, 2009; En la doctrina extranjera *vid.* A. DAVI Y A. ZANOBBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, pp. 132-138; F. Padovini, “Certificato successorio europeo”, en P. FRANZINA/A. LEANDRO (Coords.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Guiffré, Milan, 2013, p. 199; P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral Européen”, en A. BONOMI/ P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 702.

⁴ I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 69;

⁵ *Vid.* B. KRESSE, “Art. 62. Creation of a European Certificate of Succession”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 678.

⁶ *Ibidem*, p. 678.

⁷ EL hecho de que el CSE despliegue efectos también en el Estado de expedición ha sido criticado por la doctrina, *vid.* R. CRÔNE, “Le certificat successoral européen”, en G. KHAIRALLAH/ M. REVILLARD, *Droit Européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013, p. 174.

⁸ *Vid.* P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 709.

⁹ *Vid.* B. KRESSE, “Art. 62. Creation...”, p. 680.

estudiará, se podría destacar el *Erbschein* alemán, el *Einantwortungsurkunde* austriaco o el *certificat d'heritier* típico del ordenamiento francés.

- ii. Los interesados pueden servirse para acreditar su cualidad de heredero, legatario, ejecutor testamentario o de administrador de la herencia de una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial.

Sin embargo, un aspecto hay que tener en cuenta, y es que como resalta el considerando 69 RES, a pesar de que no es obligatorio su uso, las autoridades o personas a las que se les presente un CSE no pueden negarse a que se les presente un CSE y exigir en su lugar un documento análogo o resolución, transacción o documento público. Del mismo modo, una autoridad parte del RES no podría negarse a expedir un CSE porque prefiere expedir un certificado nacional análogo al instrumento europeo.

En definitiva, aunque el CSE no es obligatorio ni sustituye a las figuras con funciones similares de los ordenamientos de los Estados miembros, los solicitantes del CSE no pueden ser instados, a que utilicen otros instrumentos o cauces para probar los aspectos de la sucesión que pretenden hacer con este instrumento¹⁰. Una vez que el solicitante ha considerado oportuno utilizar el CSE, ninguna autoridad o persona debe exigir un medio de prueba diferente. Esto es así porque el CSE realmente se concibe como una pieza transcendental dentro del puzzle que puede suponer una sucesión que afecta a varios Estados miembros¹¹.

c) *No es una resolución judicial, ni una transacción judicial ni un documento público.* La naturaleza del CSE es la de *un documento oficial* que permite acreditar que una persona es heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de una herencia en un Estado diferente a donde se solicita¹². El CSE es un documento legal europeo¹³. Se trata de un instrumento desconocido hasta la fecha que permite agilizar las sucesiones transfronterizas (considerando 67). Por lo tanto, al no considerarse ni una resolución judicial, ni un documento público¹⁴ ni una transacción judicial no puede beneficiarse de un reconocimiento o de una ejecución. Pero ni falta que le hace, ya que el legislador europeo ha previsto perfectamente que va a desplegar efectos en todos los Estados parte del RES sin necesidad de seguir ningún procedimiento especial (art. 69.1 RES).

d) *Formalista.* El art. 80 RES señala que la Comisión adoptará actos de ejecución para crear un modelo de certificado sucesorio europeo. Y así ha sido, el *Reglamento de ejecución (UE) n ° 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014*, por el que se establecen los formularios mencionados en el *Reglamento (UE) n ° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (en adelante el R. 1329/2014) recoge en su anexo IV el formulario que los interesados en solicitar un CSE deben cumplimentar y presentar a la autoridad competente para su emisión¹⁵. Hay doctrina que considera que de la dicción literal del art. 65.2 “*para presentar la solicitud, el solicitante podrá utilizar el formulario...*” se debe entender que la utilización del formulario es opcional¹⁶. Para estos autores, en defecto de formulario será el Derecho nacional el que determine cómo se debe presentar el formulario, si se puede realizar de forma oral, si debe ser por escrito... No obstante, aunque se siga el formulario, hay aspectos relativos al procedimiento de presentación del CSE que no se señalan en el RES, *ad ex.* la lengua del procedimiento. En estos casos, el Derecho nacional será el que determine el *iter* a seguir.

¹⁰ Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 59.

¹¹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo...”, p. 39.

¹² *Ibidem*, p. 37.

¹³ *Idem*, p. 39.

¹⁴ Hay autores que sí consideran el CSE como un documento público, *vid.* I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 94.

¹⁵ DOUE L 359/30, de 16 de diciembre de 2014.

¹⁶ Vid. B. KRESSE, “Art. 62. Creation of a European Certificate of Succession”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 717.

III. El Certificado Sucesorio Europeo vs. figuras nacionales análogas

1. Aproximación inicial

5. El CSE es un instrumento con identidad propia, diferente a las figuras análogas que puedan existir en los ordenamientos nacionales de los países partes del RES. Como se ha expuesto, el CSE no es de uso obligatorio. Los interesados pueden decidir libremente cómo certificar su cualidad. No obstante, que sea opcional, no implica que no sea necesario conocer la relación del CSE con los documentos internos nacionales.

Así, con este fin vamos a diferenciar dos partes en la exposición. Por un lado, estudiaremos las figuras jurídicas análogas al certificado sucesorio europeo de algunos Estados miembros. En particular, nos centramos en el ordenamiento alemán -fuente de gran inspiración para el legislador europeo para la creación del CSE-, en el francés, en el inglés y en el español.

Por otro lado, estudiaremos los problemas jurídicos que pueden surgir cuando los interesados en acreditar su cualidad de heredero, legatario, administrador de la herencia o ejecutor testamentario han recurrido a ambos instrumentos, al nacional y al europeo.

2. El *Erbschein*

6. En el ordenamiento jurídico alemán, la transmisión de una herencia tras el fallecimiento del causante se realiza de forma universal a uno o varios herederos¹⁷. Éstos adquieren la herencia de forma automática, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español. Es decir, la adquisición de la herencia se produce desde la muerte del causante, sin que estos tengan que aceptar la herencia. Esta adquisición automática no implica que los herederos no puedan rechazar la herencia, pueden hacerlo si así lo consideran. Esta forma de adquisición de la sucesión es típica de los ordenamientos con tradición germánica.

7. El certificado sucesorio alemán o *Erbschein* permite acreditar en el tráfico jurídico la cualidad de heredero y la de ejecutor testamentario (arts. 2353-2370 BGB)¹⁸. El *erbschein* puede utilizarse tanto en sucesiones testadas como intestadas, siendo indiferente si existe un único heredero o varios¹⁹. La función del certificado sucesorio alemán puede ser diversa. Así, se puede utilizar para acreditar únicamente quiénes son los herederos o para acreditar la cuota de participación de cada uno de ellos o sólo de uno. Es más, el *Erbschein* también puede servir para fijar una cuota mínima cierta de uno de los herederos sobre el patrimonio hereditario. Cuando la sucesión es transfronteriza y el causante posee bienes en diferentes países, los interesados pueden instar un *Erbschein* sólo en relación a los bienes sitos en Alemania.

Los efectos del *Erbschein* son muy similares a los que presenta el CSE. Esto es así porque el legislador europeo ha concebido el CSE basándose en el certificado sucesorio alemán. Así, uno de los efectos que comparten ambos instrumentos es la protección del tercero de buena fe. Existe una presunción *iuris tantum* de que el contenido del *Erbschein* es correcto. Esta presunción favorecería a aquél que ha adquirido un bien de la persona que aparece en el certificado como heredero y decaería cuando se tenga constancia de que el contenido del *Erbschein* no es correcto. Otro efecto compartido entre el *Erbschein* y el CSE es que ambos se consideran título bastante para la inscripción de los bienes objeto del patrimonio hereditario en el registro de la propiedad.

¹⁷ Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 59. Para un mayor detalle sobre el derecho de sucesiones alemán vid. entre la doctrina alemana *ad ex.*, R. FRANK/T. HELMS, *Erbrecht*, 7ª ed., C. H. Beck, Múnich, 2017, K. W. LANGE, *Erbrecht*, Múnich, 2ª edición, C. H. Beck 2017, M. SCHMOECKEL, *Erbrecht*, 4ª edición, Baden-Baden, Nomos, 2016.

¹⁸ Sobre el certificado sucesorio alemán *vid. ad. ex.* C. BALDUS, "Normqualität und Untermaßverbot: Für eine privatrechtliche Logik der Kompetenzbestimmung am Beispiel des Europäischen Erbscheins", GPR, 2/2006, pp. 80-82; E. LEFRANÇOIS-DOMBEK, "La légitimation de l'héritier et les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire: le cas de l'Allemagne et du Portugal, Le droit des successions en Europe, Droz, Genève, 2003, pp. 91-102; Y.H. LELEU, *La transmission de la succession en droit comparé*, Maklu-Bruylant, Bruselas, 1996, pp. 132-134.

¹⁹ Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 39.

8. Otros Estados europeos que tienen en sus ordenamientos un certificado similar al *Erbschein* son Grecia, Suiza y departamentos específicos en Francia como el de Alsacia y Lorena²⁰.

3. El *Grant of representation*

9. La sucesión en los sistemas anglosajones difiere bastante de la concepción continental. Un aspecto importante para entender el sistema sucesorio inglés es que el patrimonio hereditario no pasa directamente a los causahabientes²¹. En estos sistemas no existe la noción de que el heredero es en realidad una continuación del causante²².

Por lo tanto, debido a que no se concibe esa continuidad causante-heredero, es necesario contar con figuras jurídicas que administren o ejecuten el patrimonio hereditario. Así, en particular, en el Derecho inglés podemos destacar al *personal representative*, que puede ser un *administrator* o un *executor*. En definitiva, se trata de una figura que se encarga de liquidar la herencia y entregarles a los herederos un patrimonio sin deudas, una cuantía neta a repartir²³. Esto se debe a que es el *administrator* -no los herederos- el que se encarga de saldar las deudas del causante, con independencia de quién sea el acreedor, si una persona física, jurídica o el propio Estado. No hay que olvidar que el *personal representative* es el responsable de las cuestiones fiscales que afectan a la herencia. Por ese motivo, debido a las diferentes tareas que debe desempeñar, su actuación está sometida a control judicial.

De hecho, su nombramiento lo realiza formalmente un juez mediante la figura de la *grant of representation*. Este nombramiento judicial es siempre necesario con independencia de que el causante haya designado al executor o administrador mediante el testamento o no haya establecido nada al respecto. En el caso de que no lo haya hecho, es el juez el que se encarga de designar al *personal representative* mediante la *grant letter of administration*²⁴. Sobre qué tipo de persona puede ser *personal representative* decir que pueden ejercer esta tarea cualquier persona, ya sea una persona física, jurídica o un *trust*.

10. La regulación legal del *personal representative* puede encontrarse en la *Administration of Estates Act* de 1925²⁵. De dicha norma puede extraerse la idea de que tanto el *administrator* como el *executor* son figuras que representan no sólo los intereses de los herederos y acreedores sino de todo aquél que pueda tener un interés legítimo como es el caso del Estado en el cobro de los impuestos. Con el fin de cumplir con su misión, el *personal representative* tiene facultad para disponer y administrar de cualquier bien incluido en el patrimonio hereditario, con independencia de su naturaleza²⁶. Debido a estas amplias facultades concedidas, responde de los daños que pueda ocasionar a los propios herederos o a los terceros por no haber actuado con la diligencia necesaria²⁷. De este modo, el poder conferido a un *personal representative*, puede ser revocado. No obstante, las disposiciones patrimoniales que haya realizado por escrito y en las que el tercero haya actuado de buena fe no se verán afectadas²⁸.

4. El *act de notoriété*

11. El artículo 730 del Código Civil francés regula el acta de notoriedad. Este documento público expedido exclusivamente por los notarios permite en el ordenamiento francés acreditar la cualidad de heredero junto con los derechos que les corresponden. A pesar de que en dicho ordenamiento la prueba de la condición de heredero es libre (art. 730 Código Civil francés), el acta de notoriedad es el medio

²⁰ Vid. P. WAULETEL, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", p. 704.

²¹ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad de la sucesión internacional*, Comares, Granada, 2001, p. 9.

²² Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 35.

²³ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad...*, p. 9.

²⁴ Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 36.

²⁵ 1925 Chapter 23 15 and 16 Geo 5, 9th April 1945, disponible en <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents> (consultado el 26 de junio de 2018).

²⁶ Vid. *section 2* y *section 3* de la *Administration of Estates Act* de 1925.

²⁷ Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 37.

²⁸ Vid. *section 37* de la *Administration of Estates Act* de 1925.

más utilizado para probar la cualidad de heredero²⁹. Esto es así debido a que es un instrumento que facilita las relaciones entre los herederos y los terceros, especialmente con las entidades bancarias³⁰.

12. Los *legitimarios* para instar un acta de notoriedad pueden ser uno o varios de los derechohabientes (art. 730-1 Código Civil francés) con independencia de que la sucesión sea testada o intestada.

13. El *contenido* del acta de notoriedad consiste básicamente en indicar la partida de defunción del causante acompañada de los documentos que justifican tal situación tales como son las actas del estado civil o documentos relacionados con la existencia de liberalidades *mortis causa* que en el caso de existir pueden afectar a la sucesión (art. 730-1 Código Civil francés). Además de lo anterior, el citado artículo señala que se debe incluir la declaración de los derechohabientes de su intención de percibir en su totalidad o en una parte la herencia del causante, bien a título individual o concurriendo con aquellas otras personas que puedan designar. Junto con la declaración de aquellos en el acta de notoriedad puede incluirse la declaración de cualquier persona cuya declaración se estime oportuna. En definitiva, se puede decir que es el testimonio de las personas que acreditan que son llamados a la sucesión el aspecto fundamental que el notario tiene en cuenta para realizar el acta.

14. El *efecto* jurídico del acta de notoriedad es que es un documento que permite dar fe de la cualidad de heredero salvo disposición en contrario (art. 730-3 Código Civil francés). Cualquier persona que use en el tráfico jurídico un acta de notoriedad se considerará heredero en la proporción señalada en el acta. Por lo tanto, el acta para los terceros implicará libre disposición sobre los bienes hereditarios (art. 730-4 Código Civil francés). Sin embargo, un efecto del que no dispone el acta de notoriedad a diferencia del CSE o del *Erbschein* es que no es título bastante para la inscripción de un bien en el registro de la propiedad³¹. Por lo tanto, el acta de notoriedad es un documento que permite acreditar la condición de heredero en el tráfico jurídico y la cuota que a una persona le podría corresponder sobre el patrimonio hereditario pero con eficacia jurídica limitada, ya que como se ha señalado no es título suficiente para la inscripción de bienes en el registro de la propiedad.

5. ¿Existe un certificado sucesorio en Derecho español?

15. En el ordenamiento jurídico español no existe un certificado que permita acreditar la cualidad de heredero tal y como existe en el ordenamiento jurídico alemán o se concibe en el RES. Es decir, no existe un certificado judicial. Sin embargo, esa falta de un instrumento judicial no obsta para que se pueda probar la cualidad de heredero perfectamente conforme a Derecho español.

16. Un punto de partida importante para probar la cualidad de heredero es sobre qué tradición, si romano o germánica, es la que se rige el Código Civil. A pesar de que los civilistas han discutido sobre este particular, decir que el sistema de sucesiones español se asienta sobre la tradición romana³². Este aspecto tiene importancia a la hora de probar la cualidad de heredero y es que a diferencia de los sistemas de tradición germana como el alemán, en el ordenamiento español es necesario aceptar la herencia para poder adquirirla.

En particular, la aceptación de la herencia puede ser de dos clases (art. 998 Código Civil)³³: 1) *Aceptación a beneficio de inventario*; 2) *Aceptación pura y simple*. La diferencia entre ambas es de sobra conocido, sin embargo, no huelga recordar que mientras que en la aceptación a beneficio de inventario los

²⁹ En el ordenamiento francés también se puede probar la condición de heredero mediante otras vías como la del *certificat de propriété*, el *attestation notariée immobilière* o la *intitulé d'inventaire*.

³⁰ Vid. P. WAUTELET, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", p. 704.

³¹ Como se ha señalado para poder inscribir un bien transmitido mediante la sucesión en el registro de la propiedad no basta el acta de notoriedad para el ordenamiento francés es necesario una escritura de manifestación o de partición de herencia, vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 43.

³² Vid. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Volumen IV (tomo 2), undécima edición, 2012, pp. 221-223.

³³ *Ibidem*, p. 234.

patrimonios (el hereditario y el del heredero) están separados, por lo que el que acepta no tiene que asumir las deudas del causante; en la aceptación pura y simple, el heredero sí se responde de las deudas del causante (art. 1003 Código Civil). Esto es así porque bajo esta segunda forma de aceptación de la herencia, la responsabilidad del heredero sobre las cargas y deudas de la sucesión se extienden a su propio patrimonio.

Las clases de aceptación implican también formalidades diferentes. Mientras que la aceptación a beneficio de inventario requiere una aceptación en forma expresa ante notario (art. 1.011 Código Civil)³⁴. La aceptación pura y simple puede ser expresa o tácita (art. 999 Código Civil).

17. Un paso previo a la aceptación es el llamamiento o la vocación hereditaria. Lo cual es necesario para poder aceptar y obviamente para poder ser considerado heredero, ya que no es lo mismo tener la condición “heredero” que la de “llamado”. El heredero es aquél que ha sido llamado y que ha aceptado la herencia³⁵. Es sobre esta última condición sobre la que hemos señalado que no existe un certificado específico para acreditarla. Aún así las vías para acreditar en el derecho interno español esta cualidad pasan por diferenciar el tipo de llamamiento. Si éste es testado, intestado o contractual (sucesión contractual o pactada). Si la sucesión es testada, la voluntad del causante mediante el testamento es la que realiza el llamamiento sucesorio. Si la sucesión es intestada, el llamamiento será *ex lege*. En el caso de sucesión contractual o pactada, debido a que debe formalizarse en escritura pública, el pacto es otra vía para acreditar la condición de heredero.

En resumen, en el ordenamiento jurídico español, si la sucesión es testamentaria, *el testamento* el mejor instrumento para poder acreditar la condición de heredero³⁶. En el caso de que se tratara de una sucesión *ab intestato* existen figuras que permiten paliar la falta de testamento. Este es el caso del *acta notarial de notoriedad* o el *auto judicial de declaración de herederos*³⁷.

6. Reflexión sobre la relación de las figuras nacionales con el CSE

18. Las figuras nacionales también pueden ser utilizadas en las sucesiones transfronterizas³⁸. Sin embargo, uno de los problemas que pretender paliar el CSE y que existía antes de su llegada con los instrumentos nacionales es que éstos no se conciben de la misma manera en todos los ordenamientos europeos. Así, *ad ex.* como se estudió en el apartado dedicado al acta de notoriedad francesa, ésta no puede ser utilizada por el administrador de una sucesión. Sin embargo, la figura alemana, el *Erbschein* sí. Esta última también es útil para proteger a los terceros. Terceros que han podido adquirir un bien de una persona que figura como heredero en el certificado sucesorio alemán. En contraposición, esa protección del tercero no se puede predicar del acta de notoriedad española. Como se puede observar, la disparidad entre instrumentos nacionales es evidente. A pesar de que existe la opción de que las partes elijan si quieren certificar su cualidad de heredero, legatario, administrador o ejecutor mediante el CSE o mediante un instrumento nacional, la realidad es que la utilización de los instrumentos nacionales pueden plantear más inconvenientes que ventajas cuando es necesario probar la cualidad de heredero en un Estado diferente a donde se ha abierto la sucesión. Esto es así básicamente por dos razones: 1) hay que conocer el instrumento en el ordenamiento de origen. Las partes interesadas deben saber qué permite y que no ese instrumento nacional; 2) hay que conocer cómo puede desplegar efectos en un Estado diferente de donde se emite.

19. Estos aspectos de incertidumbre que puede plantear una figura nacional son los que hacen necesario una figura como la del CSE para facilitar las sucesiones transfronterizas. Por lo tanto, ante la disyuntiva de si en una sucesión internacional se debe recurrir al instrumento europeo o al nacional, desde

³⁴ Este artículo fue modificado por la disposición final primera número 81 de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

³⁵ Vid. L. DIEZ-PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, p. 29.

³⁶ Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 47.

³⁷ *Ibidem*, pp.47-48.

³⁸ Vid. B. KRESSE, “Art. 62. Creation of a European Certificate of Succession”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 680; Vid. También, Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p.

nuestro punto de vista, la balanza se inclinaría en muchos casos a favor del CSE³⁹. Así compartimos la visión del Prof. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ donde señala que “*el uso voluntario del CSE es una mera ilusión*” y que verdaderamente se va a convertir en un instrumento esencial en las sucesiones transnacionales⁴⁰.

7. La coexistencia de documentos que certifican la cualidad de heredero

20. El art. 62.3 RES recoge que el CSE no sustituye a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares. Esta regla tiene una consecuencia importante y es que el CSE puede coexistir con otros certificados nacionales que acrediten *ad ex*. la cualidad de heredero en relación a la misma sucesión *mortis causa*. Esta coexistencia de instrumentos está permitida por el RES⁴¹. Sin embargo, el Reglamento no soluciona qué certificado prevalecería en caso de concurrencia.

21. La realidad es que esta concurrencia de certificados puede ser habitual en la práctica, pudiendo ser una cuestión compleja de resolver. Un supuesto podría ser en el caso de herederos que en un inicio consideran que la sucesión es meramente nacional pero poco después se enteran de que tal sucesión tiene repercusión transfronteriza debido a que existen bienes inmuebles en otro país. En un primer momento, estos herederos han podido solicitar ante las autoridades nacionales un certificado nacional que acredite su cualidad. Sin embargo, tras el conocimiento de bienes en el extranjero, consideran que sería necesario acreditar su cualidad de heredero conforme al CSE. De este modo, solicitan la expedición de un CSE ante la autoridad competente del país que ya había emitido previamente un certificado nacional. La situación es que en esta sucesión se han emitido dos certificados, uno nacional y otro europeo, una pregunta surge fácil: ¿Qué certificado prevalecería?

22. La solución a este problema podría venir del ya citado art. 62.3 RES. Es decir, el CSE no sustituye a los certificados nacionales. Su uso es alternativo. El legislador europeo no lo ha concebido para que jerárquicamente sea superior a los certificados nacionales. De este modo, puede afirmarse que la existencia de un CSE no implica que no se pueda solicitar y expedir un certificado nacional y viceversa.

Por lo tanto, ante la existencia de dos o más certificados sobre la misma sucesión *mortis causa* podría derivarse un problema jurídico importante y es la contradicción de contenidos. Los contenidos contradictorios entre certificados causan a su vez dos cuestiones que no pueden quedar sin solución, estas serían:

- 1º) *La presunción de veracidad de los certificados*. El contenido contradictorio puede derivarse *ad ex*. porque en un certificado nacional se recoge la existencia de un único heredero. Sin embargo, en el CSE aparece más de uno. O a la inversa. ¿Qué contenido es el que prevalece? Esta contradicción no sólo podría darse entre un certificado nacional y un CSE sino también entre dos certificados sucesorios europeos, bien expedidos en el mismo Estado o en Estados diferentes. El art. art. 69.2 recoge esa presunción de veracidad pero no recoge una solución cuando el contenido del CSE entra en colisión con lo dispuesto en otro CSE o en un documento nacional equivalente. Para solucionar este problema hay doctrina que entiende que hay que partir de que la presunción de veracidad del CSE no está a nivel superior que la de un certifi-

³⁹ No obstante, también hay que tener en cuenta que el hecho de recurrir a una figura nacional frente a un CSE puede tener su razón de ser en las diferencias en cuanto a los efectos que producen ambas figuras. Así, hay autores que señalan que el *erbschein* es un instrumento que podría interesar utilizar frente al CSE debido a que hay diferencias en cuanto a la protección del tercero. Se podría decir que el tercero podría quedar más protegido si se utiliza el certificado alemán que el CSE. Esto es así porque la fe pública del *Erbschein* sólo decaería cuando se conoce de forma positiva la inexactitud del certificado. Sin embargo, en el CSE en atención al art. 69.3 RES el tercero que no conoce la inexactitud del CSE debido a una negligencia grave por su parte no queda protegido por la fe pública que emana del CSE (Vid. sobre este particular, B. KRESSE, “Art. 62. Creation of a European Certificate of Succession”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 680).

⁴⁰ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo...”, p. 39.

⁴¹ Sobre la coexistencia de certificados *ad ex*. vid. A. FÖTSCHL, “The relationship of the European Certificate of Succession to National Certificates”, en A. BONOMI/C.H.SCHMID (edits.), *Successions internationales-Reglexions autor du futur règlement européen et de son impact pour la Suisse*, Schulthess, Zurich, 2010, pp. 99-113.

cado nacional⁴². A la luz de este razonamiento, a la inversa sucedería lo mismo. La presunción de veracidad del contenido de un certificado nacional no prevalece sobre la del CSE⁴³.

De este modo, situándose al mismo nivel la presunción de veracidad de ambos documentos, la parte interesada en alegar que un extremo de un certificado nacional entra en contradicción con un CSE o viceversa debería probarlo⁴⁴. La parte interesada debería acreditar la inexactitud y los elementos que entran en contradicción. Esta posición permite no dismantelar la presunción de veracidad global que recae sobre los certificados. El hecho de que existan un CSE y un certificado nacional no implica ni que uno prevalezca sobre el otro ni la pérdida de presunción de veracidad que existen sobre los documentos⁴⁵.

2º) *La protección del tercero*. El art. 69 en sus apartados 3 y 4 persigue proteger a los terceros cuando se relacionan con personas que aparecen en un CSE como herederos, legatarios, administradores de la herencia o ejecutores testamentarios. El CSE es un instrumento que otorga fe pública de lo dispuesto en el mismo. Lo mismo puede suceder con determinados certificados nacionales como ya se estudió. De este modo, en una sucesión *mortis causa* en la que existen dos certificados, uno nacional y uno europeo ambos siguen manteniendo su capacidad de otorgar fe pública si las leyes por las que se rigen dichos certificados otorgan fe pública⁴⁶. No decae la de un instrumento frente a la del otro.

Un problema que podría existir es en relación a la protección de los terceros respecto de las transacciones que se hayan realizado en base a lo dispuesto en los certificados. Así, un supuesto problemático podría tener lugar cuando en base a un CSE un heredero (que en realidad no lo es pero aparece en el certificado como tal) vende un bien inmueble a un tercero⁴⁷. Sin embargo, poco después el mismo bien es transmitido por otro heredero (tampoco lo es) a otro tercero en base a un certificado nacional que también como el CSE permite proteger a los terceros dando fe pública de su contenido. ¿Qué sucedería con esa primera transacción? ¿Y con la segunda?

La doctrina ha considerado que la prioridad sería un aspecto a tener en cuenta para solucionar este problema⁴⁸. Si ambos certificados gozan de fe pública, la primera transacción es la que debería prevalecer. El tercero de buena fe de la primera transacción estaría protegido por lo dispuesto en el art. 69 RES. La segunda transacción, a pesar de que el tercero también fuera de buena fe, no podría realmente materializarse porque el bien que se transmite está fuera del patrimonio hereditario. El certificado nacional (de igual manera sucedería con el CSE en virtud de su art. 69.4 RES) por mucho que garantice la protección del tercero y dé fe pública del contenido del certificado no puede acreditar los bienes que conforman el patrimonio hereditario⁴⁹. Así, si un bien ha salido del patrimonio hereditario en base a una primera transacción, ese bien ya no conforma el patrimonio hereditario. Por lo tanto, la segunda transacción, aunque se pueda proteger al tercero de buena fe en base a un CSE o un certificado nacional, realmente no podría llevarse a efecto porque ese bien ya no se encuentra en el patrimonio hereditario.

⁴² Vid. B. KRESSE, "Art. 62. Creation of a European Certificate of Succession", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 683.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ Resulta interesante la visión de los expertos del Instituto Max Planck de Hamburgo sostenida en Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, realizado por el Instituto Max Planck de Hamburgo, 2010, pp. 139-140, párrafos 326-332 disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf> (consultado el 6 de julio de 2018).

⁴⁶ Vid. B. KRESSE, "Art. 62. Creation...", p. 684.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Vid. A.DUTTA, "Art. 63 EuErbVO", en J.v. HEIN *et al*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol 10 IPR I, 6ª ed, C.H.Beck, 2015, p. 1614; B. KRESSE, "Art. 62. Creation...", p. 684; D. STAMATIADIS, "Chapter VI, European Certificate of Succession, Article 62. Creation of a European Certificate of Succession", en H. PAMBOUKIS, *EU Succession Regulation N° 650/2012: A commentary*, C.H.Beck, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 593.

⁴⁹ B.KRESSE, "Art. 62. Creation...", p. 684.

IV. El certificado sucesorio internacional

1. Introducción

23. De la misma manera que hemos querido hacer mención a figuras análogas al CSE en los Derechos nacionales de los Estados parte del Reglamento europeo de sucesiones, consideramos interesante tener en cuenta otros instrumentos similares a nivel internacional. De este modo, en el ámbito internacional sería necesario destacar el Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la administración internacional de las sucesiones. Este Convenio recoge la figura del “certificado internacional”. Este certificado permite acreditar la cualidad de administrador de una herencia por lo que se facilitaría considerablemente la administración de una sucesión transnacional⁵⁰. A pesar de la utilidad que puede presentar una figura jurídica como esta en el caso de las sucesiones transnacionales donde los bienes se encuentran en diferentes países, no ha tenido gran éxito. Así lo demuestra el hecho de que este Convenio sólo está en vigor en tres países: Portugal, La República Checa y Eslovaquia⁵¹. Como apunta la doctrina, este escaso éxito puede ser debido a que la Convención no unifica cuestiones de Derecho internacional privado tales como la Ley aplicable a la sucesión⁵². Esto hace que el alcance del certificado resulte en realidad muy limitado.

24. Sin embargo, a pesar del escaso recorrido práctico que ha tenido el certificado internacional sí que para determinada doctrina ha sido fuente de inspiración para propuestas posteriores⁵³. Por ese motivo, por su valor doctrinal, consideramos que sería interesante analizar algunos de los artículos del Convenio de la Haya de 3 de octubre de 1973 para acercarnos un poco más a comprender este instrumento jurídico y qué diferencias presenta si se compara con el CSE.

2. Aspectos básicos sobre el certificado internacional

25. Sobre el certificado internacional sería interesante destacar cinco aspectos:

- a. *Competencia para su emisión.* En atención al art. 2 del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 la autoridad competente para emitir un certificado internacional es la de la residencia habitual del causante. Esta autoridad debe expedir el certificado en atención a un modelo formalizado, el cual se recoge en el anexo del convenio.
- b. *Ley aplicable.* La Ley conforme a la cual se expide el certificado es la ley interna, así lo señala el art. 3 del citado Convenio. Esta Ley determinará quién es el titular del certificado y qué poderes ostenta. No obstante, es posible que dicha ley interna sea sustituida para expedir el certificado por la Ley nacional del causante cuando se cumpla lo dispuesto en el artículo 3. En particular uno de los motivos que permiten cambiar la Ley interna del país de expedición del certificado por la Ley nacional del causante es cuando, ambos Estados el de la nacionalidad del causante y el de su residencia habitual, hubieran realizado la declaración prevista en el art. 31 del Convenio de la Haya de 1973.

⁵⁰ Sobre el certificado internacional *vid. ad ex.* H. BATIFFOL, “L’administration internationale des successions”, *Rev. Crit. DIP*, 1973, pp. 244 y ss.; W.L. BOYD, “International Administration of de Estates od Deceased Persons, Report of the United States delegation of the Twelfth Session of the Hague Conference on Private International Law”, *International Legal Materials*, vol. 12, 1973, pp. 863 y ss.; J.A. CARRILLO SALCEDO, “La administración de la herencia. Referencia al proyecto del Convenio sobre la administración internacional de sucesiones, elaborado por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado (octubre de 1972)”, en M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho Civil Internacional*, 4ª ed., Universidad Complutense de Madrid, pp. 771 y ss.; CH. FRAGISTAS, “La Convention de la Haye sur l’administration internationale des successions”, *ADI*, vol. 1, 1974, pp. 29 y ss.; M. REVILLARD, “Les nouvelles Conventions de la Haye et le Droit patrimonial de la famille”, *Annuaire de La Haye de droit international*, 1994, pp. 53 y ss.

⁵¹ Este Convenio además de los tres países donde se encuentra en vigor también ha sido firmado por Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, el Reino Unido y Turquía.

⁵² *Vid.* P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 703; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de...”, p. 186.

⁵³ *Vid.* H. DÖRNER/P. LAGARDE, *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l’Union Européenne, Rapport final, Deutsches Notarinstitut (Institut Notarial Allemand)*, 2002, disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf (consultado el 27 de junio de 2018).

c. *Efectos*. El certificado internacional se debe reconocer en todos los Estados contratantes sin necesidad de ser legalizado ni formalizado (art. 9 Convenio de la Haya de 2 de 1973). Sin embargo, y de ahí puede radicar uno de sus puntos débiles, el art. 10 del Convenio de la Haya señala que cualquier Estado contratante puede condicionar el reconocimiento del certificado a la decisión de una autoridad que decida como consecuencia de un procedimiento sumario.

Los arts. 22 y 23 del Convenio se ocupan de determinar los efectos del certificado en relación a los terceros desde una doble perspectiva. Por un lado, el art. 22 señala que un tercero que pague o entregue bienes al titular de un certificado quedará liberado salvo que haya actuado de mala fe. Por el otro, el art. 23 establece que el tercero que haya adquirido bienes sucesorios del titular de un certificado se entiende que los ha adquirido de una persona que tenía poder para disponer de los mismos, salvo cuando el tercero actuó de mala fe.

d. *Límites*. Uno de los límites más importantes que presenta el certificado internacional es que su ámbito de aplicación se circunscribe únicamente a las sucesiones mobiliarias. Conscientes de las implicaciones prácticas, el art. 30 intenta ampliar los poderes del administrador a los bienes inmuebles de una herencia siempre y cuando la Ley del país conforme a la cual se expida el certificado conceda también poderes sobre los bienes inmuebles sitios en el extranjero. Sin embargo, esos poderes para bienes inmuebles en favor del titular del certificado por la ley del Estado de expedición no están obligados en ningún caso a reconocerlos en el Estado

26. Por lo tanto, tras este análisis del certificado internacional es posible darse cuenta que la finalidad del certificado es la creación de un instrumento para certificar la cualidad de administrador, no la de heredero. Por ese motivo, se puede decir, que este instrumento se concibió teniendo como referente los sistemas anglosajones sobre sucesiones y alejándose de los sistemas continentales donde en algunos ya existe un instrumento que no sólo permite certificar la cualidad de administrador sino también de heredero⁵⁴.

V. Los legitimados para utilizar el certificado sucesorio europeo

27. El art. 63.1 RES determina quiénes están legitimados para solicitar y utilizar en el tráfico jurídico el CSE. En particular, este precepto señala específicamente a los *herederos*, *legatarios* con derechos directos sobre la herencia, *administradores* y *ejecutores* testamentarios. Ni nadie más ni nadie menos.

El legislador europeo ha pretendido que la persona que pueda solicitar la expedición del CSE es la persona que también puede utilizarlo en el tráfico jurídico. De este modo, quedarían fuera *ad ex*. los acreedores del causante⁵⁵. Esto es así porque el CSE permite acreditar el rol o cualidad de una persona respecto de una sucesión transnacional, pero no el derecho que terceros podrían tener sobre el patrimonio hereditario. El CSE no se concibe como una herramienta para facilitar a los terceros el cobro de sus deudas mediante la certificación de su cualidad de acreedor⁵⁶.

⁵⁴ Vid. I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 34. En particular hay autores que consideran que la incapacidad para conjugar en la figura del certificado internacional el modelo anglosajón y el continental es uno de los motivos de su fracaso, vid. F. PADOVINI, "Il certificato successorio europeo", en P. FRANZINA/A. LEANDRO (Coords.), *Il diritto internazionale...*, p. 196.

⁵⁵ Vid. B. KRESSE, "Art. 63.Purpose of the Certificate", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 687. Vid. también Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, realizado por el Instituto Max Planck de Hamburgo, 2010, p. 122, parágrafo 282 disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf> (consultado el 6 de julio de 2018).

⁵⁶ Vid. B. KRESSE, "Art. 63.Purpose of..." , p. 687. Vid. También, D. STAMATIADIS, "Chapter VI, European Certificate of Succession, Article 63. Purpose of the Certificate", en H. PAMBOUKIS, *EU Succession Regulation N° 650/2012: A commentary*, C.H.Beck, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 596.

28. Por lo tanto, cualquiera no puede solicitar el CSE. No es suficiente con tener un interés legítimo. Así, lo establecido en el art. 63.1 RES también va a afectar a otras disposiciones sobre el CSE. En particular, al art. 71 RES. Este precepto señala que el CSE debe rectificarse, anularse o modificarse por la autoridad emisora cuando así lo solicita cualquier persona que demuestre un interés legítimo. Personas con interés legítimo sobre una sucesión pueden ser muchas y diferentes a las que señala el art. 63.1 RES. Por tanto, cabe plantearse si el RES permitiría a cualquiera con un interés legítimo que no fuera alguna de las personas señaladas en el art. 63.1 RES solicitar la rectificación o la anulación de un CSE. La respuesta es que sí.

En efecto, sería necesario diferenciar entre los legitimarios para solicitar y usar un CSE de los que pueden plantear recursos o pedir su anulación, rectificación o modificación. Los legitimarios para su solicitud y uso sólo las personas que señala el art. 63.1 RES. Sin embargo, para anularlo o solicitar modificaciones es posible que lo pueda realizar cualquier persona con un interés legítimo. En este último caso sí podría solicitar la anulación de un CSE un acreedor del causante, por ejemplo.

VI. La utilidad práctica del certificado sucesorio europeo

29. La finalidad del certificado sucesorio europeo va de la mano respecto de las personas legitimadas para solicitarlo. Prueba de ello es que es el mismo artículo 63 RES el que se ocupa de ambos aspectos. Así, el art. 63.2 RES recoge algunas de las finalidades para las que puede utilizarse el CSE. En particular, sin carácter exhaustivo, el certificado puede utilizarse para acreditar uno a varios de los aspectos siguientes:

- a) Para probar la cualidad y/o los derechos que le corresponden a cada heredero o legatario y sus respectivas cuotas hereditarias.
- b) Para acreditar la atribución de uno o varios bienes que formen parte de la herencia al heredero(s) o al legatario(s) que aparecen en el certificado.
- c) Para justificar las facultades de administración y/o ejecución de la persona(s) que aparece en el certificado como administrador o ejecutor testamentario.

30. Un aspecto que hay que tener en cuenta es que el contenido del certificado puede variar en atención a su finalidad, así lo señala el art. 68 RES. Por lo tanto, un aspecto esencial para el solicitante debe ser responder a la pregunta para qué quiere el certificado. Una vez resuelta esta cuestión deberá acreditar a la autoridad competente los extremos que persigue certificar con el CSE (art. 65.3 CSE).

VII. La competencia para emitir un certificado sucesorio europeo

1. Introducción

31. El considerando 70 RES deja clara la intención del legislador europeo en relación a las autoridades competentes para expedir un CSE. De este modo, son los Estados miembros los que deben decidir si el certificado puede expedirlo un juez, un notario o ambas autoridades en su territorio. Las autoridades competentes en España son los jueces y notarios⁵⁷. Así se recoge en la Disposición final segunda número 11 de la *Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil*⁵⁸.

⁵⁷ En otros Estados miembros también es compartida la competencia entre los jueces y los notarios para expedir el CSE. Tal es el caso de Croacia, Hungría y Polonia. En otros Estados miembros la competencia es exclusiva a favor de los notarios como en el caso de Italia (salvo en algunos territorios donde sólo tendría competencia el juez por seguir “*el sistema del libro fondiario*”), Países Bajos, Estonia, Letonia, Francia, Lituania, Luxemburgo, Rumania. En otros, sin embargo, sólo podría expedir el CSE la autoridad judicial, este es el caso de Alemania, Austria, Chipre, Eslovenia y Grecia. Existen otros Estados como es el caso de Portugal y Finlandia donde la autoridad competente no es ni juez ni un notario, sino la oficina encargada del registro del estado civil. Por último, destacar, que en otros Estados como en Suecia, es la Oficina Nacional de Impuestos (Skatteverket) la autoridad competente para expedir el CSE. *Vid. I.A. CALVO VIDAL, El certificado sucesorio...*, p. 100, nota número 63.

⁵⁸ BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

En un primer momento, en la propuesta del Reglamento Europeo de Sucesiones (art. 37.2)⁵⁹, el legislador consideró que la única autoridad competente para expedir el CSE debían ser los tribunales. Sin embargo, en la versión final, tras las críticas vertidas por aquellos que consideraban que la propuesta era demasiado rígida⁶⁰, se incluyó también a los notarios. La realidad es que éstos en determinados Estados como puede ser el español tienen mucho peso en las sucesiones, por lo que el hecho de que se les permita a ellos también expedir el CSE no parece ilógico. De hecho, para el ciudadano la opción de poder acudir al notario es interesante porque le facilita (al menos en el caso del ordenamiento español) la solicitud del CSE. Esto es así porque los interesados en atención a la regla de “libre designación de notario” podrían acudir a cualquier notario⁶¹.

Por lo tanto, en atención al art. 64 RES pueden ser competentes para expedir un CSE bien “*un tribunal tal como se define en el artículo 3, apartado 2, u otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones mortis causa*”. La competencia bien del tribunal o bien del notario debe fijarse en atención a algunos de los foros recogidos en los arts. 4, 7, 10 u 11. RES. El legislador europeo no ha querido crear una norma de competencia específica para determinar qué autoridad es competente para expedir el certificado, sino que ha “reutilizado” los foros recogidos en el capítulo II. Sin embargo, que en el art. 64 se señalen determinados preceptos concretos del citado capítulo del RES no quiere decir que se aplique de forma completa⁶². Así, *ad ex.* la autoridad competente para expedir el CSE no tiene que limitar su decisión a determinados bienes tal y como señala el art. 12 RES⁶³. Tampoco será de aplicación el art. 9 RES. El CSE tiene carácter unilateral, por lo que no será necesario la comparecencia de “otra parte” para que pueda expedirse⁶⁴.

2. Competencia judicial internacional

32. El citado art. 64 RES basa la competencia de los tribunales para expedir el CSE en cuatro foros concretos. Estos son:

- a) El foro de la residencia habitual del causante (art. 4 RES).
- b) El foro de la nacionalidad del causante (art. 7 RES).
- c) El foro del lugar de la situación de los bienes (art. 10 RES).
- d) El foro de necesidad (art. 11 RES).

33. Un aspecto importante que el art. 64 RES no soluciona es si los foros de competencia para expedir el CSE deben entenderse de forma alternativa o exclusiva. Es decir, una vez que concurre *ad ex.* el foro del art. 4 a favor de un Estado miembro, cabe preguntarse si es ése el único Estado con autoridades competentes para expedir el CSE o si las partes podrían solicitar el certificado a cualquier tribunal de los Estados miembros que ostentan competencia judicial internacional. Esta cuestión es importante debido a que cómo se entiendan la relación entre los foros las partes se van a encontrar más o menos limitadas a la hora de solicitar el CSE. Así, siguiendo al Prof. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, esta falta de precisión del art. 64 RES podría dar lugar a dos tesis⁶⁵:

- i. Tesis de la competencia única.* En base a esta tesis sólo serían competentes los tribunales que ostentan competencia para sustanciar la sucesión *mortis causa* en base al RES. La base

⁵⁹ 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 {SEC(2009) 410} {SEC(2009) 411}.

⁶⁰ Vid. D. STAMATIADIS, “Chapter VI, European Certificate of Succession, Article 63. Purpose of the Certificate”, en H. PAMBOUKIS, EU Succession Regulation N° 650/2012: A commentary, C.H.Beck, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 600.

⁶¹ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo...”, p. 42; R. CRÔNE, “Le certificat successoral...”, pp. 178-179.

⁶² Vid. B. KRESSE, “Art. 64. Competence to Issue the Certificate”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 700.

⁶³ *Ibidem*, p. 708.

⁶⁴ Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 729.

⁶⁵ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo...”, p. 41.

esta argumentación jurídica se derivaría del considerando 70 RES. En particular, de la parte donde se señala que *“el certificado se debe expedir en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud del presente Reglamento”*. De este modo, podría entenderse que sólo tiene competencia para expedir el CSE un único tribunal debido a que la relación entre los foros no debe entenderse de forma *“alternativa”*.

- ii. *Tesis de la competencia alternativa*. En atención a esta tesis, las partes podrían acudir a solicitar un CSE a cualquiera de los tribunales competentes en virtud de los foros de los arts. 4,7,10 u 11 er⁶⁶. Esta argumentación jurídica descansaría en que el art. 64 RES no establece prevalencia alguna sobre los foros que señala. Por lo tanto, deben entenderse de forma alternativa, pudiendo cualquiera de las autoridades competentes en base a los foros recogidos en el art. 64 RES declararse competentes sin necesidad de inhibirse a favor de las autoridades de otro Estado porque se entienda que existe un *“foro jerárquicamente superior”*.

Esta última posición es quizás la que más puede beneficiar a los interesados en solicitar un CSE. Éstos podrán acudir a cualquiera de los órganos jurisdiccionales que señala el art. 64 RES. Es una forma de facilitar la solicitud del CSE a los ciudadanos. Esta forma alternativa de entender los foros no les obliga a acudir a único tribunal competente. Sin embargo, esta tesis también presenta un riesgo. La concurrencia de tribunales competentes a la hora de expedir un CSE sobre la misma sucesión puede dar lugar a que existan certificados paralelos.

En nuestra opinión, hubiera sido más adecuado que el legislador europeo hubiera previsto un foro concreto de competencia de judicial internacional para determinar la autoridad competente para expedir el CSE. La previsión actual del art. 64 RES puede resultar poco precisa y plantear bastantes problemas en la práctica.

3. Competencia territorial

34. Los foros que recoge el art. 64 RES son foros de competencia judicial internacional. El Reglamento no se ocupa de determinar el concreto tribunal o autoridad territorial competente. Será el Derecho de cada Estado miembro el que determine el concreto tribunal o autoridad competente para expedir el CSE.

35. En el caso del juez concreto competente es necesario tener en cuenta las normas procesales españolas. En particular, los arts. 52.4 de la *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC)⁶⁷. De este modo, en el caso de que concurriera a favor de los tribunales españoles alguno de los foros que señala el art. 64 RES (foro de la residencia habitual del causante al momento del fallecimiento, foro de la nacionalidad, foro del lugar de la situación de los bienes o foro de necesidad), el concreto tribunal competente dentro del territorio español podría ser *“el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante”*.

VIII. La solicitud del certificado sucesorio europeo

1. Los legitimados para solicitar un certificado sucesorio europeo

36. El certificado sucesorio europeo sólo puede solicitarse por las personas que el propio RES legitima para ello (art. 65.1 RES)⁶⁸. Esas personas son las que se señala de forma específica el art. 63.1

⁶⁶ En el mismo sentido *vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria el reglamento sucesorio europeo”, en A.L.CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, décimo octava edición, Comares, Granada, 2018, p. 686.

⁶⁷ BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

⁶⁸ Para visión en contra *vid.* J. GÓMEZ TABOADA, “El certificado sucesorio europeo. Breve aproximación”, en M.E. GINEBRA

RES. En atención al Derecho nacional tampoco se podrían añadir más legitimarios de los expresamente señalados en dicho artículo⁶⁹. En particular, las personas que podrían solicitar un CSE serían: 1) los herederos; 2) los legatarios que tengan derechos directos en la herencia; 3) los ejecutores testamentarios; 4) los administradores de la herencia.

37. Un aspecto a tener en cuenta es que la solicitud no se va a promover de oficio⁷⁰. Son los legitimarios interesados los únicos que pueden instar la solicitud del CSE. De este modo, si el solicitante retirara la solicitud, la autoridad competente no podría continuar de oficio el procedimiento para expedir el CSE.

38. Además de estar legitimado conforme al art. 63.1 RES, el interesado en solicitar un CSE debe probar su estatus y la intención de utilizarlo en otro Estado miembro⁷¹. En principio si se cumplen estos criterios, la autoridad competente tras el examen de la solicitud conforme al art. 66 RES debería expedir el CSE.

39. En base a una misma sucesión es posible que varios legitimarios tengan la intención de solicitar un CSE. Éstos podrían realizarlo de forma individual o de forma conjunta⁷². Si los interesados decidieran solicitar un CSE de forma separada cabría preguntarse si la autoridad competente podría aunar las solicitudes con el fin de expedir un único certificado⁷³. Una regla que no debe pasarse por alto es que la autoridad competente no puede modificar en ningún caso el contenido de la solicitud de forma unilateral⁷⁴. Por lo tanto, para unificar solicitudes, la autoridad competente debería primero preguntar –siempre que su Derecho nacional lo permita– a las partes si les interesaría dicha posibilidad⁷⁵. En el caso de que las partes no dieran su aprobación, se deberían expedir tanto certificados como solicitudes se presenten, con independencia de que se refieran a la misma sucesión *mortis causa*.

40. Por último, señalar que, a diferencia de lo que sucede con la presentación de la solicitud, que sólo pueden presentarla las personas legitimadas por el RES, no sucede lo mismo con las copias. De este modo, como se estudiará más adelante, en atención al art. 70.1 RES, cualquier persona que demuestre un interés legítimo puede solicitar una copia de un CSE. Un acreedor de un heredero podría ser un posible interesado en obtener una copia de un CSE. No obstante, en ningún caso el contenido del CSE podría modificarse en aras de ser más favorable para el que solicita la copia⁷⁶

2. El uso del formulario

41. El interesado en solicitar un CSE tiene a su disposición un modelo estándar en el Reglamento de ejecución del RES, el R. 1329/2014. Hay autores que señalan que el tenor literal del art. 1.4 del R. 1329/2014 deja poco margen a la interpretación sobre la posibilidad del solicitante de utilizar el formulario para presentar la solicitud. Este art. 1.4 precisa “*el formulario que deberá utilizarse(...)*”⁷⁷. Sin embargo, el art. 65.2 RES al ser jerárquicamente superior que el Reglamento de ejecución y señalar “*el solicitante podrá utilizar el formulario*” permite afirmar que es opción del solicitante utilizarlo o no⁷⁸.

MOLINS/ J. TARABAL BOSH, (Coords.), El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas, Marcial Pons, 2016, p. 291

⁶⁹ Vid. B. KRESSE, “Art. 65. Application for a certificate”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 716.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 712.

⁷¹ Vid. B. KRESSE, “Art. 65. Application...”, p. 714.

⁷² D. STAMATIADIS, “Chapter VI, European Certificate of Succession, Article 65. Application for a Certificate”, en H. PAMBOUKIS, *EU Succession Regulation N° 650/2012: A commentary*, C.H.Beck, Hart Publishing, Oxford, 2017, p. 606.

⁷³ Vid. B. KRESSE, “Art. 65. Application...”, p. 715.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 716.

⁷⁶ *Idem*.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 717.

⁷⁸ Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 735. Vid también, D. STAMATIADIS, “Chapter VI, European...”, p. 608.

En el caso de no utilizar el formulario sería el Derecho nacional de la autoridad a la que se le solicita el CSE el que regiría el procedimiento. De hecho, aún utilizando el formulario normalizado, el Derecho nacional es el que determina algunos de los aspectos sobre la solicitud del CSE que no se recoge en el RES, *ad ex.*, el idioma en el que debe presentarse o la cantidad de copias que deben expedirse⁷⁹.

42. Desde nuestro punto de vista, el formulario específico se ha creado por el legislador europeo para facilitar la tarea de presentar el CSE. Por ese motivo, lo mejor sería utilizarlo, ya que al menos permite ahorrar tiempo y asegurar que no hay ninguna información importante que se está olvidando comunicar a la autoridad competente. No obstante, es opción del solicitante hacerlo o no, ya que el legislador no ha querido imponer este requisito formal a la hora de interponer la solicitud. Esta libertad de forma no la tiene la autoridad emisora para expedir el CSE, la cual se tiene que atener de forma obligatoria al formulario previsto en el anexo V del Reglamento de ejecución 1329/2014⁸⁰.

3. El contenido de la solicitud

43. El art. 65.3 RES determina de forma específica el contenido que debe tener la solicitud por la que se insta el CSE. Este contenido se corresponde con lo que se recoge en el formulario del anexo IV del R. 1329/2014. De este modo, el solicitante debería presentar la siguiente información:

- i. Datos del causante.
- ii. Datos del solicitante.
- iii. Datos del cónyuge o de la pareja del causante. Si fuera procedente para el caso concreto también del excónyuge(s) o expareja(s).
- iv. Datos de otros posibles beneficiarios.
- v. El fin por el que se solicita el certificado. El solicitante debe preocuparse por acreditar cuál es el objetivo que persigue con el CSE. Este objetivo o propósito va a ir muy unido a la acreditación de su posición en la sucesión *mortis causa*.
- vi. Datos relativos a la autoridad o tribunal que sustancie o haya sustanciado la sucesión.
- vii. El fundamento en base al cual el solicitante ostenta su derecho sobre los bienes hereditarios, bien como beneficiario o como ejecutor o administrador.
- viii. El dato relativo a si el causante ha realizado alguna disposición *mortis causa*. En el caso de existir y no adjuntarse a la solicitud, el solicitante debe señalar dónde se encuentra el original. Es más, con el fin de trasladar toda la información que pueda ser útil a la autoridad competente, el solicitante debería informar de todas las disposiciones *mortis causa* del causante⁸¹.
- ix. El dato relativo a la existencia de acuerdos o pactos entre los cónyuges o convivientes. Del mismo modo, en el caso de existir y no adjuntarse, se debe señalar a la autoridad competente el lugar en el que se encuentra el original. Esta información es especialmente importante debido a la repercusión que puede tener sobre la sucesión.
- x. El dato relativo a si algunos de los beneficiarios aceptan o renuncian a la herencia.
- xi. El dato relativo al conocimiento que tiene el solicitante sobre la existencia de pleitos pendiente sobre los extremos que pretenden ser certificados.
- xii. Cualquier otra información que el solicitante considere útil para la expedición del CSE.

4. La obligación del solicitante para con la información y documentos que presenta

44. Como señala el ya citado art. 65.3 RES, el solicitante debe presentar a la autoridad competente la información necesaria en atención a los fines para los que se solicita el CSE en la “*medida en la que la misma obre en poder del solicitante*”. Este aspecto es clave, ya que cabe preguntarse hasta qué punto el solicitante tiene la obligación de investigar para acreditar la información que necesita presentar

⁷⁹ Vid. B. KRESSE, “Art. 65. Application...”, p. 717; P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, pp. 736-737.

⁸⁰ Vid. D. STAMATIADIS, “Chapter VI, European...”, p. 608.

⁸¹ Vid. B. KRESSE, “Art. 65. Application...”, p. 721.

para que se le expida el CSE. A nuestro entender el solicitante debe realizar todas las averiguaciones que sean necesarias. De hecho, el art. 66.1 RES, como más adelante se estudiará, permite que la autoridad inste al solicitante a presentar cualquier prueba que considere necesaria.

No obstante, los requerimientos que la autoridad puede hacer al solicitante no deberían en ningún caso ir más allá de lo señalado en las letras a) a l) del art. 65.3 RES⁸². Además somos de la opinión, como ya ha señalado determinada doctrina, de que sería posible la emisión de un CSE parcial⁸³. Es decir, al solicitante no se le deberían exigir que acreditara extremos que se alejan del fin para que el solicite el CSE. Tales exigencias podrían hacer ingente la labor del interesado en solicitar un CSE, y en muchas ocasiones, ni si quiera podría llevar a cabo tal tarea porque simplemente desconoce la información y no puede probarla.

45. En relación con lo anteriormente expuesto, el solicitante debe tener en cuenta los documentos con los que debe acompañar la solicitud. El art. 65.3 señala textualmente “*los documentos pertinentes*”. El propio Reglamento de ejecución en el apartado 7 del anexo IV permite al solicitante hacerse una idea de cuáles pueden ser esos documentos relevantes que debería tener en cuenta a la hora de presentar la solicitud. Así, dicho apartado del formulario señala: a) certificado de defunción o declaración de presunción de muerte; b) resolución judicial; c) acuerdo relativo a la elección del foro; d) testamento o testamento mancomunado; e) certificado del Registro de Actos de Última voluntad; f) Pacto sucesorio; g) declaración relativa a la elección de la ley aplicable; h) Capitulaciones matrimoniales o contrato relativo a una relación que pueda surtir efectos análogos al matrimonio; i) declaración de aceptación o renuncia a la herencia; j) Documento relativo a la designación de un administrador; k) documento relativo al inventario de la herencia; l) documento relativo a la distribución o partición de la herencia.

46. Además, otra cuestión que le puede surgir al solicitante es cómo debe presentarse los documentos. Si deben ser originales, si pueden ser copias o sería suficiente con meras fotocopias. La realidad es que en la medida de lo posible se deben presentar los documentos originales. No obstante, se podría presentar copias de los documentos originales siempre y cuando reúnan las condiciones para poder ser considerados auténticas. Es el Derecho nacional de cada Estado miembro al que pertenece la autoridad competente la que debe determinar tal condición⁸⁴.

5. El examen de la solicitud

A) El papel de la autoridad encargada de emitir el CSE

47. El art. 66 RES determina entre otros aspectos el rol que asume la autoridad que debe examinar el CSE. Así, se puede decir que la autoridad competente no sólo debe verificar la información que le aporta el solicitante, también podría desempeñar labores de investigación propias⁸⁵. Sobre esta tarea que podría desempeñar la autoridad competente cabe realizarse dos preguntas: 1) ¿Qué incluye esta labor de investigación?; 2) ¿Qué norma rige esa labor?.

En cuanto al primer interrogante decir que la autoridad competente para poder expedir el certificado debe conocer con exactitud que los extremos que recoge son así de forma fehaciente. De este modo, las investigaciones que realice la autoridad puede implicar toda la información y declaraciones necesarias para poder expedir el CSE. El límite a la labor investigadora de la autoridad competente va a venir determinado por la respuesta a la segunda cuestión que nos planteábamos. Es el Derecho procesal nacional el que va a regir esas investigaciones y va a marcar los límites a la autoridad. Por

⁸² Vid. B. KRESSE, “Art. 65. Application...”, p. 718. No toda la doctrina opine lo mismo, para posición en contra vid. A. DUTTA, “art. 65 EuErbVO” en J.V..HEIN *et al*, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol 10 ,IPR I, 6ª ed, C.H. Beck, 2015, par. 10.

⁸³ Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 738.

⁸⁴ Vid. B. KRESSE, “Art. 65. Application...”, p. 719.

⁸⁵ Vid. B. KRESSE, “Art. 66. Examination of the Application”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 724.

tanto, lógicamente, en ningún caso se la autoridad competente podría ir más allá de lo que precisa su Derecho nacional.

Por tanto, habrá aspectos que se irán desarrollando con la práctica y el proceder de las autoridades competentes de los Estados miembros a la hora de examinar las solicitudes. Así, *ad ex.*, cabe plantearse si la autoridad que debe emitir el certificado debe en atención a lo que recoge el art. 66.1 RES completar una solicitud incompleta o directamente rechazar la solicitud. En base al tenor literal de la norma, la labor de la autoridad no es completar solicitudes con lagunas⁸⁶. Sin embargo, en base a la posibilidad de poder solicitar a las partes las pruebas necesarias, la autoridad podría tener una aptitud más benevolente con el solicitante y permitirle que complete todo lo que no ha realizado cuando se ha presentado la solicitud. Esto evitaría el rechazo inmediato de la solicitud.

B) La admisión de otros medios de prueba

48. Como ya señalamos, el art. 65.3 RES recoge la regla general en base a la cual los interesados en solicitar un CSE deben atenerse. Esta es que los documentos que se presente con la solicitud deben ser bien el original o una copia que pueda ser considerada auténtica. No obstante, esta regla cuenta con una excepción que se recoge en el art. 66.2 RES. La autoridad emisora del CSE podría aceptar “*otros medios de prueba*”. La razón radica en que el legislador europeo fue consciente de que pueden existir circunstancias que impidan a las partes presentar un documento original o una copia que reúna las características para ser considerada como tal. Esto podría suceder cuando la expedición de copias es imposible o supone una carga desproporcionada para el solicitante, *ad ex.*, porque es perseguido políticamente o porque existe una catástrofe natural que impide acceder a los registros pertinentes donde se contiene la información⁸⁷. A diferencia de lo que sucedía en la propuesta inicial de la Comisión, el art. 66.2 no exige que el solicitante prueba la dificultad probatoria⁸⁸. La necesidad de otros medios de prueba se apreciaría por la autoridad de forma flexible⁸⁹, en atención a las circunstancias del caso concreto.

49. Un aspecto a tener en cuenta es el valor probatorio que tendrán esos medios de prueba. De este modo, puede afirmarse que de la misma forma que sucede con la prueba documental, el valor probatorio dependerá del tipo de prueba concreto. El RES no señala qué debe entenderse por “*otros medios de prueba*”. Así dependerá de lo que señale el Derecho nacional al respecto. En atención al caso concreto podrían ser documentos privados o documentos públicos, prueba pericial o cualquier otro medio de prueba que se admita en el Derecho procesal nacional de la autoridad emisora. Lo que sí es necesario tener en cuenta es que sólo se admitirá otros medios de prueba de los señalados en el art. 65.3 RES si el Derecho nacional lo permite⁹⁰. Si no lo permitiera no se puede recurrir al art. 66.2 RES. Incluso aunque el Derecho nacional dé luz verde, siempre queda a la discrecionalidad de la autoridad que examina la solicitud si acepta o no otros medios de prueba⁹¹. Un aspecto que no puede pasar por alto la autoridad competente es el art. 59.1 RES. Es decir, los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen.

C) Las declaraciones bajo juramento

50. Aparte de los documentos y otros medios de prueba, el art. 66.3 RES permitiría siempre y cuando lo contemple el Derecho nacional de la autoridad emisora que se realicen declaraciones bajo juramento o mediante declaración responsable. El citado precepto no señala cuándo se deberían solici-

⁸⁶ Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 739.

⁸⁷ Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 750; B. KRESSE, “Art. 66. Examination...”, p. 727.

⁸⁸ Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 750.

⁸⁹ *Idem.*

⁹⁰ Vid. B. KRESSE, “Art. 66. Examination...”, p. 726.

⁹¹ *Idem.*

tar tales declaraciones juradas⁹². Pero a decir verdad podrían resultar útiles en los casos en los que el solicitante tiene dificultades para obtener copias de documentos originales. Por lo tanto, podría ser una alternativa para sustituir a los documentos⁹³. No obstante, siempre se está supeditado a lo dispuesto por el Derecho nacional.

D) La posibilidad de informar a los beneficiarios

51. El art. 66.4 RES establece que la autoridad emisora tomará las medidas que considere necesarias para informar a los beneficiarios de que se ha solicitado un CSE. En primer lugar, debe precisarse qué debe entenderse por “beneficiarios”. La doctrina ha sostenido que se podrían considerar como tales a todos aquellos que podrían beneficiarse de la sucesión *mortis causa*⁹⁴. Estas personas tienen tal consideración porque así lo establece la Ley aplicable a la sucesión o porque así lo especifica una disposición *mortis causa*. El rango puede ser amplio, ya que no es necesario que tengan un derecho reconocido. La mera posibilidad de que una persona pueda ostentar derechos sobre una sucesión resultaría un motivo suficiente para que se le informara⁹⁵.

52. El mismo artículo 66.4 RES señala que la autoridad competente también deberá oír a cualquier persona interesada o executor o administrador con el fin de que queden acreditados los aspectos que pretenden certificarse. Así, la autoridad competente deberá publicar anuncios con el fin de dar a conocer a todo posible interesado el procedimiento que se ha iniciado con la presentación de la solicitud. El RES no especifica cómo deben realizarse dichos anuncios. Es decir, el idioma en el que deben realizarse, qué medios podrían utilizarse- periódico local, nacional, Internet...-o si debe transcurrir un tiempo entre los anuncios y la emisión del CSE⁹⁶. Lo que es evidente es que si los anuncios se realizan para intentar avisar a familiares del causante que se encuentran en un continente diferente de donde se ha solicitado el CSE, la autoridad deberá dar un margen de tiempo suficiente para que en atención a esas circunstancias les sea factible invocar sus derechos.

E) La cooperación entre autoridades nacionales

53. El art. 66.5 RES recoge la posibilidad de que las autoridades de los Estados miembros colaboren entre sí facilitándose información cuando ésta sea necesaria para la emisión de un CSE. Esta cooperación puede resultar útil como vía para apoyar la labor de investigación que ostentan las autoridades emisoras en atención al art. 66.1⁹⁷. Sin embargo, surge la pregunta de hasta dónde puede llegar el deber de colaboración. Es decir, es una opción o es una obligación para el Estado miembro al que se le requiere información. Hay que decir que el RES establece una obligación de colaborar⁹⁸. Esta obligación sólo encontraría como límite el respeto al Derecho nacional de la autoridad a la que se la ha solicitado la información.

54. El RES no señala nada sobre la forma o modalidad de cooperación. Esta omisión consideramos que fue realizada por el legislador con el fin de dar una mayor flexibilidad a la cooperación entre autoridades. No obstante, la autoridad que puede solicitar información a otras autoridades es la autoridad que va a emitir el CSE, no el órgano encargado del recurso en atención al art. 72 RES⁹⁹.

⁹² Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 751.

⁹³ *Ibidem*, p. 752.

⁹⁴ Vid. B. KRESSE, “Art. 66. Examination...”, p. 728.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 729.

⁹⁶ *Idem*.

⁹⁷ Vid. B. KRESSE, “Art. 66. Examination...”, p. 733.

⁹⁸ P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, pp. 754-755.

⁹⁹ Vid. B. KRESSE, “Art. 66. Examination...”, p. 733.

IX. La expedición del certificado sucesorio europeo

1. Lapso temporal y aspectos formales

55. La autoridad emisora debe en atención al art. 67.1 RES expedir el CSE sin demora. El RES no señala lapso temporal alguno. Por lo que debe entenderse que la autoridad emisora debe emitirlo lo antes que le sea posible. No obstante, este tiempo podría ser más o menos largo en atención a la verificación de la información, averiguaciones pertinentes, el deber de informar a los beneficiarios y demás obligaciones que el art. 66 RES impone a la autoridad emisora. Por lo tanto, el tiempo que tarde la autoridad en expedir un CSE va a variar en atención al caso concreto.

56. En cuanto a los aspectos formales, señalar que la emisión del certificado debe realizarse conforme al modelo previsto para ello en el anexo V del Reglamento de ejecución 1329/2014. La autoridad emisora no podría hacerlo de otra forma, ya que si así fuera, no se consideraría en ningún caso un certificado sucesorio europeo.

2. Las Leyes aplicables a los extremos que se persiguen acreditar

57. Conforme a lo señalado en el art. 67.1 RES la autoridad emisora expedirá el certificado cuando verifique que los extremos que se persiguen certificar han quedado acreditados bien conforme a la Ley aplicable a la sucesión o bien en atención a otra Ley en relación a extremos específicos de la herencia.

La Ley aplicable a la sucesión se determina en atención a lo dispuesto en el capítulo III RES. Sin embargo, puede haber aspectos que afecten a la sucesión que queden regidos por otras leyes que no se van a determinar mediante el RES. Esto puede suceder con aspectos relativos a los efectos del matrimonio o aspectos previos a la sucesión, *ad ex.* la determinación de una filiación. De este modo, cabe plantearse si una ley que no se determina en virtud de las normas de conflicto del RES puede ser aplicable para acreditar extremos que se van a certificar en un CSE. A nuestro entender la respuesta a este interrogante es positiva. En otras palabras, la Ley aplicable a la sucesión pero también otra Ley diferente para extremos concretos de la sucesión pueden ser aplicables para acreditar los aspectos que se persiguen certificar con el CSE¹⁰⁰. Otro aspecto diferente que se tratará más adelante es si esos extremos que no se rigen por la Ley aplicable a la sucesión tendrán el mismo valor probatorio que los que sí se rigen por la *Lex successionis* determinada por el Reglamento europeo de sucesiones.

3. Los motivos para rechazar la emisión del CSE

58. El art. 67.1 RES recoge a modo de ejemplo dos motivos en base a los cuales la autoridad emisora podría denegar la expedición del CSE. Estos motivos que señala el RES son:

- 1) *Los extremos que se pretenden certificar son objeto de un recurso.* Como ya se ha señalado, el término “recurso” utilizado por el RES puede resultar impreciso¹⁰¹. Dicho tenor literal permite plantearse qué tipo de recurso puede hacer que el certificado se rechace, si un recurso ante un tribunal o bastaría con un recurso planteado a la autoridad que está conociendo de la solicitud¹⁰². Consideramos que cualquiera de estos tipos de recursos enunciados podría servir como motivo de rechazo. La autoridad emisora es la que debe valorar el recurso y descartar todo aquél que pueda resultar frívolo y que persiga retrasar o impedir la emisión del CSE. A nuestro juicio, lo relevante es que no se pueda emitir un CSE cuando los extremos que se pretenden certificar no han quedado establecidos¹⁰³.

¹⁰⁰ Vid. B. KRESSE, “Art. 67. Issue...”, p. 736.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 738.

¹⁰² Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, pp. 758-759.

¹⁰³ Para la misma opinión *vid.* B. KRESSE, “Art. 67. Issue...”, p. 738; P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 759;

- 2) *El certificado no fuera conforme con una resolución judicial que afectara a esos mismos extremos.* El RES no determina el origen de esa resolución judicial. Es decir, si debería considerarse tanto una resolución judicial de un Estado miembro como la de un tercer Estado. Desde nuestro punto de vista, el origen de la resolución judicial es indiferente, se podrían aceptar también las de terceros Estados. Así, *ad ex.*, si un supuesto heredero ha litigado en un Estado diferente a donde solicita el CSE para que se le reconozca tal cualidad de heredero, pero el tribunal no ha estimado tal pretensión, no es posible que se le expida un certificado¹⁰⁴. La sentencia judicial donde no se le reconoce tal condición le imposibilita a la autoridad emisora la expedición del CSE. En la misma línea de lo anterior, si una sentencia judicial reconoce como heredero a una única persona, la autoridad emisora no va a poder expedir un CSE acreditando a otra persona como heredero que no sea esa misma reconocida en dicha sentencia¹⁰⁵. Sin embargo, esa sentencia judicial que reconoce un único heredero no entraría en contradicción con un CSE donde se reconoce un legado vindicatorio a favor de otra persona que no es ese único heredero¹⁰⁶.

59. La autoridad emisora podría rechazar la expedición de un CSE por otros motivos diferentes a los señalados en el art. 67 RES¹⁰⁷. Piénsese en el caso de que el solicitante no adjunta un documento necesario para la expedición y tampoco cumple con el requerimiento posterior de la autoridad emisora de presentarlo¹⁰⁸.

4. Criterios formales y sustantivos para emitir el certificado sucesorio europeo

60. Como se ha estudiado, diversos pueden ser los motivos que den lugar a que la autoridad emisora rechace la emisión de un CSE. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, en aras de preparar la solicitud, es conveniente conocer de antemano los requisitos formales y sustantivos que hacen posible que la autoridad emita el CSE. Es más, si se cumplen los presupuestos que se van a señalar a continuación y no existiera ninguno de los motivos que recoge el art. 67.1 RES para rechazar el certificado, la autoridad debería emitir el CSE.

En cuanto a aspectos sustantivos a tener en cuenta el interesado debería considerar los siguientes aspectos¹⁰⁹:

- 1) Los extremos que persiguen acreditarse con el CSE deben ser acreditados conforme a la *Lex successionis* o bien conforme a otra Ley diferente en caso de aspectos concretos de la herencia.
- 2) El CSE debe cumplir algunos de los fines que señala el art. 63 RES.
- 3) El interesado debe tener en cuenta el elemento transnacional que señala el citado art. 63 RES. Es decir, el CSE se debe expedir para ser utilizado en un Estado miembro diferente de donde se emite.

Desde un punto de vista formal, se podrían destacar los siguientes criterios¹¹⁰:

- 1) El solicitante del CSE debe ser una persona legitimada en atención al art 63.1 RES.
- 2) Dicho solicitante debe acreditar que el CSE se solicita en atención a los fines legítimos señalados en el ya citado art. 63.1 RES.
- 3) La autoridad emisora debe ser competente en atención al art. 64 RES.

¹⁰⁴ Vid. D. STAMATIADIS, "Art. 67. Issue of the Certificate", p. 624.

¹⁰⁵ Vid. B. KRESSE, "Art. 67. Issue...", p. 741

¹⁰⁶ *Idem.*

¹⁰⁷ Vid. I.A. CALVO VIDAL, "Il certificato successorio europeo", en I. A. CALVO VIDAL/V. CRESCIMANNO/G. GEOVANNI/C.A.MARCOZ, *Il Certificato successorio europeo*, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 33. Vid. también, B. KRESSE, "Art. 67. Issue...", p. 738.

¹⁰⁸ Vid. P. WAUTELET, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", p. 760.

¹⁰⁹ Vid. B. KRESSE, "Art. 67. Issue...", pp. 736-737.

¹¹⁰ *Ibidem*, pp. 737-738.

- 4) La solicitud del CSE debe presentarse en atención a lo señalado en el art. 65 RES.
- 5) Se deben cumplir cualquier otro requisito de procedimiento que se recoja en la Ley nacional del Estado de la autoridad a la que se le solicita el CSE.

5. La notificación a los beneficiarios

61. De acuerdo al art. 67.2 RES la autoridad emisora debe adoptar todas las medidas que considere necesarias para informar a los beneficiarios de la expedición del CSE. El Reglamento no señala los medios para llevar a cabo tal tarea, por lo que se deberá aplicar este artículo en el mismo sentido que el art. 66. 4 RES y teniendo en cuenta la *Lex fori*¹¹¹. Un aspecto importante es que el deber de informar de la autoridad se limita a aquellos beneficiarios que son conocidos por su parte a lo largo del proceso¹¹². Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede en base al art. 66.4 RES, la autoridad emisora en atención al art. 67.2 no tiene obligación de hacer anuncios públicos para informar a los beneficiarios. Los derechos de potenciales beneficiarios ya estaría salvaguardados con los anuncios públicos que ha podido llevar a cabo la autoridad emisora durante el procedimiento de emisión del CSE¹¹³.

X. El contenido del certificado sucesorio europeo

62. El art. 68 RES recoge el contenido que podría albergar el certificado sucesorio europeo. El interesado en solicitar un CSE debe tener en cuenta que el contenido del certificado puede variar en atención al fin para el que se solicita el certificado¹¹⁴. Es decir, no se deben recoger todos y cada uno de los datos que señala el art. 68 RES. Lo que no va a variar es el uso del modelo prefijado para expedir el CSE. El contenido que señala el art. 68 RES va en consonancia con lo recogido en el Anexo V del Reglamento de ejecución 1329/2014. Como ya se ha estudiado anteriormente, la utilización del modelo es obligatorio para la autoridad emisora.

63. Un aspecto importante es que el CSE no debería recoger un contenido diferente del señalado en las letras a) a o) en el art. 68 RES, ya que plantearía dudas en cuanto a sus efectos¹¹⁵. A pesar de que en torno a la propuesta del RES había sugerencias de reducir la lista de contenido que recoge el art. 68 RES en aras de ganar claridad, el legislador se decidió por mantenerla¹¹⁶. En particular, el contenido de un CSE sería el siguiente:

- 1) *Información relativa a la autoridad emisora (art. 68 letras a, b y c RES)*. Esta información, la relativa a la autoridad emisora, es obligatoria y va a estar presente en todo CSE con independencia de su finalidad. En particular, estos datos se tratarían del nombre y dirección de la autoridad, a que Estado miembro pertenece y en base a que precepto del RES ostenta su competencia.
- 2) *Información relativa al expedición del certificado (art. 68 letra d RES)*. El Anexo V del Reglamento de ejecución 1329/2014 recoge en su apartado 3 de forma específica dos datos

¹¹¹ Vid. D. STAMATIADIS, "Art. 67. Issue of the Certificate", p. 627; Vid también, P. WAUTELET, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", p. 761.

¹¹² Vid. B. KRESSE, "Art. 67. Issue...", p. 743.

¹¹³ Vid. B. KRESSE, "Art. 67. Issue...", p. 743.

¹¹⁴ Vid. I. CALVO VIDAL, El certificado sucesorio..., p. 294; C. BUDZIKIEWICZ, "Art. 68. Contents of the certificate", en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 747.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 746.

¹¹⁶ Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate

of Succession, realizado por el Instituto Max Planck de Hamburgo, 2010, p. 122, párrafos 305 y ss. disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf> (consultado el 27 de julio)

relativos al expediente que se deben incluir obligatoriamente: i) el número de referencia; ii) la fecha de expedición del certificado. Esta fecha es importante tenerla en cuenta, no tanto porque expire la validez del CSE sino porque puede ser un dato relevante para el Derecho nacional en relación a los recursos que se pueden plantear en virtud al art. 72 RES¹¹⁷.

- 3) *Información relativa al solicitante (art. 68 letra e RES)*. En el caso de que el solicitante sea persona física, el art. 68 en su letra e RES, coincidiendo con lo dispuesto en el art. 65 letra b RES, recoge que es necesario incorporar el nombre y apellidos, sexo, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, nacionalidad (si se ostenta más de una se debe indicar), número de identificación (señalando el más pertinente entre el número de identificación fiscal, de la Seguridad Social o el documento nacional de identidad), domicilio, teléfono, email y la relación que el solicitante ostentaba con el causante. En relación a este último dato, el formulario V recoge diferentes casillas donde el solicitante debe señalar su relación concreta entre las diferentes alternativas que se recoge el modelo.

Si el solicitante es persona jurídica debe completar los datos conforme al anexo I del formulario V.

Aunque el art. 68 no recoge nada al respecto, el solicitante puede aportar conforme al anexo II del formulario V los datos de su representante.

- 4) *Información relativa al causante (art. 68 letra f RES)*. Sobre el causante el RES exige que se señalen los siguientes datos obligatoriamente: apellidos, nombre, sexo, fecha y lugar de nacimiento, estado civil en el momento del fallecimiento, nacionalidad, señalándose en su caso la múltiple nacionalidad su procediera o la condición de apátrida¹¹⁸, número de identificación, fecha y lugar del fallecimiento y la dirección en el momento del fallecimiento. Este último dato es especialmente importante porque dicho dato debe entenderse como el lugar de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento.
- 5) *Información relativa a los beneficiarios (art. 68 letra g RES)*. En atención a lo dispuesto en las letras d y e del art. 65.3 RES, la autoridad emisora también puede recoger en el CSE los datos relativos a los beneficiarios (nombre, apellidos, número de identificación, domicilio) que le ha proporcionado el solicitante. El formulario V no recoge ningún apartado específico donde incluir la información relativa a los beneficiarios. De este modo, dicha información se debería incluir en el CSE en una hoja adicional¹¹⁹.
- 6) *Información relativa a las capitulaciones matrimoniales y al régimen económico matrimonial (art. 68 letra h RES)*. El anexo III del formulario V es el apartado específico para que la autoridad emisora pueda recoger si existen pactos o capitulaciones celebrados por el causante y los aspectos relativos al régimen económico matrimonial. En concreto, los aspectos que podría contener el CSE serían los siguientes: i) datos personales sobre el excónyuge o expareja del causante; ii) fecha y lugar de celebración del matrimonio o establecimiento de otra relación con efectos comparables al matrimonio; iii) si se ha celebrado o no un contrato de matrimonio o equivalente con el excónyuge o la expareja; iv) la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y cómo se ha determinado la misma; v) El régimen económico matrimonial concreto. El Anexo III del formulario V recoge diferentes casillas donde se recogen distintos regímenes económicos matrimoniales. La autoridad emisora además de señalar la casilla concreta, debe especificar el régimen económico matrimonial en la lengua oficial del Estado cuya Ley rige dicho régimen, pudiendo también añadir las disposiciones jurídicas correspondientes; vi) si el régimen económico matrimonial o equivalente se ha liquidado y los bienes se han repartido.

¹¹⁷ Vid. P. WAUTELET, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", p. 766.

¹¹⁸ C. BUDZIKIEWICZ, "Art. 68. Contents...", p. 753.

¹¹⁹ *Idem*. Vid. también, C.F. NORDMEIER, "Art. 68 EuErbVO", en R. HÜSSTEGE/H.P.MANSEL (eds.), *NomosKommentar, BGB, RomVerordnungen*, vol. VI, 2ª ed., Baden Baden, 2015, parágrafo 9.

Un aspecto que cabe preguntarse es si esta información debe incluirse obligatoriamente en todo caso tenga o no repercusión sobre la sucesión *mortis causa*. Aunque hay doctrina que se ha mostrado a favor¹²⁰, desde nuestro punto de vista, dicha información debería incluirse en el CSE si verdaderamente es relevante y presenta un impacto en la sucesión. En el caso de no ser así, no sería necesario incluirlo.

- 7) *La Ley aplicable a la sucesión (art. 68 letra i RES)*. El apartado 8 del formulario V es el espacio previsto para indicar la *lex successionis* y cómo se ha determinado la misma. Este formulario V prevé distintas casillas donde se recogen diferentes normas de conflicto del RES. La autoridad emisora debe especificar la concreta norma de conflicto que ha permitido determinar el Derecho aplicable a esa sucesión *mortis causa*.
- 8) *Información sobre si la sucesión es testada o intestada (art. 68 letra j RES)*. Del mismo modo que debe incluirse en la solicitud conforme al art. 65.3 letra i RES, el apartado 7 del formulario V prevé un espacio para que la autoridad emisora especifique obligatoriamente si la sucesión es testada o intestada. En el caso de ser testada, se debe detallar el tipo de disposición, la fecha de establecimiento, el lugar y el nombre de la autoridad ante la que se estableció, la denominación del registro y el número de referencia de la disposición. En el caso de que la autoridad emisora llegue a la conclusión de que una disposición *mortis causa* no es válida deberá recogerlo también en el certificado¹²¹. En concreto, lo deberá hacer en el apartado 7 número 4 del formulario V, que se denomina “otra información pertinente en relación al art. 68 letra j del Reglamento(UE) nº 650/2012”¹²².

En el supuesto de que la sucesión sea intestada se deberá atender a las normas pertinentes en base a las cuales los herederos ostentan sus derechos sobre la sucesión. Dicha información se especificará por la autoridad emisora en los anexos IV a VI del formulario V¹²³.

- 9) *Información sobre la naturaleza de la aceptación o renuncia de la herencia por parte de cada beneficiario (art. 68 letra k RES)*. El apartado previsto para hacer constar este extremo en el CSE son los apartados 2 y 4 a 6 del anexo IV del formulario V. La autoridad emisora deberá indicar no sólo si se ha aceptado la herencia sino también el modo en el que se ha realizado. Si ha sido sin condiciones o ha sido a beneficio de inventario. Sobre este particular se trae a colación un aspecto importante y es el modo en el que el heredero adquiere tal condición¹²⁴. La misma puede variar de forma muy considerable en función del sistema sucesorio. Como ya estudiábamos anteriormente, en algunos ordenamientos la aceptación de la herencia es indispensable para poder convertirse en heredero, mientras que en otros es de forma automática¹²⁵.
- 10) *La parte alícuota que sobre la herencia le corresponde a cada heredero (art. 68 letra l RES)*. El CSE también puede especificar la cuota hereditaria que le corresponde a cada heredero. No obstante, no es necesario que conste cada cuota en todo caso, sería posible expedir un CSE donde sólo se recoja la cuota particular que le corresponde a un heredero concreto¹²⁶. Un aspecto que va a influir en las cuotas de los herederos es el régimen económico matrimonial. Especialmente el problema jurídico surge cuando el cónyuge supérstite ostenta una determinada cuota sobre la sucesión *mortis causa* no sólo en base al Derecho sucesorio sino también en atención a lo dispuesto por la normativa relativa al régimen económico matrimonial. La cuestión reside en dilucidar hasta qué punto podría recogerse en el certificado una cuota que se deriva de una Ley que cae fuera del ámbito de aplicación del RES. Sobre este particular es interesante estar a lo dispuesto por el TJUE en la sentencia de 1 de marzo

¹²⁰ Vid. C.F. NORDMEIER, “Art. 68 EuErbVO...”, parágrafo. 10.

¹²¹ C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Contents...”, p. 757.

¹²² *Idem*.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Vid. I. CALVO VIDAL, El certificado sucesorio..., p. 301.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Contents...”, p. 759.

de 2018 en el conocido como asunto Mahnkopf, el cual gira en torno al art. 1371.1 BGB (Código Civil Alemán)¹²⁷. A nuestro juicio, consideramos que es posible incluir en el CSE información que se no cae específicamente dentro del ámbito de aplicación del RES. Por lo tanto, para evitar un uso limitado del CSE, en el supuesto de que la cuota de un heredero se derivara de una Ley diferente a la ley sucesoria, en particular, de la Ley aplicable al régimen económico matrimonial, se podría recoger también dicha cuota en el certificado.

- 11) *El inventario de los derechos y/o bienes que le corresponden a cada legatario (art. 68 letra m RES)*. Los legatarios a los que se refiere el RES son legatarios con derechos directos sobre la sucesión. El anexo V del formulario V es el espacio previsto para que la autoridad emisora certifique la cualidad y los derechos de los legatarios. En atención al Derecho que rige la sucesión, el tipo de legatarios que pueden existir puede variar. Sin embargo, el CSE sólo podría ser utilizado en el caso de legados vindicatorios¹²⁸.
- 12) *Las limitaciones de los derechos de herederos y legatarios en virtud de la Ley aplicable a la sucesión (art. 68 letra n RES)*. El CSE puede recoger las limitaciones que bien la Ley o las disposiciones *mortis causa* realizadas por el causante impongan a los herederos y legatarios¹²⁹. Por ejemplo, el testador en atención al Derecho español podría imponer al heredero o legatario una prohibición de enajenar un determinado bien durante un período de tiempo o imponer una carga sobre un bien a favor de un tercero¹³⁰.
- 13) *Las facultades y limitaciones del ejecutor testamentario y administrador de la herencia en atención a la Ley aplicable a la sucesión o a una disposición mortis causa (art. 68 letra o RES)*. El anexo VI del formulario V es el medio previsto para que el CSE recoja las facultades para ejecutar o administrar la herencia¹³¹. Estas facultades se pueden derivar bien de la Ley aplicable a la sucesión o bien de las disposiciones realizadas por el causante. Si se observa el citado anexo VI en su apartado 4 recoge 23 facultades diferentes que podría desempeñar el ejecutor testamentario o el administrador de la herencia. El legislador ha querido predefinir las facultades más comunes que se podrían desempeñar. No obstante, también se recoge un apartado para poder señalar otras posibles facultades que no se corresponden con ninguna de las contempladas de forma expresa en el anexo.

XI. Los efectos del certificado sucesorio europeo

1. Aproximación inicial

64. El considerando 71 y el art. 69 RES señalan los efectos que puede desplegar el CSE. Estos efectos son *erga omnes*, deben ser los mismos en todos los Estados miembros, tanto en el Estado donde se ha expedido como en el resto de Estados, y todo ello sin necesidad de recurrir a ningún procedimiento especial.

65. Se puede decir que el CSE es un instrumento novedoso, diferente a lo existente hasta la fecha. El CSE no requiere para desplegar efectos de los mecanismos existentes en las normas de Derecho

¹²⁷ STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* en la doctrina española J. M. FONTANELLAS MOREL, “La delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales. A propósito de la STJUE de 1 de marzo de 2018 (C-558/16: *Mahnkopf*)”, *REEI*, nº 35, junio 2018, pp. 27-38. En la doctrina extranjera *vid. ad ex.* J. WEBER, “Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung”. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018-19; H. DÖRNER, “Erbrechtliche Qualifikation des 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen”, *ZEV*, 2018-6, pp. 305-306; C. NOURISSAT, “Certificat successoral européen: quelle part pour le conjoint survivant?”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 13, 30 Mars 2018, act. 340; M. FARGE, “La Cour de justice tranche entre la matière matrimoniale ou successoriale”, *Droit de la famille*, 2018-5.

¹²⁸ *Vid.* C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Contents...”, p. 765

¹²⁹ *Vid.* I. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 304; *Vid.* también B. KRESSE, “Art. 68. Contents...”, p. 766.

¹³⁰ *Vid.* I. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 304.

¹³¹ *Vid.* C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Contents...”, p. 768.

internacional privado (*reconocimiento y exequatur*). Por lo tanto, si en un Estado miembro se certifica la cualidad de heredero o legatario o la atribución de un bien mediante la expedición de un CSE, sin necesidad de ningún procedimiento especial esos extremos también serán válidamente considerados en cualquier otro Estado miembro del RES.

66. En particular, en este apartado se estudiarán cuatro aspectos: 1) el valor probatorio del CSE; 2) la protección del tercero de buena fe; 3) el certificado sucesorio y el registro de la propiedad; 4) la suspensión de los efectos del CSE.

2. El valor probatorio del CSE

67. El considerando 71 RES recoge lo siguiente en relación a la fuerza probatoria del CSE: “*No debe ser un título con fuerza ejecutiva por sí mismo pero debe tener efecto probatorio y se ha de presumir que demuestra de manera fidedigna elementos que han quedado acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a elementos específicos, tales como la validez material de las disposiciones mortis causa. El valor probatorio del certificado no debe afectar a los elementos que no se rigen por el presente Reglamento, como la cuestión de la filiación o la determinación de si un bien pertenecía al causante o no*”.

68. De este considerando se pueden extraer una serie de reglas, las cuales serían:

- 1) El CSE no es un título con fuerza ejecutiva, es decir, no es un título directamente ejecutable.
- 2) El CSE ostenta fuerza probatoria. En otras palabras, lo que se recoge en el CSE goza de presunción de veracidad. Esta presunción es *iuris tantum*, por lo tanto, podría desmontarse probando lo contrario¹³². Por ese motivo, el CSE en virtud del art. 71 puede rectificarse, modificarse o anularse. En cuanto al término “elementos”, señalar que se debe interpretar de forma amplia. Es decir, en el CSE se pueden incluir aspectos fácticos pero también legales¹³³.
- 3) El CSE puede contener información que se rija por la Ley aplicable a la sucesión como por Leyes diferentes a ésta. La cuestión es qué alcance tiene el valor probatorio del CSE. Cabría preguntarse si el valor probatorio también alcanzaría a los aspectos que afectan a una sucesión pero que no se rigen por la *Lex successionis* y por tanto caen fuera del ámbito de aplicación del RES. Desde nuestro punto de vista, el legislador europeo cometió un error al no mantener la versión inicial del art. 69.2 que en la propuesta de Reglamento se recogía en el art. 42.2. En dicha propuesta, se señalaba que “*durante su período de validez, el certificado gozará en todos los Estados miembros de la presunción de veracidad*”. En este artículo, el legislador no diferenciaba cual era la Ley aplicable al extremo que se va a certificar.

A nuestro entender, a expensas de que el TJUE pueda aclarar este aspecto controvertido, consideramos que la información que se contiene en el CSE debe tener una fuerza probatoria homogénea¹³⁴. Así, consideramos que cuando el considerando 71 señala “*el valor probatorio el certificado no debe afectar a los elementos que no se rigen por el presente Reglamento, como la cuestión de la filiación o la determinación de si un bien pertenecía al causante o no*” se debe entender de forma restrictiva. Es decir, se debe referir a cuestiones muy concretas. De ahí que se señale la cuestión de la filiación o la determinación de si un bien pertenecía o no al causante. Sin embargo, hay aspectos como los relativos al régimen económico matrimonial que pueden tener un efecto importante en la sucesión *mortis causa*. Las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial no se incluyen dentro del ámbito de aplicación

¹³² Vid. I. CALVO VIDAL, El certificado sucesorio..., p. 317. Vid. también C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 69. Effects of the Certificate”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 779.

¹³³ Vid. C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 69. Effects...”, p. 776.

¹³⁴ La STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138 hubiera sido una buena oportunidad para haberlo hecho, pero el TJUE no lo ha hecho.

del Reglamento de sucesiones, pero sí pueden formar parte del contenido del CSE como recoge el art. 68 en su letra h. A nuestro entender esta información que se puede recoger en el certificado sobre el régimen económico matrimonial también podría beneficiarse de los efectos del art. 69.2 RES¹³⁵. A pesar de que son extremos que no se han determinado conforme a las normas de conflicto del Reglamento europeo de sucesiones¹³⁶. A nuestro juicio la fuerza probatoria del RES debería ser lo más uniforme posible en todos los Estados miembros. Esto es así porque si se hacen demasiadas excepciones en cuanto a la fuerza probatoria del RES en atención a su contenido puede convertirse en un instrumento poco útil en la práctica. De hecho, el propio legislador no quiso que los efectos del CSE fueran fijados por el Derecho de cada Estado miembro, ya que de ser así, sería difícil que cumpliera los objetivos para los que ha sido creado.

La autoridad tiene la obligación de verificar, corregir incluso puede hacer investigaciones en cuanto a la información que le presentan las partes en la solicitud. Por lo tanto, en base a estas obligaciones que debe desempeñar la autoridad emisora y el principio de mutua confianza que debe regir entre las autoridades de los Estados miembros, el valor probatorio del certificado debería abarcar en la medida de lo posible todo su contenido. Entendemos que en casos concretos pueden existir excepciones que se puedan amparar en el tenor literal del considerando 71. No obstante, deberían ser supuestos específicos. En términos generales, el CSE debería considerarse un instrumento con efectos globales en conjunto, iguales en todos los Estados miembros, al menos ese es el espíritu que entendemos del art. 69 RES.

3. La protección del tercero de buena fe

69. La relación entre la presunción de veracidad de la información contenida en el CSE y los terceros de buena fe se articula mediante dos reglas contenidas en los apartados 3 y 4 del art. 69 RES.

70. En primer lugar, el art. 69.3 RES recoge la regla de que cualquier persona que en base a la información contenida en el certificado efectúe pagos o entregue bienes a una persona que según el CSE está facultada para recibir tales pagos o bienes ha tratado con una persona autorizada para ello, salvo que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no se adecúa a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

Así, de este modo, el RES protege al tercero de buena fe cuando se dan dos condiciones cumulativas¹³⁷: 1) el tercero ha entregado bienes o ha efectuado pagos a una persona que según la información del CSE aparecía como facultada para recibirlos; 2) que en el caso de que la información del CSE no se ajuste a la realidad, el tercero desconocía tal discordancia o que dicho desconocimiento no se debe a una negligencia grave por parte del tercero. Por lo tanto, puede decirse que el RES exige un nivel de diligencia mínimo, no va a proteger al tercero en todo caso.

Esta protección que brinda el art. 69.3 RES no puede extrapolarse a otras cuestiones como si la persona que entrega o recibe el pago tiene capacidad o la titularidad sobre los bienes¹³⁸. En la misma línea, para determinar la existencia y contenido de la obligación en base a la cual se realizan los pagos o se entregan bienes no se debe acudir a la Ley aplicable a la sucesión sino a la Ley aplicable al contrato¹³⁹.

71. En segundo lugar, el art. 69.4 RES protege al tercero de buena fe que adquiere o recibe bienes de la herencia. Así, cuando una persona que figure facultada en el CSE para disponer de los bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considera que dicha persona que dispone está facultada para hacerlo si su actuación se adecúa al contenido recogido en el certificado, salvo que tenga conocimiento de que el contenido no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

¹³⁵ Vid. J. SCHMIDT, "Art. 69 EurErbVO", en C. BUDZIKIEWICZ/M.-P. WELLER/W. WURMNEST (eds.), Beck online Grosskommentar, EuErbVO, München, 2016, parágrafo 14. Para posición en contra *vid.* P. WAUTELET, "Chapitre VI. Certificat Successoral...", pp. 788-789.

¹³⁶ Sobre esta cuestión hay otras visiones al respecto, *vid. ad ex.*, C. BUDZIKIEWICZ, "Art. 69. Effects...", p. 777.

¹³⁷ *Vid.* I. CALVO VIDAL, El certificado sucesorio..., p. 319.

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ *Ibidem*, p. 320.

De la misma forma que sucedía con el art. 69.3 RES, en este caso también es necesario cierta diligencia por parte del tercero. Así, si éste tenía conocimiento de que el contenido del certificado no se adecuaba a la realidad o no tenía conocimiento por incurrir en negligencia grave no se le va a proteger.

Un aspecto importante que señala el considerando 71 RES es que el RES no debe determinar si la adquisición de los bienes por una tercera persona es efectiva o no. Esta exclusión va en consonancia con el ámbito de aplicación del Reglamento. No hay que olvidar que la naturaleza de los derechos reales (Art. 1.2 letra k RES) y cualquier otra forma de transmisión de bienes o derechos que no sea la sucesión *mortis causa* se encuentran fuera del ámbito de aplicación del RES¹⁴⁰.

4. El certificado sucesorio europeo y los registros públicos

72. El legislador europeo ha dotado al certificado de una cualidad importante y es que éste pueda ser considerado un título válido para poder inscribir la adquisición hereditaria en un registro público de un Estado miembro. Esta condición de documento europeo válido para poder inscribir los bienes adquiridos en una herencia se recoge en el art. 69.5 RES. Sin embargo, la visión global de esta posibilidad no puede entenderse sin tener en cuenta los considerandos 18 y 19 y la parte final del art. 69.5 RES. Esto es así porque un aspecto que no hay que olvidar es que el art. 1.2 en sus letras k y l excluyen del ámbito de aplicación del RES la naturaleza de los derechos reales y cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro.

73. Además, hay que tener en cuenta en atención al art. 345 TFUE que los Estados miembros ostentan la competencia exclusiva en cuanto al régimen de propiedad. Por lo tanto, del mismo modo, la ostentan sobre sus registros públicos¹⁴¹. Esto tiene una consecuencia importante que el solicitante no puede pasar por alto, y es que la autoridad competente del concreto registro del Estado miembro puede solicitar requisitos adicionales en atención a su Derecho nacional para que la información que contiene el CSE pueda inscribirse¹⁴². No obstante, la autoridad del registro nacional debe aceptar el CSE como prueba, no pudiendo solicitar una decisión o acuerdo judicial en lugar del certificado¹⁴³.

5. Las copias del certificado sucesorio europeo y sus efectos

74. La autoridad emisora no proporciona en ningún caso el certificado original al solicitante. Por tanto, en base al art. 70.1 RES lo que entrega la autoridad emisora al solicitante o a cualquier persona que demuestre un interés legítimo es una copia. Así, los documentos que van a circular son copias del CSE con una validez limitada¹⁴⁴. En este aspecto el certificado sucesorio europeo va a funcionar como un documento notarial¹⁴⁵. El original se conserva en la notaría o en el juzgado y en el tráfico jurídico solo van a circular las copias.

75. La autoridad competente puede expedir las copias que sean necesarias y a diferentes personas. Incluso se puede entregar más de una copia a la misma persona. En este caso, el interesado en tener más de una copia del CSE debería justificar tal interés a la autoridad emisora¹⁴⁶. Un motivo que podría justificar la expedición de varias copias puede ser la necesidad del solicitante de presentar el CSE en varias autoridades de diferentes Estados miembros¹⁴⁷.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 323.

¹⁴¹ *Vid.* I. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio...*, p. 331.

¹⁴² *Ibidem*, p. 331; *Vid* también, C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 69. Effects...”, p. 789; J.L. VALLE MUÑOZ, “El certificado sucesorio europeo y sus consecuencias registrales”, M.E. GINEBRA MOLINS/ J. TARABAL BOSH, (Coords.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, 2016, p. 322.

¹⁴³ *Vid.* C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 69. Effects...”, p. 789.

¹⁴⁴ *Vid.* C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 70. Certificate Copies of the Certificate”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 796.

¹⁴⁵ *Vid.* J. GÓMEZ TABOADA, “El certificado sucesorio...”, p. 293.

¹⁴⁶ *Vid.* C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 70. Certificate...”, p. 797.

¹⁴⁷ *Vid.* J. SCHMIDT, “Art. 70 EurErbVO”, en C. BUDZIKIEWICZ/M.-P. WELLER/W. WURMNEST(eds.), *Beck online Grosskommentar, EuErbVO, München, 2016, parágrafos 7 y 7.1.*

76. En cuanto al procedimiento a seguir para solicitar una copia del CSE hay que señalar que el solicitante no tiene que realizar ningún procedimiento especial, es suficiente con haber presentado la solicitud del certificado. Sin embargo, no sucede así con la persona que solicita una copia porque tiene un interés legítimo pero no es el solicitante. En ese caso se deberá presentar la solicitud pertinente¹⁴⁸. Otra cuestión es si una persona que no tiene un legítimo interés puede solicitar una copia del CSE. El considerando 72 RES señala que la posibilidad o no de entregar una copia a este tipo de personas dependerá de lo dispuesto en las normas nacionales del Estado miembro en relación al acceso del público a los documentos.

En definitiva, con independencia de quién sea el solicitante de la copia y su interés, la autoridad emisora debe en virtud del art. 70.2 RES conservar una lista de las personas a las que se les entregó una copia auténtica del CSE. Esto es así porque si se debiera modificar, rectificar o anular el CSE una vez emitido, la autoridad debe informar a todos aquellos a los que se les entregó una copia. Algunos expertos recomendaron que lo ideal sería contar con un registro electrónico donde quedarán registrados todos los certificados que se expidan¹⁴⁹. Este registro proponen integrarlo dentro del programa europeo *e-justice* con el fin de potenciar la cooperación judicial transnacional a través de las nuevas tecnologías. Sin embargo, a pesar de que podría ser una buena opción, todavía no se ha avanzado nada al respecto.

77. Por último, en cuanto a la validez de las copias auténticas, el art. 70.3 RES señala que tendrán un período de validez limitado. Este período es de seis meses y se hará constar en la propia copia la fecha de la expiración de su validez. Transcurrido dicho lapso temporal, el interesado tiene dos opciones: 1) solicitar a la autoridad emisora una prórroga del plazo de la validez; 2) solicitar otra copia de nuevo.

6. Suspensión de los efectos

78. El art. 73 RES recoge la posibilidad de que los efectos del CSE puedan ser suspendidos. La autoridad emisora o un órgano judicial son las autoridades competentes para poder llevar a cabo esta suspensión. La autoridad emisora podrá suspender los efectos en tanto decide si procede la modificación o anulación del CSE. Por su parte, la autoridad judicial en tanto sustancia un recurso presentado contra el certificado. De este modo, los motivos que pueden dar lugar a la suspensión del CSE son la modificación, la anulación o la interposición de un recurso conforme al art. 72 RES, en ningún caso la rectificación.

79. En cuanto a la legitimación para instar la suspensión de los efectos del CSE, el art. 73.2 RES diferencia en concordancia con el art.71 RES y el art. 72 RES si el origen de la suspensión es consecuencia de la modificación o anulación del certificado o es debido a la interposición de un recurso. Si se trata de una modificación o anulación, cualquier interesado puede instar la suspensión del CSE. En cambio, si se trata de un recurso, sólo los legitimados para interponerlo pueden solicitar la suspensión del certificado.

80. La consecuencia de la suspensión de los efectos es que no se podrían emitir copias del CSE. La autoridad emisora debe en atención a la lista de la que dispone comunicar a todas las personas a las que se entregaron copias la suspensión de los efectos del certificado.

XII. Rectificación, modificación o anulación del certificado sucesorio europeo

81. El art. 71 RES permite que cualquier persona con interés legítimo pueda solicitar a la autoridad emisora la rectificación, modificación o anulación del CSE. La autoridad emisora también podría

¹⁴⁸ Vid. C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 70. Certificate...”, p. 798.

¹⁴⁹ Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate

of Succession, realizado por el Instituto Max Planck de Hamburgo, 2010, p. 145 disponible en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf> (consultado el 10 de julio de 2018).

actuar de oficio. En todo caso si se tratase de una rectificación (art. 71.1 RES) y sólo si lo prevé el Derecho nacional en el caso de la modificación o anulación del CSE (art. 71.2 RES).

82. El término utilizado por el RES “*cualquier persona con un interés legítimo*” permite que se pueda solicitar una rectificación, modificación o anulación por toda persona que acredite tal interés con independencia de que reúna las condiciones para poder ser solicitante del CSE¹⁵⁰.

83. El interesado puede solicitar una rectificación del CSE cuando existe un error material. Esto podría ser cuando en el CSE haya un error ortográfico, exista un error con alguna fecha o se haya omitido la expresión de alguna circunstancia formal, siempre sin cambiar el sentido general de la información que acredita¹⁵¹. En cambio, la modificación o anulación serían pertinentes cuando se han acreditado extremos que no se corresponden con la realidad. Piénsese en que se descubre que el causante en realidad no ha muerto o ha aparecido un hijo del causante que no se conocía¹⁵².

84. La autoridad emisora, en virtud del art. 71.3 RES, tiene la obligación de comunicar toda rectificación, modificación o anulación a las personas a las que se expidieron copias auténticas del CSE conforme al art. 70 RES. Además, la autoridad debe hacerlo cuanto antes con el fin de que no siga circulando un CSE con errores y genere problemas a los interesados.

XIII. Los recursos que caben ante el certificado sucesorio europeo

85. El art. 72 RES recoge la posibilidad de que toda persona legitimada a solicitar un CSE puede también recurrir las decisiones emitidas por la autoridad emisora. Si se sigue el tenor literal del art. 72 RES, no basta con tener un interés legítimo para interponer un recurso, sería necesario también estar legitimado para presentar la solicitud sobre el mismo en atención al art. 63 RES. No obstante, hay autores que entienden que por coherencia con lo dispuesto en los arts. 71 y 73 en base a los cuales se permite que cualquiera con interés legítimo puede instar a la modificación, rectificación, anulación o suspensión del CSE también se les debe permitir recurrir¹⁵³.

86. En cuanto a los aspectos formales, destacar que el recurso frente al CSE se debe interponer ante un órgano judicial del Estado miembro de la autoridad emisora. El término órgano judicial debe entenderse en virtud de lo dispuesto en el art. 3.2 RES. El derecho que regirá el procedimiento será el Derecho nacional de la autoridad emisora¹⁵⁴.

87. El art. 72.2 RES contempla dos hipótesis diferentes en cuanto a las consecuencias que podrían derivarse de la interposición de un recurso. Así, en el primer apartado del citado artículo se precisa que, si como consecuencia del recurso resulta acreditado que el CSE no se corresponde con la realidad, el órgano judicial competente lo rectificará, modificará o anulará o garantizará que de tal forma proceda la autoridad emisora. En el segundo apartado del art. 72.2 RES se establece que si resultara acreditado que los motivos que llevaron a la autoridad emisora a denegar la expedición del recurso fueron injustificados, el propio órgano judicial expedirá un certificado o garantizará que la autoridad emisora examine el caso y tome una nueva decisión.

¹⁵⁰ Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, p. 817.

¹⁵¹ Vid. I. CALVO VIDAL, El certificado sucesorio..., p. 309; Vid. también, Wautelet, p. 817.

¹⁵² Vid. P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral...”, pp. 817-818.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 824.

¹⁵⁴ C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 72. Redress Procedures”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p.816.

XIV. Consideraciones finales

88. A lo largo del presente trabajo hemos podido estudiar qué es el CSE. Este instrumento europeo es básicamente un medio de prueba. El CSE no se concibe como un documento legal en el que deban recogerse consentimientos nuevos, ya que éstos siempre se prestan fuera del certificado. El CSE es un documento flexible, su contenido puede variar a lo largo de una sucesión. Por lo tanto, la autoridad emisora, siguiendo la estela del art. 68 RSE podrá expedir un CSE en función del fin para el que éste se solicita.

89. Como ya se ha estudiado, el CSE no es obligatorio ni tampoco es jerárquicamente superior a los documentos nacionales que ya existen en los ordenamientos de los Estados miembros. A nuestro entender los aspectos positivos que se traducen de la existencia del CSE podrían ser los siguientes:

- i. *Ofrece uniformidad a las autoridades de los Estados europeos.* El CSE es un instrumento que permite hacer más homogénea la práctica notarial y judicial europea cuando sea necesario probar la cualidad de heredero, legatario, administrador de la herencia o ejecutor testamentario en una sucesión transnacional. En otras palabras, si las autoridades europeas en lugar de expedir un documento nacional expiden un CSE se va a convertir en una práctica habitual el uso del certificado en las sucesiones transfronterizas en la UE. Los documentos nacionales para probar la condición de heredero van a ser menos frecuentes y el CSE permitirá homogeneizar la prueba de la condición de heredero en las sucesiones internacionales.
- ii. *Mayor seguridad jurídica al ciudadano.* En atención a lo expuesto, el ciudadano podrá actuar en el tráfico jurídico con mayor seguridad jurídica. Esto es así debido a que para probar su condición de heredero o legatario o sus facultades sobre la herencia pueda recurrir a un documento legal europeo homogéneo. El hecho de que se haya concebido el CSE como un documento con los mismos efectos en todos los Estados miembros ofrece menos incertidumbre que cuando se debía recurrir obligatoriamente a los documentos nacionales. En especial a lo relativo a las dudas que pueden plantear la circulación de estos documentos nacionales en un Estado diferente a donde se han emitido.
- iii. *Ahorro de costes.* El CSE como instrumento tendente a hacer más uniforme la práctica notarial y judicial para probar la condición de heredero en la UE permitiría ahorrar costes tanto económicos como de tiempo a los implicados en una sucesión transfronteriza. Con la existencia del CSE, el ciudadano que persiga probar su estatus en una sucesión transnacional puede acudir directamente a este instrumento sin necesidad de tener en cuenta otras opciones disponibles en el Derecho nacional.

REEXAMINANDO LA NOCIÓN DE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (ADR) EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA ‘NO JURISDICCIONAL’

REEXAMINING THE NOTION OF ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) IN THE CONTEXT OF THE RIGHT OF ACCESS TO ‘NON-JURISDICTIONAL’ JUSTICE

JULIO-CÉSAR BETANCOURT
Doctor en Derecho Privado
Universidad de Salamanca
ORCID ID: 0000-0001-8627-2522

Recibido: 10.03.2018 / Aceptado: 03.04.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4376>

Resumen: La noción de “Resolución Alternativa de Disputas”, generalmente conocida como “ADR”, ha recibido una importante acogida por parte de la literatura del *common law* y lo mismo puede decirse en cuanto sus principales categorías (negociación, mediación y arbitraje). ADR, lato sensu, se refiere a la idea de utilizar toda una gran variedad de mecanismos no jurisdiccionales destinados a *prevenir, manejar, resolver* o *solucionar* conflictos intersubjetivos. De modo que la expresión *resolución* alternativa de disputas es, en cierta manera, insuficiente para suministrar una visión integral de todas las opciones (o alternativas) disponibles. Este artículo reexamina la noción de ADR y proporciona una novedosa visión del pasado, presente y futuro de esta relativamente nueva disciplina.

Palabras clave: ADR, resolución alternativa de disputas, acceso a la justicia.

Abstract: The notion of “Alternative Dispute Resolution”, commonly known as “ADR”, has received considerable attention in common law literature, and the same can be said about the main ADR categories (negotiation, mediation and arbitration). ADR, lato sensu, refers to the idea of utilising a wide variety of non-jurisdictional mechanisms that are intended to *prevent, manage, resolve* or *settle* disputes. Thus, the expression *alternative dispute resolution* is, somewhat, technically insufficient to account for the whole range of options (or alternatives) available. This article re-examines the notion of ADR and provides a novel insight into the past, present and future of this relatively new discipline.

Keywords: ADR, alternative dispute resolution, access to justice.

Sumario: I. Antecedentes. II. Características. 1. Proteger derechos e intereses capaces de ser jurídicamente tutelados, e incluso, intereses subyacentes que no necesariamente gozan de relevancia jurídica, pero que influyen de una u otra forma en la potencial prevención o terminación del conflicto. 2. Prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos a través del procedimiento más apropiado. 3. Utilizar las normas jurídicas como herramientas legislativas que determinan el modo en el cual debe ser solucionado el conflicto o, también, como parámetros normativos que instituyen cuáles son los límites de actuación de los sujetos del conflicto. 4. Participar en la elección de los terceros imparciales intervinientes. 5. Hacer uso de sus propios recursos a los fines de prevenir, manejar, resolver o solucionar el conflicto. 6. Limitar o extender su nivel de participación y, además, el de sus representantes. III. Ventajas y desventajas. IV. Utilización: endoprocesal y extraprocesal. V. Los mecanismos no jurisdiccionales como formas de “privatización”. VI. El estado actual. VII. ¿Cuáles son las críticas de mayor notoriedad? VIII. Hacia la reconceptualización del ejercicio profesional de la abogacía. IX. El futuro de los mecanismos no jurisdiccionales.

I. Antecedentes

1. La «función jurisdiccional»,¹ por excelencia, se halla estrechamente, pero no indisolublemente, relacionada con la tarea de «solucionar» conflictos intersubjetivos.² Dicha función se lleva a cabo de manera exclusiva y excluyente por parte del Poder Judicial.³ Ella tiene lugar en virtud del ejercicio de la «acción» y con la ayuda de ciertos órganos predeterminados⁴ que han sido constitucionalmente dotados de «potestad jurisdiccional».⁵

2. En ejercicio de esa potestad jurisdiccional,⁶ el Estado, especialmente, por medio de sus órganos jurisdiccionales, se encuentra facultado para dictar y, ulteriormente, para ejecutar decisiones judiciales destinadas a dirimir tales conflictos.⁷ Estas decisiones son proferidas con arreglo a un «procedimiento»⁸ y en el marco de un «proceso»⁹ que sirve de instrumento para la satisfacción de una «pretensión»¹⁰ jurídicamente tutelable.

3. Desde este punto de vista, el «proceso», como «institución jurídica» perteneciente al derecho procesal¹¹ puede ser visto entonces como el único mecanismo de «solución» de conflictos intersubjetivos de naturaleza puramente jurisdiccional.¹² De manera que, procesalmente hablando, cualquier otro mecanismo de solución de conflictos distinto al proceso, es decir, distinto a ese mecanismo de origen constitucional-estatal, e independientemente de cualquiera que sea su parecido con este último,¹³ debería ser estrictamente catalogado como de carácter «no jurisdiccional».

4. En el derecho procesal del derecho continental (*civil law*), han sido muchísimas las discusiones relativas al significado de los vocablos «acción»,¹⁴ «jurisdicción»¹⁵ y «proceso»,¹⁶ discusiones que han contribuido, en primer lugar, con el desarrollo de un importantísimo acervo doctrinario que ha sido contextualizado a partir de esta trilogía¹⁷ y, en segundo lugar, con la acuñación de todo un vocabulario mucho más sofisticado y, sobre todo, impregnado de tecnicismos que, entre otras cosas, permiten que se haga una distinción entre lo «jurisdiccional» y lo «no jurisdiccional».¹⁸

¹ F. RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, t. I/Barcelona, JM. Bosch, 1992, p.54.

² J. TAJADURA TEJADA, «La Justicia como Servicio Público», en *La Modernización de la Justicia en España: XXIII Jornadas de Estudio, 4, 5 y 6 de septiembre de 2001. El Ambito Privado del Sector Público: XXIV Jornadas de Estudio, 11, 12 y 13 de diciembre de 2002*/Madrid, Ministerio de Justicia, 2003, pp.44-46.

³ J. ALMAGRO NOSETE, *Derecho Procesal: Parte General*/Valencia, Tirant lo Blanch, 1989, p.48.

⁴ M. ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal Civil*/Granada, Aranzadi, 1999, p.19.

⁵ V. MORENO CATENA/V. CORTÉS DOMÍNGUEZ/V. GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*/Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 214.

⁶ J. MONTERO AROCA et al., *Derecho Jurisdiccional: Parte General*/Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p.37.

⁷ A. DE LA OLIVA SANTOS/I. Díez-PICAZO JIMÉNEZ/J. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal: Introducción*/Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, p.23.

⁸ MJ. MOLINA CABALLERO, «El Proceso como Instrumento de la Función Jurisdiccional», en *Conceptos Básicos de Derecho Procesal Civil*/Madrid: Tecnos, 2012, p.131.

⁹ J. GUASP/P. Aragonese, *Derecho Procesal Civil*, t. I, 5ª edn./Madrid: Cívitas., 2002, p.31.

¹⁰ J. GUASP, *La Pretensión Procesal*, 2ª edn./Madrid: Editorial Cívitas, SA, 1985, p.13 et seq.

¹¹ M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Jurisdicción, Acción y Proceso*/Barcelona, Atelier, 2008, p.251.

¹² B. QUINTERO/E. PRIETO, *Teoría General del Proceso*, t. I/Bogotá, Editorial Temis, 1998, p.183 et seq.

¹³ Véase, por ejemplo, M. SILVER, «The Uses and Abuses of Informal Procedures in Federal Civil Rights Enforcement», *The George Washington Law Review* 55, 1987, p.499.

¹⁴ R. ORTIZ-ORTIZ, *Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos*/Caracas, Frónesis, 2004, pp.1-859.

¹⁵ R. ORTIZ-ORTIZ, *Teoría General del Proceso*/Caracas, Frónesis, 2004, p.104.

¹⁶ E. COUTURE, «The Nature of Judicial Process», *Tulane Law Review* XXV, 1951, p.1-28; E. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*/Buenos Aires, Depalma, 1981, p.121 et seq.

¹⁷ J. PODETTI, *Teoría y Técnica del Proceso Civil: Y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil*/Buenos Aires, Ediar, 1963, pp.1-421.

¹⁸ K. DOLBEARE, *Trial Courts in Urban Politics*/New York, Wiley, 1967, p.117.

5. En los países del inelegantemente denominado derecho anglosajón (*common law*), por el contrario, el derecho procesal es predominantemente práctico, carente de una teoría general.¹⁹ En él no existe semejante diferenciación, sino solamente una que otra esporádica, acientífica e infrecuente alusión a un foro no judicial (*non-judicial forum*).²⁰ De modo que, en las páginas siguientes, la noción de mecanismos «no jurisdiccionales»²¹ o «extra jurisdiccionales», como algunos otros le han designado,²² será abordada, *mutatis mutandis*, manteniendo ese tecnicismo terminológico que al derecho procesal del sistema de derecho continental le es inherente.

6. Esta breve comparación entre el *civil law* y *common law* es sumamente importante, puesto que la noción de «mecanismos no jurisdiccionales» se identifica plenamente con una institución foránea que, en los países del *common law*, e incluso, en los Estados Miembros de la Unión Europea,²³ se conoce con el nombre de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, locución que podría ser traducida al castellano como «Resolución Alternativa de Disputas» y que, en algunas ocasiones, particularmente, en los países de habla hispana, ha sido representada a partir de las siglas MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos)²⁴ y MASC (Medios Alternativos de Solución de Conflictos).²⁵

7. La noción de *Alternative Dispute Resolution*, mejor conocida internacionalmente por sus siglas inglesas ADR, tiene que ver con toda una multiplicidad de mecanismos, distintos al «proceso» y, por lo tanto, «no jurisdiccionales», en los que, generalmente, pero no necesariamente, participa un tercero,²⁶ es decir, una persona totalmente ajena a la situación de conflicto, a los fines de facilitar la «prevención», el «manejo», la «resolución» o la «solución» de un determinado conflicto intersubjetivo.²⁷ Se trata, pues, de una especie de movimiento,²⁸ o quizá, de una ideología²⁹ que ha sido concebida, desarrollada, propagada y alcanzado su adultez en los países del *common law*, principalmente, en los Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y Gales y Australia.³⁰

¹⁹ H. STONE, "The Common Law in the United States", *Harvard Law Review* 50, 1936, p.6.

²⁰ L. SINGER, "Nonjudicial Dispute Resolution Mechanisms: The Effects on Justice for the Poor", *Clearinghouse Review* 13, 1980, p.572; W. BURGER, "Isn't There a Better Way?", *ABA Journal* 68, 1982, p.275; F. SANDER, "Nonjudicial Dispute Resolution", en *Common Law, Common Values, Common Rights: Essays on Our Common Heritage by Distinguished British and American Authors*/San Francisco, West Group, 2000, pp.307-314.

²¹ O. GOZAINI, "Instituciones no Jurisdiccionales para la Resolución de Conflictos", en *Justicia y Sociedad/México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1994, pp.957-972.

²² S. BARONA VILAR, *Solución Extrajudicial de Conflictos: Alternative Dispute Resolution (ADR) y Derecho Procesal/Valencia*, Tirant lo Blanch, 1999, pp.1-309; R. HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de Solución Extrajudicial de Conflictos*/Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, pp.1-212.

²³ R. COULSON, "Will the Growth of Alternative Dispute Resolution (ADR) in America be Replicated in Europe", *Journal of International Arbitration* 9, 1992, pp.39-44; F. MARTÍN, "Políticas de la Unión Europea en la Promoción de Soluciones Extrajudiciales para la Resolución de Conflictos", *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación/Salamanca: Ratio Legis*, 2006, pp.71-96; M. GONZÁLEZ, "Los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos", en *Mediación y Solución de Conflictos: Habilidades para una Necesidad Emergente/Madrid*: Tecnos, 2007, pp.138-141; M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, "Las Alternativas no Jurisdiccionales a la Resolución de Conflictos", *Justicia: Poder y Servicio Público: Cuadernos de Derecho Judicial/Madrid*: Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial, 2006, pp.388-391; The European Consumer Centres' Network, "Cross-Border Dispute Resolution Mechanisms in Europe — Practical Reflections on the Need and Availability"/Dinamarca, 2009, pp.1-72.

²⁴ OEA, "Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos en los Sistemas de Justicia de los Países Americanos"/Washington, DC, 2001, pp.1-50.

²⁵ R. BERIZONCE, "Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Bases para su Implementación", *Ponencia presentada ante el Congreso Mexicano de Derecho Procesal/México*, 1998, pp.179-197.

²⁶ J. GOSS, "An Introduction to Alternative Dispute Resolution", *Alberta Law Review* 34, 1995, p.2; H. BROWN/A. MARRIOT, *ADR Principles and Practice/London*, Sweet & Maxwell, 1993, p.9.

²⁷ P. ADLER, "The Future of Alternative Dispute Resolution", en *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, S.E. MERRY/N. MILNER (eds.)/Michigan, The University of Michigan, 1993, p.68.

²⁸ M. HARTY, "The First Conflict Resolution Movement, 1956-1971: An Attempt to Institutionalize Applied Interdisciplinary Social Science", *The Journal of Conflict Resolution* 35, 1991, pp.720-758.

²⁹ Ch. BÜHRING-UHLE/L. KIRCHHOFF/G. SCHERER (eds.), *Arbitration and Mediation in International Business*/The Netherlands: Kluwer Law International, 2006, p.170; P. ADLER, "Is ADR a Social Movement", *Negotiation Journal*, 1987, pp.59-71.

³⁰ W. TWINING, "Alternative to What? Theories of Litigation, Procedure and Dispute Settlement in Anglo-American Jurisprudence: Some Neglected Classics", *The Modern Law Review* 56, 1993, p.381.

8. Estados Unidos, en particular, podría ser descrito como el epicentro de un extenso laboratorio³¹ en donde se ha venido generando toda una gran cantidad de datos obtenidos a partir del empleo de estos mecanismos y se cree que los resultados de la experiencia estadounidense han contribuido, significativamente, con la importación, e incluso, con la institucionalización³² de dicha institución, no solamente en Estados Unidos, sino también en varios otros países. Por lo tanto, cualquier análisis que de dicha institución se realice debe, obligatoriamente, responder a un trabajo analítico-comparativo del sistema estadounidense y de algunos otros países del *common law*, so pena de ser sancionado como incompleto.

9. La expresión *alternative dispute resolution* parece haber sido utilizada, por primera vez, por Frank SANDER,³³ profesor de la Universidad de Harvard.³⁴ Sander introdujo esta frase en un discurso dictado en 1976. Su discurso fue titulado, e incluso, publicado como *Varieties of Dispute Processing*, posteriormente traducido al español como “Variedades en el Procesamiento de Disputas”³⁵ y fue presentado ante la Conferencia Nacional sobre las Causas del Descontento Popular con la Administración de Justicia, mejor conocida en los países de habla inglesa como la “Conferencia Pound” (*the Pound Conference*).³⁶

10. La Conferencia Pound toma su nombre a partir de la vigésima novena reunión de la *American Bar Association (ABA)*, la cual tuvo lugar en 1906. En esta reunión, Roscoe POUND, para ese momento, el decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nebraska, presentó un ensayo titulado *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (Las Causas del Descontento Popular con la Administración de Justicia). El título del ensayo de POUND ha sido, no injustamente, calificado como inapto para describir el contenido de su ponencia, dado que dicho trabajo no dice cuáles son las causas que produjeron ese «descontento» y lo mismo se ha dicho con respecto al título de la Conferencia Pound.³⁷

11. No obstante, la conferencia dictada por POUND sirvió para resaltar el hecho de que muchos de los problemas que fueron identificados en 1906 seguían estando presentes en 1976,³⁸ es decir, después de más de siete décadas. Entre ellos se destacan, en primer lugar, el congestionamiento de los órganos jurisdiccionales y, en segundo lugar, el problema de las dilaciones procesales,³⁹ problemas que, entre otras cosas, servirían para estimular la búsqueda de soluciones dirigidas a mejorar el sistema de administración de justicia estadounidense, o dicho de otra forma, «otras formas de administrar justicia».⁴⁰

³¹ J. MAULL, “ADR in the Federal Courts”, *Duquesne Law Review* 34, 1996, p.246.

³² J. ALFINI, “Alternative Dispute Resolution and the Courts: An Introduction”, *Judicature* 69, 1986, p.252.

³³ S. ROBERTS/M. PALMER, *Dispute Processes: ADR and the Primary Forms of Decision-Making*/Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p.5; M. CAPPELLETTI, “Access to Justice: Comparative General Report”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 40, 1976, pp.669-717.

³⁴ D. HENSLEY, “Our Courts, Ourselves: How the Alternative Dispute Resolution Movement is Reshaping our Legal System”, *Penn State Law Review* 108, 2003, p.174; M. MOFFITT, “Special Section: Frank Sander and his Legacy as an ADR Pioneer”, *Negotiation Journal*, 2006, pp.437-443.

³⁵ F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing: (Versión en Español)*, JC. BETANCOURT (trans.)/Londres, Chartered Institute of Arbitrators, 2010, pp.1-29.

³⁶ R. POUND, “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”, en *American Bar Association. Annual Report*, 1906, pp.395-417; G. BELL, “The Pound Conference Follow-Up: A Response from the United States Department of Justice”, *Federal Rules Decisions*, 1978, p.320; F. SANDER, “Keep Building ADR”, *Alternatives to the High Costs of Litigation* 27, 2009, p.9.

³⁷ C. WALLACE, “Judicial Reform and the Pound Conference”, *Michigan Law Review*, 1982, p.593.

³⁸ R. LEE, “The Profession Looks at Itself — The Pound Conference of 1976”, *Brigham Young University Law Review*, 1981, p.738; W. BURGER, “Agenda for 2000 AD — Need for Systematic Anticipation”, *Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1976), p.93.

³⁹ S. RIFKIND, “Are We Asking Too Much of our Courts?” *Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1976), pp.99-100.

⁴⁰ W. ERICKSON, “The Pound Conference Recommendations: A Blueprint for The Justice System in The Twenty-First Century”, *Federal Rules Decisions*, 1978, p.281.

12. Años más tarde, la Conferencia Pound,⁴¹ conjuntamente con la ponencia de Sander,⁴² terminarían por ser consideradas como el hito de una nueva disciplina que culminó alcanzando una importante posición en los programas de estudio de las facultades de derecho de varios países del *common law*⁴³ y que fue bautizada con el nombre de *Alternative Dispute Resolution*, una materia que, dicho sea de paso, serviría para despertar un mayor interés en el estudio de las formas de autocomposición y heterocomposición,⁴⁴ concretamente, de la negociación,⁴⁵ la mediación,⁴⁶ el arbitraje (particularmente en el área comercial internacional)⁴⁷ y de muchos otros mecanismos no jurisdiccionales como instrumentos para mejorar el sistema de «administración de justicia civil».⁴⁸

13. La Conferencia Pound tuvo lugar en un momento histórico trascendental en el cual se desarrollaba un trabajo jurídico-académico que fue denominado como el “Proyecto de Acceso a la Justicia”. Este proyecto se desarrolla en el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia, Italia, y fue dirigido por los profesores Mauro CAPPELLETTI y Earl JOHNSON. Uno de los objetivos específicos de este proyecto era la identificación de «soluciones promisorias» dirigidas a mejorar el acceso a la justicia, no solamente en Italia, sino también a nivel mundial. Dicho proyecto se fragua en el otoño de 1973 y concluye varios años después con la preparación de seis publicaciones en las que se recogen los resultados de un extraordinario trabajo de investigación en el que participa un importante número de profesores universitarios y un destacado grupo de juristas provenientes de más de veinte países. Esto terminaría por facilitar la elaboración de un extraordinario trabajo recopilatorio de información vinculada con un gran número de actividades destinadas a mejorar el «acceso a la justicia»,⁴⁹ una expresión relativamente joven y que, para algunos, se origina dentro del seno de este interesante proyecto.⁵⁰

⁴¹ E. TRACHTÉ-HUBER, *Alternative Dispute Resolution: Strategies for Law and Business*/Cincinnati, Anderson Pub, 1996, pp.3-4; L. SINGER, *Settling Disputes: Conflict Resolution in Business, Families, and the Legal System*/Colorado, Westview, 1994, p.7; J. STEMPPEL, “Reflections on Judicial ADR and the Multi-Door Courthouse at Twenty: Fait Accompli, Failed Overture, or Fledgling Adulthood?”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 1996, p.309; G. PHILLIPS, “Resolving Disputes Through Alternative Dispute Resolution”, *The Dartmouth Law Journal* 5, 2007, p.16.

⁴² W. BRAZIL, “Court ADR 25 Years after Pound: Have We Found a Better Way”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 18, 2002, p.94.

⁴³ R. MNOOKIN/F. SANDER, “Foreword”, *Harvard Negotiation Law Review* 10, 2005, pp.3-4; F. SANDER/S. GOLDBERG/N. ROGERS, “The Teaching of ADR in the 21st Century Law School”, *Alternatives* 1, 2001, pp.29-31; F. SANDER, “Alternative Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Obstacles”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.229-236.

⁴⁴ E. VÉSCOVI, *Teoría General del Proceso*/Bogotá, Editorial Temis, 1999, p.2 et seq.

⁴⁵ R. MOBERLY, “A Pedagogy for Negotiation”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.315-325.

⁴⁶ L. RISKIN, “Mediation in the Law Schools”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.259-276.

⁴⁷ G. BORN, *International Commercial Arbitration*, t. I, 2^a edn./The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp.1-1524; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, t. II, 2^a edn./The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp.1525-2894; G. BORN, *International Commercial Arbitration*, t. III, 2^a edn./The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp.2895-4260; J. LEW/L. MISTELIS/S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*/The Hague, Kluwer Law International, 2003, pp.1-953; P. CAPPER, *International Arbitration: A Handbook*/London: LLP, 2004, pp.1-179; W. PARK, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*/Oxford: OUP, 2006, pp.1-793; E. GAILLARD, J. SAVAGE, *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*/The Hague: Kluwer Law International, 2009, pp.1-1280; N. BLACKABY et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*/Oxford, Oxford University Press, 2015, pp.1-711; M. MOSES, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*/Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp.1-411.

⁴⁸ R. BARUCH, “Dispute Resolution Alternatives and the Goals of Civil Justice: Jurisdictional Principles for Process Choice”, *Wisconsin Law Review*, 1984, pp.906-907; F. SANDER, “Introduction”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 2, 1987, p.vii; M. CAPPELLETTI, “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *The Modern Law Review* 56, 1993, p.291; C. MENKEL-MEADOW, “Practicing “in the Interest of Justice” in the Twenty-First Century: Pursuing Peace as Justice”, *Fordham Law Review* 70, 2002, pp.1761-1774; F. SANDER, “Ways of Handling Conflict: What We Have Learned, What Problems Remain”, *Negotiation Journal*, 2009, p.535.

⁴⁹ M. CAPPELLETTI/J. WEISNER, *Access to Justice: Promising Institutions*, vol. II, book I/Milan, 1978, pp.1-427; M. CAPPELLETTI/J. WEISNER, *Access to Justice: Promising Institutions*, vol. II, book II/Milan, 1979, pp.433-903; M. CAPPELLETTI/B. GARTH, *Access to Justice: A World Survey*, vol. I, book I/Milan, 1978, pp.5-523, 529-1037; B. GARTH, *Access to Justice: Emerging Issues and Perspectives*, vol. III/Milan, 1979, pp.5-603; K. KLAUS-FRIEDRICH, *Access to Justice: The Anthropological Perspective*, vol. IV/Milan, 1979, pp.1-218.

⁵⁰ P. LINDBLOM, “ADR — The Opiate of the Legal System”, *European Review of Private Law* 1, 2008, p.64; A. PATERSON, *Lawyers and the Public Good: Democracy in Action?*/Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p.60.

14. Incidentalmente, el Proyecto de Acceso a la Justicia estuvo muy relacionado con el trabajo que, en materia de Derecho Comparado y Conflicto, desempeñaba Klaus-Friedrich KOCH en uno de los programas de investigación del Departamento de Antropología de la Universidad de Harvard. Esto condujo a que CAPPELLETTI terminara después intercambiando recursos con KOCH. Esta asociación, junto con la participación de un equipo multidisciplinario conformado por un grupo de profesores y profesionales de reconocido prestigio, concluye favoreciendo la expansión de los temas que fueron discutidos dentro de las publicaciones antes mencionadas, en las que no solamente se hace alusión al estudio de otras «alternativas», sino que además se examinan algunas otras nociones vinculadas con el problema de los conflictos intersubjetivos, tales como prevención, manejo, resolución y solución de conflictos. Este proyecto sirvió también para que otros reflexionasen y pusiesen de relieve que el «proceso» era sólo uno y no el único instrumento de acceso a la justicia.⁵¹

15. En el proyecto de los profesores CAPPELLETTI y JOHNSON, la exploración de otros mecanismos distintos al proceso tuvo un carácter tangencial, pues dicho proyecto, como antes se indicó, tenía por objeto analizar el problema del acceso a la justicia desde diversas perspectivas.⁵² El tema de los medios «alternativos» o «no jurisdiccionales» ciertamente formó parte del temario, pero termina ocupando sólo una pequeña parte dentro del menú de las denominadas «soluciones promisorias» tendientes a mejorar el acceso a la justicia,⁵³ mientras que la ponencia de SANDER se circunscribe a desarrollar la idea de «prevenir», «manejar», «resolver» o «solucionar» conflictos intersubjetivos a través del empleo de mecanismos distintos al proceso, no con el mismo nivel de rigurosidad terminológica que deliberadamente se intenta sembrar con este artículo, pero no hay duda que, allende de las formas de «resolución» de conflictos (*dispute resolution*), SANDER definitivamente procuraba incentivar el empleo de mecanismos «no jurisdiccionales» en general.

16. Nótese que SANDER, curiosamente, hace uso de expresiones muy parecidas a las que utilizaron CAPPELLETTI y JOHNSON en su proyecto. Ellos se refirieron a las «soluciones promisorias», mientras que Sander termina adoptando la frase «alternativas promisorias»⁵⁴ y, por esta razón, es entonces por lo que su ponencia, podría llegar a ser descrita como una de las primeras iniciativas destinadas a promover, con un cierto carácter de originalidad, o si se quiere, de especificidad, el empleo de otros mecanismos distintos al proceso. Es importante destacar que SANDER no es el único de los precursores de aquello que hoy se conoce con el nombre de *Alternative Dispute Resolution*, pues de buena tinta se ha dicho que son varios sus progenitores,⁵⁵ sino que fue él quien terminaría recibiendo el mayor de los créditos como resultado de las ideas que fueron introducidas en su ponencia.⁵⁶

17. En líneas generales, puede decirse que el trabajo de SANDER es interesante, en primer lugar, porque estimula la exploración de mecanismos no jurisdiccionales. En segundo lugar, porque invita a la reflexión con respecto a cuáles son los casos que deberían ser solucionados por parte de los órganos jurisdiccionales y cuáles son los casos que muy bien podrían ser solucionados fuera de ellos. En tercer lugar, porque proporciona una idea de cuáles son los aspectos que hay que tomar en cuenta al momento de seleccionar estos mecanismos. En cuarto lugar, porque alude a la efectividad de cada mecanismo

⁵¹ M. GALANTER, "Access to Justice in a World Expanding Social Capability", *Fordham Urban Law Journal* 37, 2009, pp.115-128.

⁵² R. TOMASIC, "A Review: Access to Justice", *Legal Service Bulletin* 5, 2009, pp.100-104.

⁵³ R. SACKVILLE, "Some Thoughts on Access to Justice", *New Zealand Journal of Public and International Law* 2, 2004, p.93.

⁵⁴ F. SANDER, "Varieties of Dispute Processing", *Federal Rules Decisions: Addresses Delivered at the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (1976), p.133.

⁵⁵ C. MENKEL-MEADOW, "Mothers and Fathers of Invention: The Intellectual Founders of ADR", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 16, 2000, pp.1-37; S. GOLDBERG, "Wait a Minute. This is Where I Came in. A Trial Lawyer's Search for Alternative Dispute Resolution", *Brigham Young University Law Review*, 1997, pp.656-657; R. BENHAM/A. BOYD, "Alternative Dispute Resolution: Ancient Models Provide Modern Inspiration", *Georgia State University Law Review*, 1996, pp.623-651; J.T. BARRETT/J. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Social, and Cultural Movement*/ San Francisco, Jossey-Bass, 2004, pp.1-336.

⁵⁶ US Government, *Access to Justice: Hearings before the Committee on the Judiciary: United States Senate, Ninety-Sixth Congress, First Session on Access to Justice*/Washington, 1979, p.8.

o, en algunos casos, de la combinación de los mecanismos que sean necesarios para la terminación de un conflicto. Y, finalmente, porque introduce la idea del Centro de Resolución de Disputas (*Dispute Resolution Centre*),⁵⁷ algo que, posteriormente, fue renombrado como “la Corte de Justicia con Puertas Múltiples” (*Multi-door Courthouse*).⁵⁸

18. Si bien es cierto que la idea de utilizar mecanismos distintos al proceso surge como una especie de reacción frente a las deficiencias propias del sistema de administración de justicia,⁵⁹ y en particular, como un efecto consecencial de la «devaluación del proceso» como forma oficial de terminación de conflictos,⁶⁰ también es verdad que la noción de *Alternative Dispute Resolution* nada tuvo que ver, como algunos señalan,⁶¹ con esto de sustituir o de reemplazar al proceso como forma de solución de conflictos, sino simplemente con el tema de explorar cuáles son y cómo funcionan los mecanismos no jurisdiccionales en general.⁶²

19. En efecto, podría decirse que los objetivos de este movimiento no son más que: (1) reducir el congestionamiento de los juzgados, (2) fomentar la utilización de otros mecanismos distintos al proceso, (3) facilitar el acceso a la justicia a través del empleo de mecanismos no jurisdiccionales y; finalmente, (4) proveer una forma más efectiva de administrar justicia.⁶³ La expresión *Alternative Dispute Resolution*, sin lugar a dudas, ha adquirido y, de hecho, continúa ganando un gran nivel de aceptación,⁶⁴ pero dicha expresión ha sido criticada hasta la saciedad⁶⁵ y no pocas veces se ha sugerido el uso de algunas otras denominaciones. Entre ellas se destacan las de *Amicable Dispute Resolution*⁶⁶ (Resolución Amigable de Disputas) y *Appropriate Dispute Resolution*⁶⁷ (Resolución Apropiada de Disputas).

20. Especial atención merece la última de ellas, en tanto que, para algunos, el fundamento que subyace a la búsqueda de mecanismos distintos al proceso va más allá de la simple identificación o del mero examen de los denominados medios «alternativos» o «no jurisdiccionales» de justicia.⁶⁸ Quienes se hallan a favor de utilizar la frase «Resolución Apropiada de Disputas», en lugar de la expresión «Resolución Alternativa de Disputas», sustentan su posición a partir de un análisis puramente semántico, aunque, para algunos, el asunto va más allá del significado de las palabras.⁶⁹ Sin denigrar la utilidad que proporcionaría la mera identificación y la posterior exploración de otras opciones «o alternativas» distintas al proceso, ellos sugieren que los conflictos deberían ser resueltos o solucionados a través del mecanismo «más apropiado»,⁷⁰ o dicho de otra forma, mediante el empleo del mecanismo que más se adecúe para la mejor consecución de su terminación.

⁵⁷ J. RESNIK, “Many Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 10, 1995, p.216.

⁵⁸ F. SANDER, “The Multi-door Court House: Settling Disputes in the Year 2000”, *Barrister* 3, 1976, p.18 et seq.; F. SANDER, “The Multidoor Court House”, *Conflict Resolution & Peacemaking*, 1983, pp.24-25; M. HERNANDEZ-CRESPO, “A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Court House”, *University of Saint Thomas Law Journal* 5, 2008, p.665 et seq.

⁵⁹ P. MARSHALL, “Would ADR Have Saved Romeo and Juliet”, *Osgoode Hall Law Journal* 36, 1998, p.795.

⁶⁰ J. RESNIK, “Failing Faith: Adjudicatory Procedure in Decline”, *The University of Chicago Law Review* 53, 1986, p.538.

⁶¹ C. McEWEN, “The ADR Movement: Theoretical Aspects and Practical Potential”, *Maine Law Review* 40, 1988, pp.367-368.

⁶² F. SANDER, “Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview”, *University of Florida Law Review* 37, 1985, pp.1-2.

⁶³ *Ibid.*, 3.

⁶⁴ A. SCOTT RAU/E. SHERMAN/S. PEPPET, *Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers*/New York, Thomson-West, 2006, p.530.

⁶⁵ N. ALEXANDER, *International and Comparative Mediation*/The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009, pp.8-9.

⁶⁶ C. MOLINEAUX, “The Role and Development of Alternative Dispute Resolution in the United States”, en *Commercial Dispute Resolution*, A. MARTIN/J. HIGGINS (eds.)/London, Construction Law Press, 1996, p.216.

⁶⁷ A. DAVIS/H. GADLIN, “Mediators Gain Trust the Old-Fashioned Way—We earn it!”, *Negotiation Journal*, 1988, p.62.

⁶⁸ P. LONGO, *Arbitraje y Sistema Constitucional de Justicia*/Caracas, Frónesis, 2004, pp.87-95.

⁶⁹ R. ACKERMAN, “ADR: An Appropriate Alternative?”, *Willamette Law Review* 33, 1997, p.498.

⁷⁰ Entre ellos, C. MENKEL-MEADOW, “Ethics in ADR: The Many ‘Cs’ of Professional Responsibility and Dispute Resolution”, *Fordham Urban Law Journal* 28, 2001, pp.979-980; N. ANTAKI, “Cultural Diversity and ADR Practices in the World”, en *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, J.C GOLDSMITH/A. INGEN-HOUSZ/ G. POINTON (eds.)/ The Netherlands, Kluwer Law, 2006, p.271.

21. Se ha dicho también que no todo conflicto es idéntico,⁷¹ y por lo tanto, que la selección de un mecanismo no jurisdiccional debería llevarse a cabo a partir de un auténtico criterio de selección, cuestión que podría llegar a ser determinada de acuerdo con: (1) la naturaleza del conflicto, (2) la tipología de la relación existente entre los sujetos del conflicto, (3) la cantidad reclamada, (4) los costos relacionados con su terminación, (5) la celeridad del mecanismo y (6) los intereses y las necesidades de las partes.⁷² De suerte que, luego de haber categorizado el conflicto e identificado esos elementos, será posible después tomar una decisión con respecto a cuáles son las distintas opciones y cuál podría llegar a ser la más «apropiada» de ellas.⁷³

22. En general, las expresiones «Resolución Apropriadada de Disputas» y «Resolución Alternativa de Disputas» pueden ser cuestionadas a partir de una misma proposición, pues, desde un punto de vista estrictamente literal, ambas locuciones son terminológicamente excluyentes de los supuestos de «prevención», «manejo» y «solución» de conflictos intersubjetivos,⁷⁴ y argumentos similares podrían ser utilizados para cuestionar las siglas MARC y MASC. De manera que, temáticamente, y sin menospreciar las contribuciones académicas en las que se ha intentado redefinir las siglas ADR, poco importa cuál sea la más acertada de ellas,⁷⁵ porque, en el derecho continental, es posible afirmar que, para el jurista, el tema de los mecanismos distintos al proceso y potencialmente utilizables a los fines de «prevenir», «manejar», «resolver» o «solucionar» un determinado conflicto intersubjetivo, puede ser suficientemente examinado a partir de la noción de «mecanismos no jurisdiccionales» y sin reparar en menudencias rodeadas de imperfecciones conceptuales que tienen su origen en la doctrina del *common law*.

23. La idea de utilizar mecanismos distintos al proceso, por lo tanto, se encuentra íntimamente relacionada con el tema de aquello que ha sido denominado por algunos como instrumentos de «justicia no jurisdiccional»,⁷⁶ un concepto que se halla estrechamente vinculado con la idea de hacer justicia mediante el empleo de un incontable número de mecanismos en donde, técnicamente hablando, no hay «acción», «jurisdicción» y mucho menos «proceso». En los países del *common law*, se ha venido señalando que no tiene sentido seguir haciendo uso de este último como instrumento «único» de solución de conflictos.⁷⁷ Es importante recordar que existe toda una plétora de mecanismos no jurisdiccionales que, en muchos casos, podrían llegar a ser más apropiados, e incluso, más efectivos que el proceso mismo.⁷⁸ De manera que la noción de «acceso a los órganos jurisdiccionales» (*right of access to courts*) no debe ser confundida con el concepto de «acceso a la justicia» (*right of access to the justice system*).⁷⁹

24. Intentar definir a la justicia como si se tratase de un «producto exótico» que sólo puede llegar a ser distribuido de manera exclusiva por parte del Estado y en ejercicio de su función jurisdic-

⁷¹ R. HOGAN, "ADR: Adding Extra Value to Law", *Arbitration* 78, 2012, p.247.

⁷² C. MENKEL-MEADOW, "Introduction: What Will We Do When Adjudication Ends", *UCLA Law Review* 44, 1997, p.1616; C. MENKEL-MEADOW, "Maintaining ADR Integrity", *Alternatives* 27, 2009, p.7; R. FISHER/W. URY/B. PATTON, *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving in*/London, Penguin Books, 2011, pp.1-194.

⁷³ C. MENKEL-MEADOW, "Do the "Haves" Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems: Repeat Players in ADR", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 15, 1999, pp.23-24.

⁷⁴ J. FLEISCHER, "One Size Does Not Fit All: Differentiating ADR Processes", *South Texas Law Review* 49, 2008, p.1039.

⁷⁵ S. ROBERTS, "Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: An Unresolved Relationship", *The Modern Law Review* 56, 1993", p.452.

⁷⁶ JC. BETANCOURT, "Medios Alternativos de Resolución de Conflictos en la Unión Europea y la Fenomenología de su Constitucionalización", *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 2, 2012, p.434.

⁷⁷ G. APPLEBEY, "Alternative Dispute Resolution and the Civil Justice System", en *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, K. MACKIE (ed.)/London, Routledge, 1991, p.41.

⁷⁸ C. HARRINGTON, *Shadow Justice: The Ideology and Institutionalization of Alternatives to Court*/Westport, Connecticut, Greenwood Press, 1985, p.16.

⁷⁹ D. BRENNER, "The Right of Access to Civil Courts under State Constitutional Law: An Impediment to Modern Reforms, or a Receptacle of Important Substantive and Procedural Rights", *Rutgers Law Journal* 13, 1982, pp.399-427. M. ABRAM, "Access to the Judicial Process", *Georgia Law Review* 6, 1972, pp.247-267; S. TATE, "Access to Justice", *American Bar Association Journal* 65, 1979, pp.904-907; C. ANDREWS, "A Right of Access to Court under the Petition Clause of the First Amendment: Defining the Right", *Ohio State Law Journal* 60, 1999, pp.557-691.

cional no sería más que una visión astigmática de dicho ideal.⁸⁰ Sería un error asumir que la justicia, o que el mantenimiento del orden, solamente se pueden obtener mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales. Estos órganos deberían ser vistos no como un elemento único, sino como uno de los componentes esenciales de un complejo sistema orientado a mantener el orden,⁸¹ pues es evidente que si el Estado se viera llamado a «solucionar» todos y cada uno de los conflictos que se suscitasen dentro de una determinada sociedad, específicamente, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, los órganos jurisdiccionales terminarían por sufrir el mayor, o posiblemente, el más catastrófico de los colapsos que jamás se haya registrado.⁸²

25. De manera que, objetivamente, la noción de mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos intersubjetivos debe ser entendida no como una panacea,⁸³ y mucho menos como una forma de suplir a los órganos encargados de ejercer la función jurisdiccional porque hay conflictos que, por su naturaleza, exigen ser solucionados a partir del ejercicio de dicha función.⁸⁴ La idea de promover una mayor utilización de dichos mecanismos, por lo tanto, no es más que una política de aplicación de otros métodos permitidos por el derecho y a través de los cuales se puede también garantizar el mantenimiento del orden sin necesidad de hacer uso del proceso.⁸⁵

26. Si la utilización de tales mecanismos ha contribuido o no para mejorar el acceso a la justicia,⁸⁶ es algo que debe ser revisado en otra ocasión, pero lo cierto es que, a medida que los potenciales usuarios del sistema de administración de justicia se incrementan,⁸⁷ todo parece indicar que para el profesional del derecho ya no será suficiente conocer solamente cómo funciona el proceso,⁸⁸ o en general, como se lleva a cabo el ejercicio de la función jurisdiccional, sino también repensar con respecto al funcionamiento y al posible empleo de los mecanismos no jurisdiccionales como «otras formas» de mantener el orden⁸⁹ o, tal vez, como otras formas de hacer justicia,⁹⁰ cuestión que le ha dado nacimiento a un sistema de justicia integral.⁹¹

II. Características

27. Los mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos, por lo general, no son formas congénitas de la función estatal, sino instrumentos reconocidos por el Derecho que pueden ser utilizados por los sujetos del conflicto para: (1) proteger derechos e intereses capaces de ser jurídicamente tutelados, e incluso, intereses subyacentes que no necesariamente gozan de relevancia jurídica, pero que influyen de una u otra forma en la potencial prevención o terminación del conflicto; (2) prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos a través del procedimiento más apropiado; (3) utilizar las normas jurídicas como herramientas legislativas que determinan el modo en el cual debe ser solucionado el conflicto o, también, como parámetros normativos que

⁸⁰ A. McTHENIA/Th. SHAFFER, "For Reconciliation", *The Yale Law Journal* 94, 1985, pp.1660-1668.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² F. SANDER, "Observations Regarding the Symposium Discussion and Thoughts About the Future of Alternative Dispute Resolution", *A Study of Barriers to the Use of Alternative Methods of Dispute Resolution*/Vermont Law School, South Royalton, 1984, p.102.

⁸³ I. KAUFMAN, "Reform for a System in Crisis: Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts", *Fordham Law Review* 59, 1991, p.37.

⁸⁴ J. LIEBERMAN/J. HENRY, "Lessons from the Alternative Dispute Resolution Movement", *The University of Chicago Law Review* 53, 1986, p.433.

⁸⁵ R. ABEL, *The Politics of Informal Justice*, vol. 1/New York, Academic Press, 1982, p.267 et seq.

⁸⁶ D. LUBAN, "The Quality of Justice", *Denver University Law Review* 66, 1989, pp.381-417.

⁸⁷ R. CHERNICK, "ADR Comes of Age: What Can We Expect in the Future", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 4, 2004, p.192.

⁸⁸ J. FOLBERG et al., *Resolving Disputes: Theory, Practice, and Law*/New York, Wolters Kluwer, 2010, p.1.

⁸⁹ R. POUND, "The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice", *Baylor Law Review* 8, 1956, p.1; L. FULLER, "The Forms and Limits of Adjudication", *Harvard Law Review* 92, 1979, p.363.

⁹⁰ J. REDORTA, "La Justicia del Futuro", en *Courts and Mediation: New Paths for Justice*, 2011, pp.1-11.

⁹¹ S. BARONA VILAR, *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el Actual Paradigma de Justicia*/Pamplona: Thomson Reuters, 2016, p.54.

instituyen cuáles son los límites de actuación de los sujetos del conflicto; (4) participar en la elección de los terceros imparciales intervinientes; (5) hacer uso de sus propios recursos a los fines de prevenir, manejar, resolver o solucionar el conflicto; y (6) limitar o extender su nivel de participación y, además, el de sus representantes. En este sentido, interesa entonces revisar, con mayor detalle, cada una de las peculiaridades a las cuales se ha hecho mención.

1. Proteger derechos e intereses capaces de ser jurídicamente tutelados, e incluso, intereses subyacentes que no necesariamente gozan de relevancia jurídica, pero que influyen de una u otra forma en la potencial prevención o terminación del conflicto

28. Las normas jurídicas, en general, contienen todo un sinnúmero de «expectativas» destinadas a mantener el orden dentro de un grupo social. El cumplimiento de dichas expectativas debería ser suficiente para garantizar la buena correspondencia de unas personas con otras. Mientras que su incumplimiento podría terminar por generar un conflicto que, en muchos casos, sale a relucir dentro del contexto de una demanda, es decir, a partir de un acto jurídico que se presenta ante un órgano jurisdiccional y que tiene por objeto garantizar la satisfacción de una determinada pretensión con arreglo a una serie de normas jurídicas.⁹²

29. Desde el punto de vista socio-normativo, el conflicto intersubjetivo supone que haya: (1) interacción, (2) normatividad, (3) desviación y (4) percepción (*interaction, normativity, deviance and perception*).⁹³ Al analizar estos elementos, concretamente, desde una perspectiva esencialmente práctica, se observa que la interacción tiene que ver con el contacto jurídico-material, voluntario o involuntario, de dos o más personas. La normatividad se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan esa interacción. La desviación está vinculada con la verificación de un comportamiento contrario a lo establecido por la norma jurídica. Y la percepción podría ser descrita como la sensación que experimenta quien se ha visto afectado por esa desviación. De esta forma, el conflicto intersubjetivo no es más que una percepción de la violación de una expectativa normativa de comportamiento (*a perceived violation of a normative expectation of behaviour*).⁹⁴

30. En general, la contravención de dichas expectativas permite que quienes se consideren afectados a consecuencia de la realización de un acto que aparenta ser contrario a derecho puedan luego acudir ante un órgano jurisdiccional para que se determine si se ha quebrantado o no alguna de esas expectativas y para que, de ser constatada una situación de transgresión, se dicte una decisión que sirva para proteger los derechos o intereses de quienes hayan sido lesionados. La protección de tales derechos o intereses se verifica, indiscutiblemente, con arreglo a lo que dispone el ordenamiento jurídico.

31. Esto quiere decir que los órganos jurisdiccionales, en ejercicio de su potestad jurisdiccional, sólo pueden tutelar derechos o intereses jurídicamente protegidos con estricta sujeción a las normas que determinan el modo de su protección. En ejercicio de dicha labor, estos órganos han sido facultados para hacer uso del proceso y, al mismo tiempo, de uno o varios procedimientos que les permiten, por un lado, determinar si se ha vulnerado o no esa «expectativa normativa de comportamiento» y, por el otro, aplicar las normas jurídicas destinadas a satisfacer tal expectativa.

32. Ahora bien, cuando se acude ante un órgano jurisdiccional, no es necesario indagar cuáles son las razones que motivaron el incumplimiento y, mucho menos, por qué no se utilizó un mecanismo distinto al proceso o, menos aún, cuáles serán los efectos colaterales de haber acudido por ante un órgano jurisdiccional, pues el Estado puede perfectamente «solucionar» el conflicto sin necesidad de

⁹² W. FELSTINER/R. ABEL/A. SARAT, “The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...”, *Law and Society* 15, 1981, pp.631-654.

⁹³ JC. BETANCOURT, “The Anatomy of Disputes: An Analysis of the Progression of Conflicts into Full Disputes”, Tesis de Maestría, University College London. Trabajo no publicado, 2009.

⁹⁴ *Ibid.*

adentrarse a conocer estos detalles. Asimismo, poco importa cuáles son los intereses subyacentes de los sujetos del conflicto.⁹⁵ Es decir, importa poco si el conflicto tiene su origen en la escasez de recursos, en el mantenimiento de la reputación de una de las partes, en un malentendido, en el rompimiento de una relación comercial, en principios de carácter moral o, en fin, en la sola insolencia de cualquiera de los sujetos del conflicto.⁹⁶

33. En muchos casos, sin embargo, la satisfacción de los intereses subyacentes, o dicho de otra forma, la identificación de algunos de los elementos que, de una u otra manera, contribuyen con la existencia del conflicto,⁹⁷ podría llegar a facilitar su terminación.⁹⁸ La tarea de explorar conjuntamente con la de satisfacer dichos intereses difícilmente se verifica mediante la utilización del proceso o a través de cualquier otro mecanismo de «solución» de conflictos,⁹⁹ mientras que el uso de mecanismos no jurisdiccionales, verbigracia, de mecanismos tales como la negociación¹⁰⁰ y la mediación,¹⁰¹ por mencionar solo algunos, pueden ser de gran utilidad cuando se trata de identificar y de proteger estos intereses.¹⁰²

2. Prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos a través del procedimiento más apropiado

34. Los mecanismos no jurisdiccionales pueden ser utilizados con fines diversos, pero las tareas de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos intersubjetivos son, probablemente, un conjunto de labores inescindibles dentro de su conceptualización.¹⁰³ A partir de la terminología que se ha venido utilizando, ya desde hace cierto tiempo, en los países del *common law*,¹⁰⁴ es posible afirmar que la tarea de «prevenir» un conflicto (*dispute prevention*), se halla íntimamente relacionada con todas aquellas medidas o iniciativas destinadas a minimizar que una determinada situación, desacuerdo o malentendido termine por transformarse en conflicto. La tarea de «manejar» un conflicto (*dispute management*), por el contrario, tiene que ver con la idea de identificar o de seleccionar¹⁰⁵ el mecanismo, o según el caso, la combinación de mecanismos que mejor se adecúen para lograr la terminación de un conflicto existente o futuro,¹⁰⁶ cuestión que, esencialmente, tiene por objeto resolver o solucionar dicho conflicto.¹⁰⁷

35. Así, la tarea de «resolver» un conflicto (*dispute resolution*) se refiere a la utilización de un mecanismo que permita que los sujetos del conflicto participen directa o indirectamente en el procedi-

⁹⁵ C. MENKEL-MEADOW, “Correspondences and Contradictions in International and Domestic Conflict Resolution: Lessons from General Theory and Varied Contexts”, *Journal of Dispute Resolution* 2, 2003, pp.342-343.

⁹⁶ C. MENKEL-MEADOW, “When Winning Isn’t Everything: The Lawyer as a Problem Solver”, *Hofstra Law Review* 28, 2000, pp.909-910.

⁹⁷ C. POVIS, “Interests vs. Positions”, *Negotiation Journal*, 1996, pp.305-323.

⁹⁸ J. RUBIN, “Some Wise and Mistaken Assumptions about Conflict and Negotiation”, *Journal of Social Issues* 45, 1989, pp.196-197.

⁹⁹ C. MENKEL-MEADOW, “Ethics in Alternative Dispute Resolution: New Issues, No Answers from the Adversary Conception of Lawyers’ Responsibilities”, *South Texas Law Review* 38, 1997, p.417.

¹⁰⁰ B. PATTON, “Negotiation”, en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFIT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.279.

¹⁰¹ K. KOVACK, “Mediation”, en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFIT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.304.

¹⁰² C. MENKEL-MEADOW, “Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving”, *UCLA Law Review* 31, 1984, pp.754-842; D. LAX/J. SEBENIUS, “Interests: The Measure of Negotiation”, *Negotiation Journal*, 1986, pp.73-92; J. SINGER, “Tales of the Bazaar: Interest-Based Negotiations Across Cultures”, *Negotiation Journal*, 2002, pp.233-250.

¹⁰³ S. FISHER et al., *Working with Conflict: Skills and Strategies for Action*/Birmingham, Zed Books, 2000, p.7; E. GREEN, “Corporate Alternative Dispute Resolution”, *Journal on Dispute Resolution* 1, 1986, p.223.

¹⁰⁴ JC. BETANCOURT/J. CROOK (eds.), *ADR, Arbitration, and Mediation: A Collection of Essays*/Bloomington: AuthorHouse, 2014, p.xxi.

¹⁰⁵ T. STIPANOWICH, “Contract and Conflict Management”, *Wisconsin Law Review*, 2001, pp.831-917.

¹⁰⁶ En cuanto a la noción de manejo de conflictos en sentido amplio, véase C. ALLRED, “The Anatomy of Conflict: Some Thoughts on Managing Staff Conflict”, *Law Library Journal* 79, 1987, pp.23-29; M. BURGOON/ F. HUNSAKER/E. DAWSON, *Human Communication*/London, Sage Publications, 1994, pp.358-361.

¹⁰⁷ J. BERCOVITCH, *Social Conflicts and Third Parties: Strategies of Conflict Resolution*/Colorado, Westview Press, 1984, p.11; M. MILLS, “Overview and Implications of Alternative Dispute Resolution”, *Policy Studies Journal* 16, 1988, p.493.

miento de toma de decisiones que terminen por satisfacer, total o parcialmente, las pretensiones de las partes (*joint decision making*).¹⁰⁸ La noción de resolución comporta además un ideal de satisfacción recíproca entre ambas. La tarea de «solucionar» un conflicto (*dispute settlement*) se halla vinculada con el empleo de un mecanismo en el cual la terminación del conflicto se deja en manos de un tercero que goza de facultades decisorias¹⁰⁹ (*third-party decision making*).¹¹⁰ Poco importa si los sujetos del conflicto están o no completamente satisfechos con la decisión dictada por el tercero.

36. Para explicar mejor este último punto, puede que tenga sentido ejemplificar esto de la diferencia que existe en «resolver» y «solucionar» un conflicto. La mediación, por ejemplo, es un mecanismo de «resolución» de conflictos (*a dispute resolution mechanism*), en tanto que son los propios sujetos del conflicto quienes, con la ayuda de un tercero (el mediador), deciden cómo ponerle fin al conflicto en cuestión. La función del mediador no es dictar una decisión, sino, simplemente, facilitar una negociación entre los mismos. El ideal de satisfacción recíproca al cual se ha hecho alusión se manifiesta en función de que la decisión de resolver el conflicto proviene de las propias partes y no de un tercero. El arbitraje, por el contrario, es un mecanismo de «solución» de conflictos (*a dispute settlement mechanism*), en tanto que, en este caso, no son las partes, sino un tercero (el árbitro), a quien le corresponde dictar una decisión (o laudo arbitral) que le pone fin al conflicto. La función del árbitro, a diferencia de la función del mediador, no es resolver, sino solucionar el conflicto a través de una decisión. En este caso, lo más seguro es que la parte perdedora no quede (total o parcialmente) satisfecha con la decisión que se haya dictado en sede arbitral, razón por la cual se termina descartando la posibilidad de alcanzar aquel ideal de satisfacción recíproca que, normalmente, se obtiene mediante el empleo de un mecanismo de resolución de conflictos. Exactamente lo mismo sucede en aquellos casos en los cuales la solución del conflicto se verifica en sede jurisdiccional.

37. Ahora, es importante abrir un pequeño paréntesis para dejar claro que, desde el punto de vista del derecho procesal contemporáneo, la tarea de solucionar un conflicto en ejercicio de la «función arbitral» no puede ser confundida con la tarea de solucionar un conflicto en ejercicio de la «función jurisdiccional». La primera de ellas es de origen contractual, mientras que la segunda de ellas es de origen constitucional. En España, Manuel SERRA DOMÍNGUEZ comenta, entre otras cosas, que la ‘trilogía *«jurisdicción, acción y proceso»* ha marcado el nacimiento y desarrollo de la ciencia procesal a lo largo de todo el siglo XX’.¹¹¹ Hoy por hoy, es claro que sería un error o, probablemente, un retroceso conceptual utilizar expresiones tales como *«jurisdicción arbitral»*, *«acción arbitral»* o *«proceso arbitral»*, fundamentalmente porque las nociones de acción, jurisdicción y proceso pertenecen a la ciencia procesal. Al analizar el tema de los mecanismos de heterocomposición de conflictos en general, se ha comentado, con acierto, que el *arbitraje* es ‘la vía más utilizada a la hora de esquivar un *proceso*’.¹¹² Al examinar el tema de sus alternativas, se ha resaltado también que la ‘ciencia procesal se ha ocupado [...] de aquilatar al máximo sus diferencias con otras soluciones para la decisión de controversias’.¹¹³ Por ello se habla de ‘alternativas al proceso’.¹¹⁴ Empero, hay trabajos de reconocido prestigio en donde se habla de *«proceso arbitral»*, posiblemente porque el Tribunal Constitucional español ha dicho que el

¹⁰⁸ W. ZARTMAN, “Negotiation as a Joint Decision-Making Process”, *The Journal of Conflict Resolution* 21, 1977, pp.619-638.

¹⁰⁹ J. BURTON, *Conflict and Communication: The Use of Controlled Communication in International Relations*/New York: Free Press, 1969, p.171; B. HILL, “An Analysis of Conflict Resolution Techniques: From Problem-Solving Workshops to Theory”, *Journal of Conflict Resolution* 26, 1982, p.115; J. BURTON, citado por G. TILLET, *Resolving Conflict: A Practical Approach*/Oxford: Sydney University Press, 1991, p.9.

¹¹⁰ R. BILDER, “International Third Party Dispute Settlement”, *Denver Journal of International Law and Policy* 17, 1989, pp.474-475.

¹¹¹ SERRA DOMÍNGUEZ, *supra*, nota a pie de página número 11, contraportada.

¹¹² M. VELARDE ARAMAYO/R. SASTRE IBARRECHE, “Mecanismos de Heterocomposición de Conflictos: Del Arbitraje a los «ADR»”, en *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación*, M. VELARDE ARAMAYO (coord.)/Salamanca, Ratio Legis, 2006, p.11 (cursivas añadidas).

¹¹³ E. PEDRAZ PENALVA, *Arbitraje Mediación Conciliación*/Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, p.34.

¹¹⁴ R. HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de Solución Extrajurisdiccional de Conflictos* (coord.)/Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p.13.

arbitraje es un equivalente jurisdiccional.¹¹⁵ Exactamente lo mismo sucede en el caso de la legislación arbitral venezolana, en donde el legislador, curiosamente, hace uso de la expresión «proceso arbitral» y «procedimiento arbitral» tal y como si se tratara de expresiones sinónimas.¹¹⁶ No obstante, la expresión proceso arbitral termina siendo categóricamente inadecuada, puesto que como acertadamente lo explica Rafael ORTIZ-ORTIZ, el ‘proceso es el conjunto de relaciones que se produce cuando la *acción* de los particulares se pone en contacto con la *jurisdicción* ejercida por el Estado para el conocimiento, decisión y ejecución de los intereses y derechos tutelados por el ordenamiento jurídico’.¹¹⁷ Tampoco tendría sentido matizar el asunto intentando hacer una distinción entre los vocablos «proceso judicial» y «proceso arbitral». El primero de ellos termina siendo un auténtico pleonasma y el segundo de ellos podría ser catalogado como una mera *contradictio in terminis*. De manera que lo correcto es hablar de «procedimiento arbitral» y no de «proceso arbitral». Al examinar la posición de quienes consideran que el arbitraje es un equivalente jurisdiccional, Paolo LONGO logra persuasivamente dar al traste con ellos manifestando, *inter alia*, que si bien es cierto que ‘los efectos del laudo arbitral son los mismos que el ordenamiento jurídico le otorga a las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada’, también es cierto que ‘el hecho de asignarle a las decisiones de los árbitros iguales efectos que una sentencia, no hace que los laudos se conviertan en decisiones judiciales’.¹¹⁸ Algo parecido podría decirse con respecto a la transacción que suele ser celebrada por las partes a partir de una mediación, la cual, al igual que el laudo arbitral, adquiere fuerza de cosa juzgada, pero no por ello justificaría el uso de la expresión «proceso de mediación».

38. Pues bien, las limitaciones relacionadas con el desempeño de las tareas de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos, al ser contrastadas con el ejercicio de la función jurisdiccional, son evidentes. Los órganos jurisdiccionales, excepcionalmente, desempeñan funciones de carácter «preventivo». En efecto, dichos órganos podrían desempeñar funciones de prevención para evitar la ocurrencia de un daño inminente, para proteger derechos o intereses que deban ser salvaguardados de manera inmediata, para impedir que la ejecución del fallo termine siendo ilusoria, etcétera. Sin embargo, tales órganos, por lo general, son llamados a intervenir a los fines de «solucionar» un conflicto existente, pero, en ningún caso, para «manejar» o para «resolver» dicho conflicto.

39. En ejercicio de la función jurisdiccional, pareciera que, por lo general, el Estado está obligado a «solucionar» los conflictos que se susciten a través de una sentencia y de su posterior ejecución. Hay casos en los cuales se exige que los sujetos del conflicto participen en un acto de auto-composición como presupuesto para la admisibilidad de la pretensión, o también, como requisito para la continuación del procedimiento, pero lo cierto es que, en la mayoría de los supuestos, la potencial utilización de un mecanismo «no jurisdiccional» es un asunto que, para los órganos jurisdiccionales, carecería de relevancia. La versatilidad de los mecanismos no jurisdiccionales, por el contrario, permite que los particulares puedan participar en la elección, o dependiendo de las circunstancias, en el diseño¹¹⁹ de uno o varios mecanismos, es decir, de toda una diversidad de mecanismos que les permitan prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto mediante el empleo del mecanismo más apropiado.

¹¹⁵ M. GONZALO QUIROGA/FJ. GORJÓN GÓMEZ (eds.), *Métodos Alternos de Solución de Conflictos: Herramientas de Paz y Modernización de la Justicia*/Madrid: Dykinson, 2011, p. 286; M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos: Una Visión Jurídica*/Madrid: Reus 2009, p.105. Véase, también, BARONA VILAR, *supra*, nota a pie de página número 22, p.215.

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, Ley de Arbitraje Comercial publicada en la Gaceta Oficial número 36 430 de 7 de abril de 1998, Artículos 29 y 42.

¹¹⁷ ORTIZ-ORTIZ, *supra*, nota a pie de página número 15, p.439.

¹¹⁸ LONGO, *supra*, nota a pie de página número 68, p.110.

¹¹⁹ L. BINGHAM, “Why Suppose? Let’s Find Out: A Public Policy Research Program on Dispute Resolution”, *Journal of Dispute Resolution* 1, 2002, pp.101-126; S. SMITH/J. MARTINEZ, “An Analytic Framework for Dispute Systems Design”, *Harvard Negotiation Law Review* 14, 2009, pp.123-169.

3. Utilizar las normas jurídicas como herramientas legislativas que determinan el modo en el cual debe ser solucionado el conflicto o, también, como parámetros normativos que instituyen cuáles son los límites de actuación de los sujetos del conflicto

40. Cuando los sujetos del conflicto acuden ante los órganos jurisdiccionales con el fin de ver protegidos sus derechos o intereses, el Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, «soluciona» el conflicto por medio de la aplicación de normas jurídicas que, de una u otra forma, determinan si la pretensión debe ser declarada total o parcialmente procedente o, simplemente, improcedente. En consecuencia, el proceso puede ser visto como un instrumento de carácter esencialmente binario¹²⁰ en el cual se da por terminado un conflicto a través de la declaración figurativa de una «parte ganadora» y una «parte perdedora»,¹²¹ una situación que puede observarse no solamente cuando se hace uso del proceso, sino también cuando se utiliza cualquier otra clase de mecanismo de «solución» de conflictos.

41. La popularización de la distinción, hasta cierto punto deportiva, entre «ganar» o «perder» dentro del proceso es quizá una muestra flagrante de sus limitaciones como forma de terminación del conflicto. Desde el punto de vista de los sujetos del conflicto, e incluso, de sus abogados, pareciera que cuando estos acuden ante un órgano jurisdiccional lo importante no es en realidad que «se haga justicia», sino simplemente «obtener una decisión favorable».¹²² Pero hay supuestos en los cuales establecer una competencia «deportivo-procesal» en la que participan los sujetos del conflicto a través de sus representantes o apoderados, conjuntamente con esa fórmula tradicional que le permite al Estado, metafóricamente hablando, premiar a un «ganador» y reprender a un «perdedor» podría no ser la forma más apropiada.¹²³

42. La teoría deportiva de la justicia (*the sporting theory of justice*) pareciera tener su origen en el *common law*, específicamente, en los Estados Unidos, en donde el sistema de administración de justicia parecía ser visto como una especie de actividad en el cual se debía participar hasta el final.¹²⁴ Pero el proceso no puede ser visto como un «pasatiempo»¹²⁵ o como una forma de entretenimiento similar a la de los juegos del circo romano en donde se glorificaba al «ganador» y se ignoraba al «perdedor», sino como una forma de interacción que se encuentra sujeta a una serie de reglas destinadas a facilitar la terminación de un determinado conflicto. La falta de adecuación del sistema binario «ganador vs perdedor» como instrumento capaz de ofrecer otras formas de mantener el orden justifica el examen de toda una gran variedad de mecanismos distintos al proceso.¹²⁶ Los mecanismos no jurisdiccionales permiten expandir el margen de utilidad que proporcionan las normas jurídicas como herramientas para la terminación de una situación de conflicto.¹²⁷ Algunos de ellos permiten incluso maximizar las posibilidades de satisfacción recíproca, e incluso, terminar el conflicto de una forma consensuada, prescindiendo así de la clásica, pero sobre todo competitiva distinción entre un «ganador» y un «perdedor». La sola posibilidad de «resolver» en lugar de simplemente «solucionar» un conflicto permite que se haga uso de la creatividad para confeccionar una salida que no sea producto de la mera ejecución de las normas jurídicas aplicables.¹²⁸

¹²⁰ C. MENKEL-MEADOW, "Trouble with the Adversary System in a Postmodern, Multicultural World", *William & Mary Law Review* 38, 1996, pp.5-44.

¹²¹ F. KNEBEL/G. CLAY, *Before You Sue: How to Get Justice without Going to Court*/New York, William Morrow and Company, INC, 1987, pp.24-26.

¹²² A. SARAT, "Alternatives in Dispute Processing: Litigation in a Small Claims Court", *Law & Society*, 1976, p.364.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ R. POUND, "The Administration of Justice in the Modern City", *Harvard Law Review* 26, 1913, p.320.

¹²⁵ V. FAIRÉN GUILLÉN, *Teoría General del Derecho Procesal*/México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992, p.35.

¹²⁶ C. MENKEL-MEADOW, "Peace and Justice: Notes on the Evolution and Purposes of Legal Processes", *The Georgetown Law Journal* 94, 2006, pp.553-580.

¹²⁷ C. MENKEL-MEADOW, "Ex Parte Talks with Neutrals: ADR Hazards", *Alternatives to the High Costs of Litigation* 12, 1994, p.1.

¹²⁸ R. BARUCH/J. FOLGER, "Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 27, 2012, pp.4-5.

43. Es importante mencionar que, con el fin de dar por terminado un conflicto, la aplicación de las normas jurídicas y de sus correspondientes correctivos no es más que una de tantas otras opciones disponibles. Esto tiene mucho que ver con las nociones de «normas supletorias» y «normas imperativas»,¹²⁹ nociones que, al ser analizadas desde una perspectiva no jurisdiccional, pueden servir para colegir que la estricta aplicación silogística o, si se quiere, mecanicista de las normas jurídicas no es una condición *sine qua non* para la terminación de un conflicto.

4. Participar en la elección de los terceros imparciales intervinientes

44. La función jurisdiccional forma parte de un complejo sistema de carácter esencialmente jerárquico¹³⁰ que ha sido básicamente diseñado para garantizar el acceso a los órganos jurisdiccionales y a los servicios prestados por parte del denominado Poder Judicial. La prestación del «servicio de solución de conflictos»,¹³¹ por llamarlo de alguna manera, se verifica dentro de un proceso en el cual un empleado o funcionario público que ha sido investido de potestad jurisdiccional determina cómo será solucionado el conflicto, cuestión que se lleva a cabo con arreglo a toda una serie de normas jurídicas. Normalmente, la elección de este funcionario se verifica de acuerdo con un procedimiento que ha sido diseñado para facilitar el nombramiento de un tercero que termina desempeñando una función que se halla intrínsecamente relacionada con la «competencia» del órgano jurisdiccional.

45. En general, la competencia del órgano se delimita de acuerdo con la materia, el lugar, la cuantía del asunto controvertido o, simplemente, de conformidad con alguna disposición expresa de la ley. Este órgano es permanente y puede ser unipersonal o colegiado y su constitución es anterior a la existencia del conflicto. Los sujetos del conflicto, por otra parte, no pueden tampoco elegir cuál será el órgano que conocerá de su pretensión, pues es el propio Estado a quien le corresponde determinar cuál o cuáles serán los órganos competentes, no solamente en primera instancia, sino también en las posteriores. En otras palabras, es el Estado, en ejercicio de su función jurisdiccional, quien decide de qué forma y quiénes están facultados para solucionar un determinado conflicto dentro de los órganos jurisdiccionales.

46. La inflexibilidad del Estado con respecto a la selección de las personas o de los órganos que ejercen funciones de carácter decisorio sólo se halla presente dentro del contexto de la función jurisdiccional y administrativa, pues en el caso de los mecanismos no jurisdiccionales el nombramiento de terceros imparciales intervinientes que pueden ser llamados a ejercer dichas funciones no está sujeto a semejantes limitaciones. La utilización de mecanismos no jurisdiccionales, en efecto, no es más que una manifestación del principio de la libertad de contratación, un principio que, entre otras cosas, permite que dos o más sujetos decidan cómo prevenir, manejar, resolver o solucionar sus conflictos.

47. Esto quiere decir que, cuando se hace uso de tales mecanismos, los terceros imparciales intervinientes podrían llegar a ser elegidos por las partes.¹³² El criterio para la selección de dichos terceros puede ser definido en función del número, profesión, credenciales, experiencia profesional, conocimiento de un área, o de cualquier otro requisito. En la práctica, el nombramiento de terceros imparciales puede ser efectuado no solamente por las partes mismas sino también, a falta de convenio, a través de una institución seleccionada por ambas partes que ofrezca servicios de nombramiento (*appointing authorities*). El nombramiento de estos terceros, por otra parte, podría también llegar a ser revocado por mutuo acuerdo. Esa posibilidad de poder elegir de qué forma, en dónde, e incluso, quién podría ayudar a las partes a prevenir, manejar, resolver o solucionar un conflicto es, a todas luces, uno de los principales atractivos de los mecanismos no jurisdiccionales.

¹²⁹ N. BARRY, *The French Law of Contract*/Oxford, Clarendon Press, 1992, pp.32-34.

¹³⁰ H. JEONG, *Conflict Management and Resolution: An Introduction*/London, Routledge, 2010, p.136.

¹³¹ W. BRAZIL, "Should Court-Sponsored ADR Survive", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 21, 2006, p.243.

¹³² C. MENKEL-MEADOW, "When Dispute Resolution Begets Disputes of Its Own: Conflicts Among Dispute Professionals", *UCLA Law Review* 44, 1997, p.1900.

5. Hacer uso de sus propios recursos a los fines de prevenir, manejar, resolver o solucionar el conflicto

48. A diferencia de lo que ocurre en los países del *common law*, puede decirse que, en los países en los cuales se acoge el sistema de derecho continental, la utilización del proceso, en apariencia, podría no representar una mayor secuela patrimonial para los sujetos del conflicto, pues todo parece indicar que los gastos que trae consigo la solución de conflictos a través del ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo los gastos relacionados con la prestación de servicios profesionales, son frecuentemente asequibles.¹³³ Frente a esa apariencia de «gratuidad» que al proceso se le atribuye, cualquiera podría verse hasta cierto punto desmotivado a llamar a un tercero imparcial para que provea servicios de prevención, manejo, resolución o solución de conflictos intersubjetivos.

49. La mayoría de estos servicios, como se verá más adelante, son prestados por parte de especialistas que han sido académicamente instruidos y suficientemente entrenados para desempeñar estas labores. Es posible que, al comienzo, algunos de ellos estén dispuestos a prestar sus servicios en forma gratuita mediante un estructurado programa de voluntariado.¹³⁴ También es posible que los honorarios de dichos especialistas sean parcialmente subsidiados por parte del Estado, pero en la mayoría de los casos son las partes mismas a quienes les corresponde cubrir los costos relacionados con la prestación de dichos servicios.

50. Adicionalmente, es importante recordar que cuando se hace uso de mecanismos no jurisdiccionales los sujetos del conflicto deben pagar no solamente por los servicios profesionales de esos terceros, sino también por los servicios de quienes les asisten o les representan. Asimismo, los sujetos del conflicto podrían también, dependiendo de las circunstancias, incurrir en gastos institucionales adicionales. De modo que, en la mayoría de los casos, lo cierto es que los gastos relacionados con todos estos servicios deben ser íntegramente cubiertos por parte de los sujetos del conflicto.

51. La cuestión de si el proceso es más o menos costoso que los mecanismos no jurisdiccionales es un tema metodológicamente complejo¹³⁵ y que, evidentemente, merece ser estudiado por separado, pero es posible afirmar que después de haber sopesado cuáles son las ventajas y desventajas de ambos, el problema de los recursos será sólo uno, y quizá, el menos importante de los aspectos a ser tomados en consideración al momento de decidir cuál es el mecanismo más apropiado.

6. Limitar o extender su nivel de participación y, además, el de sus representantes

52. La función jurisdiccional, por lo general, se desenvuelve mediante un sistema de participación indirecta. Es decir, el proceso ha sido estructurado de una forma en la cual se disminuye la participación directa de las partes y se le da primacía a la intervención de los profesionales que les asisten o les representan.¹³⁶ Las dificultades relacionadas con la existencia de todo un extraordinario complejo de normas jurídicas, conjuntamente con la exigencia de la capacidad de postulación y de toda una serie de tecnicismos lingüísticos¹³⁷ han hecho prácticamente imposible, o por lo menos, contraproducente, que se lleve a cabo la «defensa de la parte por sí misma».¹³⁸

¹³³ S. SHAVELL, "Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis", *The Journal of Legal Studies* 24, 1995, pp.1-28.

¹³⁴ F. SANDER, "Non-judicial Dispute Resolution", en *Common Law, Common Values, Common Rights: Essays on Our Common Heritage by Distinguished British and American Authors*/Chicago: ABA, 2000, p.312.

¹³⁵ R. COULSON, *How to Stay Out of Court*/New York, Crown Publishers, 1984, pp.14-17; J. ESSER, "Evaluations of Dispute Processing: We Do Not Know What We Think and We Do Not Think What We Know", *Denver University Law Review* 66, 1989, pp.499-562; L. FRIEDMAN, "Litigation and Society", *Annual Review of Sociology* 15, 1989, p.26.

¹³⁶ J. FOLBERG et al., *Resolving Disputes: Theory, Practice, and Law*/The Hague, Wolters Kluwer, 2010, p.7.

¹³⁷ P. BROOKER, "The "Juridification" of Alternative Dispute Resolution", *Anglo-American Law Review* 28, 1999, p.3.

¹³⁸ F. RAMOS MÉNDEZ, *El Sistema Procesal Español*/Barcelona, Atelier, 2010, pp.103-104.

53. Desde este punto de vista, es claro que el proceso es un instrumento que termina por aislar a los sujetos del conflicto creando así una especie de arena de interacción fundamentalmente litigiosa que, normalmente, acentúa los niveles de hostilidad y que, sin lugar a dudas, despersonaliza el conflicto para convertir a sus «protagonistas» en «espectadores» de las actuaciones desplegadas por sus abogados o representantes.¹³⁹ Los mecanismos no jurisdiccionales, por el contrario, permiten que las partes participen tanto directa como indirectamente en la toma de decisiones¹⁴⁰ destinadas a dar por terminado un conflicto.¹⁴¹ Nótese que la participación indirecta, *per se*, no es del todo cuestionable, pues hay casos en los que dicha forma de interacción podría llegar a ser la más apropiada de ellas. Pero es importante reflexionar con respecto a cuáles son las ventajas y desventajas de una mayor o menor forma de participación. También es importante tener claro que las tareas de representación o asistencia jurídica son esenciales, no solamente cuando se hace uso del proceso, sino también cuando se hace uso de mecanismos no jurisdiccionales.¹⁴² Lo reprochable es que los protagonistas se vean prácticamente obligados a solucionar sus conflictos a través del empleo de un mecanismo contencioso y, sobre todo, que se les haya, de una u otra manera, cercenado su derecho a participar activamente, o dicho de otro modo, que los sujetos del conflicto no hayan sido informados acerca de la existencia de otras «opciones» que les habrían garantizado un mayor grado de participación, sobre todo cuando se ha demostrado que los resultados que se obtienen a partir del empleo de los mecanismos de participación directa son cualitativamente más satisfactorios que aquellos en los cuales se participa de forma indirecta¹⁴³ y que, generalmente, los niveles de cumplimiento voluntario se incrementan a medida que aumentan los niveles de participación.¹⁴⁴

III. Ventajas y desventajas

55. Dentro del sistema de derecho continental, los mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos pueden ser catalogados como un conjunto de herramientas promisorias que valdría la pena escrutar. Los mecanismos no jurisdiccionales, como antes se dijo, no son un sustituto del proceso,¹⁴⁵ sino simplemente una serie de instrumentos «alternativos», o probablemente, un complemento¹⁴⁶ impregnado de muchas otras opciones destinadas a garantizar el mantenimiento del orden. La utilización de dichos mecanismos, sin embargo, sólo tendría sentido después de haber considerado cuáles son sus ventajas y desventajas,¹⁴⁷ pues es innegable que todos ellos pueden llegar a ser apropiados en muchísimos casos e inapropiados en algunos otros.¹⁴⁸

56. Desde luego que el éxito de tales mecanismos se halla también supeditado a varios otros factores que nada tienen que ver con sus ventajas y desventajas. Ellos son, en primer lugar, la adecuada elección¹⁴⁹ y el buen desempeño del tercero imparcial.¹⁵⁰ Y en segundo lugar, los niveles de preparación,

¹³⁹ J. AUERBACH, *Justice Without Law*/Oxford, OUP, 1983, p.12.

¹⁴⁰ T. TYLER, "The Psychology of Disputant Concerns in Mediation", *Negotiation Journal*, 1987, p.370; N. ZIMMERMAN/T. TYLER, "Between Access to Counsel and Access to Justice: A Psychological Perspective", *Fordham Urban Law Journal* 37, 2010, pp.473-507.

¹⁴¹ C. MENKEL-MEADOW, "Pursuing Settlement in an Adversary Culture: A Tale of Innovation Co-opted or 'The Law of ADR'", *Florida State University Law Review* 19, 1991, pp.6-8.

¹⁴² J. STERNLIGHT, "Lawyerless Dispute Resolution: Rethinking a Paradigm", *Fordham Urban Law Journal* 37, 2010, p.384.

¹⁴³ C. MENKEL-MEADOW, "When Litigation is Not the Only Way: Consensus Building and Mediation as Public Interest Lawyering", *Journal of Law and Policy* 10, 2002, pp.42-43.

¹⁴⁴ G. CHARNESS, "Alternative Dispute Resolution and the Settlement Gap", *Dispute Resolution: Bridging the Settlement Gap*, D. ANDERSON (ed.)/London, JAI Press, 1996, p.206.

¹⁴⁵ J. STERNLIGHT, "Is Alternative Dispute Resolution Consistent with The Rule of Law?", *DePaul Law Review* 56, 2007, p. 573.

¹⁴⁶ M. SHAW, "ADR and the Courts: Some Emerging Issues", *Journal of Contemporary Legal Issues* 3, 1990, p.155.

¹⁴⁷ J. WEIS, "Are Courts Obsolete?", *Notre Dame Law Review* 67, 1992, p.1387.

¹⁴⁸ J. STERNLIGHT, "Is Binding Arbitration a Form of ADR?: An Argument that the Term 'ADR' has begun to Outlive its Usefulness?", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2000, p.107.

¹⁴⁹ J. GUILL/E. SLAVIN, Jr., "Rush to Unfairness: The Downside of ADR", *Judges* 28, 1989, pp.9-10.

¹⁵⁰ W. PARK, "Is Arbitration Only As Good As The Arbitrator?: Status, Powers and Role of The Arbitrator", *ICC Dossiers* 8, 2011, pp.25-45.

experiencia y cooperación de sus usuarios.¹⁵¹ De modo que, para beneficiarse de sus potenciales beneficios, es necesario que los sujetos del conflicto¹⁵² y, según el caso, quienes les asisten o les representan conozcan suficientemente cuáles son y cómo funcionan estos mecanismos.

57. Igualmente, es importante tener claro cómo se lleva a cabo la tarea de seleccionar estos mecanismos,¹⁵³ cuáles son las diferencias entre hacer uso de «mecanismos de resolución» y «mecanismos de solución» de conflictos, cuáles son los trabajos preparatorios en uno u otro caso, etcétera. Asimismo, es necesario tomar en cuenta que los mecanismos destinados a prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto podrían llegar a beneficiar o a perjudicar a los sujetos del conflicto dependiendo de las circunstancias que se encuentran en torno a cada uno de dichos sujetos.¹⁵⁴

58. En la mayoría de los casos, lo normal, o quizá lo más frecuente, es que los sujetos del conflicto no estén al tanto de cuáles son las opciones distintas al proceso,¹⁵⁵ y mucho menos, de cuáles podrían llegar a ser sus potenciales ventajas y desventajas. De manera que serán sus abogados a quienes les corresponda presentar el catálogo o, tal vez, construir un listado contentivo de varias opciones que, al mismo tiempo, sirva para determinar las ventajas y desventajas de cada una de ellas¹⁵⁶ para poder luego decidir cuál de todas es la más apropiada.¹⁵⁷ Algunos sugieren que, al momento de seleccionar un mecanismo determinado, es importante establecer: (1) cuál de ellos proporciona el mejor de los rendimientos en función de tiempo, costos y potenciales beneficios, (2) cuáles son los efectos cualitativos relacionados con la posible utilización y los resultados de uno y otro,¹⁵⁸ e incluso, (3) hasta qué punto será necesario hacer uso de un mecanismo que permita tutelar intereses patrimoniales y no patrimoniales.¹⁵⁹ Aunque dicha labor, a primera vista, pareciera no estar rodeada de obstáculos irremovibles, lo cierto es que, en la práctica, la carencia de información con respecto a cuáles son y cómo funcionan cada uno de estos mecanismos ha terminado por generar un elevado nivel de reluctancia, o quizá, de escepticismo hacia el empleo de herramientas distintas al proceso, cuestión que posiblemente se justifique a partir de la antiquísima estructura contenciosa de la formación académico-profesional de los abogados. Sin embargo, hoy en día, la situación es diferente, a tal punto que sería prácticamente irracional dejar de explorar dichas herramientas y su extenso margen de utilidad.

59. Es interesante recalcar que quienes se hallan verdaderamente familiarizados con la forma en la cual funcionan los mecanismos no jurisdiccionales y con sus potenciales ventajas son más propicios a sugerir que se haga uso de ellos.¹⁶⁰ Mientras que, en la mayoría de los casos, quienes se hallan en contra de la utilización de dichos mecanismos son aquellos que no conocen, o que conocen muy poco, sobre esta materia. De manera que quienes se muestran renuentes a examinar cuáles son, cómo funcionan y cómo se hace uso de mecanismos no jurisdiccionales están prácticamente obligados a actualizarse.

60. Algunos señalan, en términos muy generales, que la utilización de mecanismos no jurisdiccionales podría llegar a ser de gran interés en aquellos casos en los cuales: (1) es importante que se obtenga una pronta, pero no inmediata terminación del conflicto, (2) los sujetos del conflicto desean

¹⁵¹ Cfr., T. CARVER/A. VONDRÁ, "Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does", *Harvard Business Review*, 1994, p.121.

¹⁵² NADRAC, *Your Guide to Dispute Resolution/Australia*, 2012, p.21 et seq.

¹⁵³ F. SANDER/S. GOLDBERG, "Making the Right Choice", *ABA Journal*, 1993, pp.66-68; F. SANDER/L. ROZDEICZER, "Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach", *Harvard Negotiation Law Review* 11, 2006, pp.1-41.

¹⁵⁴ J. MASHAW, "Administrative Due Process: The Quest for a Dignitary Theory", *Boston University Law Review* 61, 1981, p.900.

¹⁵⁵ S. GOLDBERG/E. GREEN/F. SANDER, "ADR Problems and Prospects: Looking to the Future", *Judicature* 69, 1986, p.291.

¹⁵⁶ Alberta Law Reform Institute, *Dispute Resolution: A Directory of Methods, Projects and Resources/Edmonton*, 1990, pp.1-66.

¹⁵⁷ R. McLAREN/J. SANDERSON, *Innovative Dispute Resolution: The Alternative/Scarborough*, Carswell, 1994, pp.1-1, 1-4.

¹⁵⁸ M. GALANTER, "Introduction: Compared to What? Assessing the Quality of Dispute Processing", *Denver University Law Review* 66, 1989, pp.xi-xiv.

¹⁵⁹ D. SHESTOWSKY, "Misjudging: Implications for Dispute Resolution", *Nevada Law Journal* 7, 2007, p.488.

¹⁶⁰ F. SANDER, "Some Concluding Thoughts", *Journal of Legal Education* 54, 2004, p.116.

participar activamente en la toma de una decisión que le ponga fin al conflicto, (3) las partes desean hacer uso de un mecanismo que les ofrezca un cierto nivel de confidencialidad, (4) las partes desean ejercer un mayor control sobre la forma en la cual se maneja el conflicto, (5) se quiere evitar la fijación de un precedente que tendría poca trascendencia, (6) los remedios procesales son insuficientes para satisfacer los intereses subyacentes, (7) la terminación del conflicto se podría llevar a cabo con la sola participación de los sujetos que le dieron origen a éste, (8) los sujetos del conflicto desean mantener, mejorar o incluso restablecer su relación, (9) los costos relacionados con el uso del proceso son iguales o mayores que las cantidades que han sido reclamadas, (10) la complejidad del asunto amerita la intervención de otros especialistas en lugar de simplemente concedores del derecho aplicable, (11) los sujetos del conflicto desean participar en la escogencia del foro, del mecanismo, de los terceros imparciales, o de las normas jurídicas aplicables, (12) los sujetos del conflicto desean diseñar un sistema que les permita prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto.¹⁶¹ De manera que la tarea de hacer un deslinde entre las potenciales ventajas y desventajas de los mecanismos no jurisdiccionales con relación al proceso se halla sujeta, desde cualquier punto de vista, a la identificación de todos los mecanismos utilizables y a la posterior realización de un ejercicio comparativo entre uno y otro¹⁶² que le permita a los abogados asesorar adecuadamente a las partes, antes y después del conflicto, con respecto a cuáles son las formas en las que se podría llegar a prevenir, manejar, resolver o solucionar un conflicto determinado.¹⁶³

61. En el cuadro comparativo que se introduce a continuación, se hace un símil entre los mecanismos primarios (el proceso, el arbitraje, la mediación y la negociación) en función de ciertas características que podrían servir como punto de referencia para determinar, en un momento determinado, cuáles son sus potenciales ventajas y desventajas, o dicho de otra forma, qué se puede o qué no se puede obtener cuando se hace uso de ellos¹⁶⁴ y, en particular, para conocer algunos aspectos relacionados con: (1) la forma de participación de los sujetos del conflicto, (2) la finalidad del mecanismo, (3) el nombramiento del tercero imparcial, (4) la denominación del tercero imparcial, (5) la toma de la decisión que se obtiene a partir de empleo de dichos mecanismos, (6) la forma del procedimiento, (7) la naturaleza del procedimiento, (8) el lugar del procedimiento y (9) los intereses protegidos.

Mecanismos primarios *				
Características	Proceso	Arbitraje	Mediación	Negociación
Forma de Participación	Obligatoria	Voluntaria/ Obligatoria	Voluntaria/ Obligatoria	Voluntaria
Finalidad	Sentencia: Revisable en Apelación	Laudo: Revisión Excepcional	Acuerdo entre las partes: Sujeto a una Contratación	Acuerdo entre las partes: Sujeto a una Contratación
Tercero Imparcial	Nombrado por el Estado	Nombrado por las partes o por una institución escogida por ellas	Nombrado por las partes o por una institución escogida por ellas	No interviene un tercero imparcial
Denominación del Tercero	Juez	Árbitro/Árbitros	Mediador	No interviene un tercero

¹⁶¹ N. ATLAS/S. HUBER/E. TRACHTE-HUBER (eds.), *Alternative Dispute Resolution: The Litigator's Handbook*/Chicago, ABA Publishing, 2000, p.17 et seq.; H. ASTOR/C. CHINKIN, *Dispute Resolution in Australia*/Sydney, Butterworths, 1992, pp.42-43.

¹⁶² A. PIRIE, *Alternative Dispute Resolution: Skills, Science, and the Law*/Canada, Irwin Law, 2000, pp.87-88.

¹⁶³ F. SANDER/S. GOLDBERG, "Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure", *Negotiation Journal*, 1994, pp.49-68; S. DAVIS, "ADR: What is it and what are the Pros and Cons", en *ADR and Commercial Disputes*, R. CALLER (ed.)/London, Sweet & Maxwell, 2002, pp.1-11.

¹⁶⁴ R. PATTERSON, "Dispute Resolution in a World of Alternatives", *Catholic University Law Review* 37, 1988, p.599.

Mecanismos primarios *				
Características	Proceso	Arbitraje	Mediación	Negociación
Decisión	Tomada por parte de un tercero con arreglo a un procedimiento preestablecido	Tomada por parte de uno o varios terceros con arreglo a un procedimiento ad hoc o institucional	Tomada por las partes con la ayuda de un tercero	Tomada por las partes
Forma del Procedimiento	Formal, predeterminado, inflexible y de participación indirecta	Menos formal, particularizado, flexible y de participación indirecta	Flexible, normalmente informal y de participación directa o indirecta	Flexible, normalmente informal y de participación directa
Naturaleza del Procedimiento	Público	Privado, salvo que se haya solicitado la ejecución forzosa o la nulidad del laudo	Privado/Público	Privado
Lugar del Procedimiento	Establecimiento Público	Establecimiento Privado	Establecimiento Privado/Público	Establecimiento Privado
Intereses Protegidos	Jurídicos	Jurídicos	Jurídicos y/o subyacentes	Jurídicos y/o subyacentes

* Este cuadro comparativo ha sido elaborado a partir del trabajo de Stephen GOLDBERG et al., *Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Processes*/New York, Aspen Publishers, 2007, p.4.

IV. Utilización: endoprocesal y extraprocesal

62. El uso de mecanismos no jurisdiccionales puede perfectamente verificarse tanto fuera como dentro del proceso.¹⁶⁵ En líneas generales, es posible afirmar que el empleo de estos mecanismos puede tener lugar a partir de iniciativas «contractuales» o «estatales».¹⁶⁶ Salvo disposición en contrario, las iniciativas de carácter contractual pueden ser implementadas tanto antes como después de la aparición del conflicto,¹⁶⁷ mientras que la toma de iniciativas estatales destinadas a promover el uso de tales mecanismos generalmente se lleva a cabo después de la ocurrencia del conflicto y, en la gran mayoría de los supuestos, dentro del proceso.

63. En el primero de los casos, es decir, en el ámbito contractual, son varias las instituciones que se dedican a ofrecer servicios de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos intersubjetivos. Al momento de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales, el soporte institucional podría, sin lugar a dudas, llegar a ser muy útil, pero no necesariamente imprescindible. Lo ideal sería que, en la medida de lo posible, con o sin la ayuda de tales instituciones, las partes regulen el tema de la prevención, manejo, resolución y solución de los potenciales conflictos que pudieran llegar a surgir entre ellas en un momento inicial, es decir, antes del surgimiento del conflicto, o según el caso, antes de acudir ante un órgano jurisdiccional, pero nada obsta para que los sujetos que se encuentran haciendo uso del proceso soliciten

¹⁶⁵ L. SINGER, “The Quiet Revolution in Dispute Settlement”, *Mediation Quarterly* 7, 1989, p.106.

¹⁶⁶ R. REUBEN, “Constitutional Gravity: A Unitary Theory of Alternative Dispute Resolution and Public Civil Justice”, *UCLA Law Review* 47, 2000, p.971.

¹⁶⁷ C. WALLGREN, “ADR in Business”, en *ADR in Business: Practice and Issues Across Countries and Cultures*, J. GOLD-SMITH/A. INGEN-HOUSZ/G. POINTON (eds.)/The Netherlands, Kluwer Law International, 2006, p.10.

la suspensión del procedimiento para intentar manejar, resolver o solucionar el conflicto mediante el empleo de algún otro mecanismo.

64. Las limitaciones relativas al ejercicio de la libertad de contratación con respecto a cuáles son los conflictos que pueden ser resueltos o solucionados fuera de los órganos jurisdiccionales no son más que aquellas relacionadas con el «orden público»,¹⁶⁸ pues es cierto que hay casos que pertenecen al dominio público,¹⁶⁹ y en los cuales será estrictamente necesario hacer uso de dichos órganos.¹⁷⁰ La situación se torna un poco más compleja en el caso de las iniciativas de carácter estatal. Es posible afirmar que en Estados Unidos,¹⁷¹ Canadá,¹⁷² Inglaterra y Gales,¹⁷³ y Australia,¹⁷⁴ por ejemplo, la utilización de mecanismos no jurisdiccionales responde a la implementación de distintos programas destinados a asegurar que sean los propios «órganos jurisdiccionales» quienes estimulen el empleo de «mecanismos no jurisdiccionales».¹⁷⁵

65. La promoción de mecanismos no jurisdiccionales por parte de un órgano jurisdiccional, por muy incompatible que pudiera parecer, tiene sentido porque, tradicionalmente, el llamamiento al empleo de mecanismos no jurisdiccionales *inter partes* ha sido visto como un signo de debilidad, pero cuando el uso de tales mecanismos es producto de un requerimiento normativo (*categorical referral*) o de una intimación expedida por parte de un órgano jurisdiccional en ejercicio de una potestad discrecional (*discretionary referral*),¹⁷⁶ la situación es distinta, pues en este caso,¹⁷⁷ no son los sujetos del conflicto, sino el Estado mismo quien sugiere que se haga uso de ellos.¹⁷⁷

66. Sin embargo, cuando el Estado promueve la realización de actividades de contenido no jurisdiccional, es importante que existan ciertos requisitos que regulen el desempeño de tales actividades para garantizar que los sujetos del conflicto terminarán recibiendo un servicio cualitativamente equivalente al jurisdiccional. La idea no es cercenar el derecho a la jurisdicción de los sujetos del conflicto, sino simplemente promover el empleo de mecanismos no jurisdiccionales siempre y cuando la utilización de los mismos maximice las posibilidades de obtener una pronta y más apropiada terminación del mismo.

67. Algunos advierten que la función de los órganos jurisdiccionales, por excelencia, no es promover otros mecanismos distintos al proceso, sino simplemente solucionar conflictos intersubjetivos a través del dictamen de una decisión.¹⁷⁸ Sin embargo, sería completamente absurdo suponer que los órganos jurisdiccionales están facultados para ser conniventes ante la dilapidación o el uso inadecuado de sus recursos,¹⁷⁹ especialmente en aquellos casos en los cuales tendría sentido hacer uso de otros mecanismos que podrían llegar a ser más apropiados que el proceso. En todo caso, no hay duda que debería ser el Estado, y no los sujetos del conflicto, a quien le corresponda determinar cómo serán utilizados los recursos estatales.¹⁸⁰

¹⁶⁸ JC. BETANCOURT, “Libertad de Contratación, Orden Público y sus repercusiones en el marco de la Arbitrabilidad”, *InDret* 2, 2012, pp.4-31.

¹⁶⁹ M. HERMANN, “The Dangers of ADR: A Three-Tiered System of Justice”, *Journal of Contemporary Legal Issues* 3, 1990, p.118.

¹⁷⁰ L. LEVIN/D. GOLASH, “Alternative Dispute Resolution in Federal District Courts”, *University of Florida Law Review* 37, 1985, p.31.

¹⁷¹ *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*.

¹⁷² D. L. ZUTTER, “Incorporating ADR in Canadian Civil Litigation”, *Bond Law Review* 13, 2001, pp.1-18.

¹⁷³ K. MACKIE et al., *The ADR Practice Guide: Commercial Dispute Resolution*/London, Butterworths, 2000, p.64 et seq.

¹⁷⁴ T. SOURDIN, “ADR in the Australian Court and Tribunal System”, *ADR Bulletin* 6, 2003, p.1-4.

¹⁷⁵ J. DONALDSON, “Alternative Dispute Resolution”, *Arbitration* 58, 1992, p.102.

¹⁷⁶ F. SANDER, “Judicial (Mis) Use of ADR? A Debate”, *University of Toledo Law Review* 27, 1996, pp.885-886.

¹⁷⁷ K. MACKIE, “Challenges in the Evolution of ADR in the UK: The CEDR Experience”, *Achieving Civil Justice: Appropriate Dispute Resolution for the 1990s*, R. SMITH (ed.)/London, Legal Action Group, 1996, p.157.

¹⁷⁸ D. MISTERAVICH, “The Limits of Alternative Dispute Resolution”, *University of Detroit Mercy Law Review* 70, 1992, pp.37-46; P. MAHONY, “Private Settlement—Public Justice”, *Victoria University Wellington Law Review* 31, 2000, p.226.

¹⁷⁹ R. POUND, “The Administration of Justice in the Modern City”, *Harvard Law Review* 26, 1913, pp.1-4.

¹⁸⁰ F. SANDER, “The Future of ADR”, *Journal of Conflict Resolution*, 2000, p.8.

68. Esto tiene mucho que ver con la noción de «manejo activo de asuntos» (*active case management*), un concepto que, para algunos, va más allá del ejercicio de la función jurisdiccional,¹⁸¹ y que demanda el desarrollo de una nueva y, quizá, más compleja labor que tiene por objeto identificar cuáles son los mecanismos que podrían llegar a servir para resolver o solucionar los conflictos que hayan sido llevados ante un órgano jurisdiccional de la forma más expedita y a través de una mejor utilización de los recursos disponibles,¹⁸² cuestión que, lógicamente, redefine la función del juez, a quien, tradicionalmente, se le catalogaba como un sujeto encargado de «solucionar» conflictos intersubjetivos mediante el proceso y en ejercicio de su potestad jurisdiccional.¹⁸³

69. Es importante tener claro que la noción de manejo activo de casos, como concepto procesal, no se origina dentro del movimiento destinado a promover la utilización de mecanismos no jurisdiccionales, sino a finales de siglo XIX, pero hasta cierto punto se ve redimensionada a partir de la promoción de los mismos.¹⁸⁴ En la práctica, la promoción de estos mecanismos, como parte de la política estatal de «manejo activo de asuntos», puede llevarse a cabo antes del proceso, concretamente, mediante la exigencia del agotamiento de la vía no jurisdiccional como presupuesto que antecede al ejercicio del derecho a la jurisdicción y durante el proceso, cuestión que puede llevarse a cabo en cualquier fase del procedimiento, es decir, tanto en primera como en segunda instancia. Los programas destinados a promover el empleo de estos mecanismos están dirigidos a «descentralizar», o si se quiere, «desmonopolizar» el sistema de administración de justicia.¹⁸⁵

70. En Estados Unidos, por ejemplo, el fenómeno de la desmonopolización de este sistema estuvo acompañado de varios instrumentos normativos¹⁸⁶ y de algunas otras iniciativas de carácter no legislativo¹⁸⁷ tendientes a explorar y, posteriormente, a facilitar la terminación de un importante número de casos sin necesidad de hacer uso de los órganos jurisdiccionales, no solamente en sede jurisdiccional, sino también en sede administrativa.¹⁸⁸ Dichos instrumentos sirvieron para poner en práctica los programas antes señalados, pero la federalización del sistema político estadounidense terminaría por impedir que dichos programas se implementasen de manera uniforme, cuestión que culminaría dándole nacimiento a un creciente número de programas¹⁸⁹ que podrían llegar a ser descritos como cualitativamente disímiles.¹⁹⁰

¹⁸¹ J. RESNIK, “Managerial Judges”, *Harvard Law Review* 96, 1983, pp.376-448; S. RUDOLPH COLE, “Managerial Litigants? The Overlooked Problem of Party Autonomy in Dispute Resolution”, *Hastings Law Journal* 51, 2000, p.1201.

¹⁸² W. BRAZIL, “For Judges: Suggestions About What to Say About ADR at Case Management Conferences — and How to Respond to Concerns or Objections Raised by Counsel”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 16, 2000, p.167.

¹⁸³ J. MCGUIRE/F. SANDER, “Some Questions About “The Vanishing Trial””, *Dispute Resolution Magazine* 10, 2004, p.17.

¹⁸⁴ R. PECKHAM, “A Judicial Response to the Cost of Litigation: Case Management, Two-Stage Discovery Planning and Alternative Dispute Resolution”, *Rutgers Law Review* 37, 1985, pp.253-277; JC. BETANCOURT/A. HUDSON-TYREMAN, “Where and When to Mediate”, *2nd Annual Mediation Symposium*, A. HUDSON-TYREMAN/ JC. BETANCOURT (eds.)/London, Chartered Institute of Arbitrators, 2009, p.87.

¹⁸⁵ M. GALANTER, “Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law”, *Journal of Legal Pluralism* 19, 1981, pp.1-47.

¹⁸⁶ P. FN’PIERE/L. WORK, “On the Growth and Development of Dispute Resolution”, *Kentucky Law Journal* 81, 1993, pp.969-970; D. WRIGHT NELSON, “ADR in the Federal Court—One Judge’s Perspective: Issues and Challenges Facing Judges, Lawyers, Court Administrators, and the Public”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 17, 2001, p.6 et seq.; C. HARRIS CROWNE, “The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a New Paradigm of Justice”, *New York University Law Review* 76, 2001, p.1790 et seq.; S. LANDSMAN, “ADR and the Costs of Compulsion”, *Stanford Law Review* 57, 2005, pp.1605-1606; E. WARD, “Mandatory Court-Annexed Alternative Dispute Resolution in the United States Federal Courts: Panacea or Pandemic”, *St. John’s Law Review* 81, 2007, pp.82-83.

¹⁸⁷ E. KENNEDY, “Introduction—Equal Justice and the Problem of Access”, *Loyola of Los Angeles Law Review*, 11, pp.485-491.

¹⁸⁸ T. FARROW, “Dispute Resolution, Access to Civil Justice and Legal Education”, *Alberta Law Review* 42, 2005, pp.741-801; T. NABATCHI, “The Institutionalization of Alternative Dispute Resolution in the Federal Government”, *Public Administration Review* 67, 2007, pp.646-661.

¹⁸⁹ M. HERRMAN, “ADR in Context: Linking Our Past, Present, and a Possible Future”, *Journal of Contemporary Legal Issues* 3, 1990”, p.38.

¹⁹⁰ R. WISSLER, “The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases”, *Conflict Resolution Quarterly* 22, 2004, pp.55-88.

71. Los órganos jurisdiccionales estadounidenses fueron básicamente dotados de un amplio margen de discrecionalidad para determinar cuáles son las opciones distintas al proceso, facilitar la prestación de uno o más mecanismos no jurisdiccionales, regular lo relativo a la selección y a la posterior utilización del mecanismo, establecer cuál es el procedimiento a seguir, etcétera.¹⁹¹ La observación detallada de toda esta pluralidad de programas serviría de fundamento para concluir que no existe un programa libre de imperfecciones.¹⁹² No obstante, se ha reportado que, en la mayoría de los casos, dichos programas han generado altos niveles de satisfacción por parte de sus usuarios.¹⁹³

72. Indudablemente que cualquier intento de generalización vinculado con el funcionamiento de los programas a los cuales se ha hecho alusión terminaría siendo incorrecto, porque cada uno de ellos tiene sus propias características,¹⁹⁴ pero, en general, y de acuerdo con la forma en la cual tiene lugar la prestación de los servicios no jurisdiccionales, todos estos programas pueden ser clasificados en: (1) programas de remisión por parte del órgano jurisdiccional (*court-referred programmes*) y (2) programas de expedición anexos al órgano jurisdiccional (*court-annexed programmes*).

73. Los «programas de remisión por parte del órgano jurisdiccional» son aquellos que operan fuera de los órganos jurisdiccionales, es decir, por parte de un selecto número de instituciones privadas. En estos programas, la utilización de un mecanismo no jurisdiccional surge a partir de una orden de participación emitida por parte del órgano jurisdiccional en donde se invita a que se haga uso de un mecanismo distinto al proceso con la ayuda de una determinada institución. En estos casos, los resultados de la remisión pueden ser, pero no siempre son, supervisados por parte de dicho órgano.

74. Por su parte, los «programas de expedición anexos al órgano jurisdiccional» son aquellos en los cuales participan los propios jueces, una gran variedad de terceros imparciales que obran a título gratuito u oneroso, o algunos otros funcionarios o empleados estatales, y en los que se hace uso de uno o varios mecanismos no jurisdiccionales dentro del procedimiento como una herramienta conducente a una terminación anticipada del conflicto por medio de otras formas distintas a una decisión judicial. Estos programas, a diferencia de los anteriores, son rigurosamente controlados.

75. Es importante tener claro que tanto los programas de remisión por parte del órgano jurisdiccional (*court-referred programmes*), como los programas de expedición anexos al órgano jurisdiccional (*court-annexed programmes*), forman parte de una sola categoría conocida con el nombre de programas conexos o programas de enlace (*court-connected o court-related programmes*).¹⁹⁵ En Estados Unidos, verbigracia, los programas conexos han sido implementados tanto a nivel federal como a nivel estatal.¹⁹⁶ Los programas conexos pueden ser subdivididos en «programas de participación voluntaria» (*ADR voluntary programmes*) y «programas de participación obligatoria» (*ADR mandatory programmes*) y la mayoría de ellos han venido siendo ejecutados dentro del proceso.¹⁹⁷

76. En los programas de participación voluntaria los sujetos del conflicto podrían solicitar *motu proprio* los servicios no jurisdiccionales o simplemente, ser invitados a utilizar un mecanismo no jurisdiccional, pero dicha invitación puede ser aceptada o rechazada libremente. En los programas de parti-

¹⁹¹ D. SHESTOWSKY, "Procedural Preferences in Alternative Dispute Resolution", *Psychology, Public Policy, and Law* 10, 2004, pp.215-216.

¹⁹² W. BRAZIL, "A Close Look at Three Court-Sponsored ADR Programs Why They Exist, How They Operate, What They Deliver, and Whether They Threaten Important Values", *The University of Chicago Legal Forum*, 1990, p.397.

¹⁹³ J. PEARSON, "An Evaluation of Alternatives to Court Adjudication", *The Justice System Journal* 7, 1982, p.431.

¹⁹⁴ M. BEDIKIAN, "Overview of Alternative Dispute Resolution", *Michigan Bar Journal* 65, 1986, p.880.

¹⁹⁵ S. KEILITZ, "Alternative Dispute Resolution in the Courts", *Handbook of Court Administration and Management*, S. HAYS/C. GRAHAM, JR. (eds.)/New York: Marcel Dekker, 1993, p.384.

¹⁹⁶ W. BRAZIL, "ADR and the Courts, Now and in the Future", *Alternatives* 17, 1999, pp.98-103.

¹⁹⁷ T. STIPANOWICH, "ADR and the 'Vanishing Trial': The Growth and Impact of 'Alternative Dispute Resolution'", *UCLA Law Review* 1, 2004, pp.843-912.

¹⁹⁸ M. GALANTER, "The Vanishing Trial: An Examination of Trial and Related Matters in Federal and State Courts", *Journal of Empirical Legal Studies* 1, 2004, pp.459-570.

cipación obligatoria, por el contrario, los sujetos del conflicto son compelidos o conminados a utilizar mecanismos distintos al proceso. Esto no quiere decir que los sujetos del conflicto se hayan visto privados de su derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales, sino que dicho derecho se halla supeditado a que se haga uso de un mecanismo que, potencialmente, podría llegar a ser más apropiado que el proceso.

77. Tanto en los programas de participación voluntaria como en los programas de participación obligatoria se espera que los sujetos del conflicto: (1) participen de buena fe (2) intercambien información relacionada con los hechos ocurridos, las posiciones de las partes y, dependiendo de las circunstancias, de los medios prueba, (3) intervengan de una forma que, efectivamente, permita que se lleve a cabo el empleo del mecanismo no jurisdiccional y, finalmente, que (4) se hallen suficientemente autorizados para transigir.¹⁹⁸ Las investigaciones sugieren que los niveles de utilización de estos mecanismos en los programas de participación voluntaria son considerablemente menores a aquellos que se registran en los programas de participación obligatoria,¹⁹⁹ razón por la cual se ha tendido a favorecer la implementación de estos últimos.

78. Dependiendo de la estructura del programa, la decisión relacionada con la selección del mecanismo «más apropiado» podría llegar a ser tomada tanto por parte del órgano jurisdiccional como por parte de los sujetos del conflicto. En el segundo de los casos, particularmente, por cuestiones relacionadas con la carencia de una guía de selección,²⁰⁰ lo ideal sería que fuesen los sujetos del conflicto, con ayuda de sus representantes, quienes decidan cuál es el mecanismo más apropiado. En algunos casos, es posible elegir dentro de todo un menú de mecanismos no jurisdiccionales, pero en algunos otros no existe sino la posibilidad de hacer uso de una sola herramienta distinta a la jurisdiccional.²⁰¹

79. La ejecución de los programas de participación obligatoria *vis a vis* el «derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales»²⁰² terminaría por generar ciertas dudas con respecto a su constitucionalidad, un asunto que ha sido examinado y reexaminado con un suficiente grado de exhaustividad, no solamente a partir de la preparación de trabajos doctrinarios, sino también por parte de varios órganos jurisdiccionales. Básicamente se ha dicho que obligar a que se haga uso de mecanismos jurisdiccionales sólo podría llegar a ser constitucionalmente cuestionable en aquellos casos en los cuales sería manifiestamente irrazonable, o incluso antijurídico, hacer uso de otras formas distintas al proceso. Esto quiere decir que los sujetos del conflicto no pueden verse obligados, y mucho menos presionados,²⁰³ a hacer uso de un mecanismo que sea inadecuado, o sencillamente, inaccesible, más oneroso,²⁰⁴ o menos expedito que el proceso.²⁰⁵

80. La puesta en práctica de estos programas, acompañada de un importante período de experimentación, sirvió de estímulo para la «institucionalización» del uso de mecanismos no jurisdiccionales²⁰⁶ dentro de varios países del *common law*. De manera que el desarrollo y la posterior ejecución de cualquier programa destinado a incorporar la utilización de estos mecanismos dentro de cualquier siste-

¹⁹⁸ E. SHERMAN, "Court-Mandated Alternative Dispute Resolution: What Form of Participation Should be Required", *SMU Law Review* 46, 1993, pp.2079-2112; M. WESTON, "Check on Participant Conduct in Compulsory ADR: Reconciling the Tension in the Need for Good-Faith Participation, Autonomy, and Confidentiality", *Indiana Law Journal* 76, 2001, pp.591-645.

¹⁹⁹ Standing Committee of the American Judicature Society, "Mandatory ADR: Can We Talk?", *Judicature* 78, 1995, p.272.

²⁰⁰ A. SARAT, "Alternative Dispute Resolution: Wrong Solution, Wrong Problem", *Proceedings of the Academy of Political Science* 37, 1988, p.162-173.

²⁰¹ D. SHESTOWSKY, "Disputants' Preferences for Court-Connected Dispute Resolution Procedures: Why We Should Care and Why We Know So Little?", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 23, 2008, pp.549-625.

²⁰² A. MARRIOTT, "Mandatory ADR and Access to Justice", *Arbitration* 71, 2005, p.310.

²⁰³ S. JENNINGS, "Court-Annexed Arbitration and Settlement Pressure: A Push Towards Efficient Dispute Resolution or 'Second Class' Justice", *Journal on Dispute Resolution* 6, 1991, pp.313-332.

²⁰⁴ M. LEROY/P. FEUILLE, "When is Costa an Unlawful Barrier to Alternative Dispute Resolution? The Ever Green Tree of Mandatory Employment Arbitration", *UCLA Law Review* 50, 2003, pp.143-203.

²⁰⁵ D. GOLANN, "Making Alternative Dispute Resolution Mandatory: The Constitutional Issues", *Oregon Law Review* 68, 1989, pp.487-568; N. REYNOLDS, "Why We Should Abolish Penalty Provisions for Compulsory Nonbinding Alternative Dispute Resolution", *Journal on Dispute Resolution* 7, 1991, pp.173-191; G. THOMAS EISELE, "The Case Against Mandatory Court-Annexed ADR Programs", *Judicature* 75, 1992, pp.34-40; L. KATZ, "Compulsory Alternative Dispute Resolution and Voluntarism: Two-Headed Monster or Two Sides of the Coin", *Journal of Dispute Resolution* 1, 1993, p.22 et seq.

²⁰⁶ P. EDELMAN, "Institutionalizing Dispute Resolution Alternatives", *The Justice System Journal* 9, 1984, pp.134-150.

ma de administración de justicia²⁰⁷ no debe ser consecuencia de una reacción prematura,²⁰⁸ sino de la preparación de un trabajo premeditado en el cual participen legisladores, jueces, abogados, profesores de derecho, varios otros especialistas, e incluso, algunos de los potenciales usuarios de dichos programas.²⁰⁹

81. Tanto los programas de participación voluntaria como los programas de participación obligatoria deben ser suficientemente explícitos con respecto a cómo funcionan los mecanismos no jurisdiccionales, en qué consisten, cuál es su duración, cuáles son los costos, quiénes deben y quiénes pueden participar, cuál es el rol de los participantes (incluyendo el de los sujetos del conflicto, sus abogados y terceros imparciales), cuáles son las posibles excepciones, cuáles son las sanciones relacionadas con el incumplimiento del deber de participar,²¹⁰ etcétera.

82. Asimismo, es importante resaltar que la implementación de tales programas debe ser estrictamente supervisada con cierta regularidad,²¹¹ y preferiblemente, por parte de una institución completamente independiente.²¹² De igual manera, es imprescindible que dichos programas sean administrados bajo la dirección de un personal que haya sido especialmente capacitado para facilitar el manejo activo de asuntos²¹³ a través de la utilización de mecanismos no jurisdiccionales sin menoscabar el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales.²¹⁴

83. Algunos sugieren que dichos programas deberían ser parcial o totalmente sufragados por parte del Estado, pues sería completamente absurdo suponer que el Estado únicamente se halla legitimado para costear los gastos relacionados con la «solución» de un conflicto determinado a través del proceso, independientemente de si existe o no un mecanismo más apropiado, y que podría no solamente llegar a disminuir el gasto público, sino también minimizar los costes procesales correspondientes.²¹⁵

VI. Los mecanismos no jurisdiccionales como formas de “privatización”

84. La noción de privatización, *lato sensu*, tiene que ver con la transferencia de una determinada función o actividad pública al sector privado.²¹⁶ Para explicar este fenómeno, la célebre distinción entre lo público y lo privado, por muy cuestionable que pudiera parecer, termina siendo de suma utilidad.²¹⁷ Entender cuál es el significado de la privatización como fenómeno jurídico es importante porque algunos sugieren que la idea de promover la utilización de mecanismos no jurisdiccionales, hasta cierto punto, no es más que una forma de «privatización de la justicia civil».²¹⁸

²⁰⁷ B. McADOO/N. WELSH, “Court-Connected General Civil ADR Programs: Aiming for Institutionalization, Efficient Resolution, and the Experience of Justice”, *ADR Handbook for Judges/American Bar Association*, 2004, pp.1-48.

²⁰⁸ P. HARTER, “Dispute Resolution and Administrative Law: The History, Needs, and Future of a Complex Relationship”, *Villanova Law Review* 29, 1984, p.1419.

²⁰⁹ W. BRAZIL, “Comparing Structures for the Delivery of ADR Services by Courts: Critical Values and Concerns”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 14, 1999, pp.715-811.

²¹⁰ M. TENEROWICZ, “‘Case Dismissed’ — Or is it? Sanctions for Failure to Participate in Court-Mandated ADR”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 13, 1998, pp.975-1003.

²¹¹ S. ROBERTS, “The Mayor’s and City of London Court Mediation Scheme: A Review of the Scheme’s First Five Years”, (London, 2012), pp.1-22.

²¹² RAND, “Just, Speedy, and Inexpensive?: An Evaluation of Judicial Case Management Under the Civil Justice Reform Act”, Washington, 1996, pp.1-44.

²¹³ W. BURGER, “Court Administrators: Where Would We Find Them?”, *Judicature* 53, 1969, pp.108-110.

²¹⁴ Society of Professionals in Dispute Resolution, “Dispute Resolution as it Relates to the Courts: Mandated Participation and Settlement Coercion”, *Arbitration Journal*, 1991, pp.38-47.

²¹⁵ F. SANDER, “Paying for ADR”, *ABA Journal*, 1992, p.105.

²¹⁶ P. VERKUIL, “Public Law Limitations on Privatization of Government Functions”, *North Carolina Law Review* 84, 2006, pp.397-469.

²¹⁷ P. STARR, “The Meaning of Privatization”, *Yale Law/Policy Review* 6, 1988, pp.6-41.

²¹⁸ J. WEINSTEIN, “Some Benefits and Risks of Privatization of Justice through ADR”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11, 1996, pp.241-295; J. SABATINO, “ADR as ‘Litigation Lite’: Procedural and Evidentiary Norms Embedded Within Alternative Dispute Resolution”, *Emory Law Journal* 47, 1998, p.1294;

85. El esquema de la privatización ha servido de guía para la construcción de un nuevo sistema de administración de justicia, es decir, un sistema en el cual la idea de solucionar conflictos intersubjetivos mediante el proceso no es más que una opción dentro un complejo conjunto en el cual se realizan actividades distintas, un sistema que, sin lugar a dudas, está en pleno desarrollo²¹⁹ y que se identifica plenamente con el objetivo central de toda privatización, es decir, con la idea de incrementar la disponibilidad de los recursos públicos,²²⁰ cuestión que, en este caso, se pretende lograr a través de la promoción de otros mecanismos distintos al proceso.²²¹

86. El fenómeno de la privatización de funciones públicas, en general, ha sido descrito como algo muy parecido a una estrategia de «cooperación regulada», porque dentro de la dinámica de las privatizaciones es precisamente el Estado quien determina quiénes son elegibles para desempeñar una determinada actividad y cómo se llevará a cabo el desarrollo de dicha actividad. Dicho fenómeno responde a toda una serie de vicisitudes de carácter político-económico que justifican una delegación total o parcial de una función estatal.²²² En algunos casos, la privatización termina siendo una solución frente a las deficiencias de un determinado servicio.²²³

87. La monopolización del sistema de administración de justicia y, en particular, la del servicio destinado a garantizar el “acceso” a este último, terminaría por establecer una especie de mercado único²²⁴ y, por lo tanto, no competitivo, que cuenta con un alto número de usuarios. Los usuarios de este servicio intentan ver satisfechas sus pretensiones mediante la obtención y la posterior utilización (o la ejecución) de un producto (una decisión judicial) que contiene un pronunciamiento con respecto a la procedencia o la improcedencia de la pretensión instaurada. Desde este punto de vista, la eficacia o la ineficacia de dicho servicio, puede ser determinada tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista cualitativo del producto.

88. Si bien es cierto que los argumentos que anteceden podrían ser calificados como extravagantes, también es verdad que el servicio de administración de justicia puede perfectamente ser estudiado como si se tratase de cualquier otro servicio. La idea central de la privatización del servicio de administración de justicia, en particular, se ha vinculado con la creación de un nuevo mercado destinado a complementar, y hasta cierto punto, a modernizar el sistema tradicional de administración de justicia mediante la oferta de muchos otros servicios,²²⁵ cuestión que, posiblemente, haya servido para legitimar el establecimiento de instituciones privadas destinadas a promover y a facilitar la utilización de mecanismos no jurisdiccionales.²²⁶

89. En realidad, no está claro si la idea de promover, e incluso, de patrocinar el uso de mecanismos distintos al proceso puede ser vista como un verdadero acto de «privatización» desde el punto de vista del Derecho Administrativo,²²⁷ porque la intención no era efectivamente privatizar el poder judicial²²⁸ y mucho menos transferir al sector privado el ejercicio de la función jurisdiccional, pero lo

²¹⁹ L. BINGHAM, “Self-Determination in Dispute System Design and Employment Arbitration”, *University of Miami Law Review* 56, 2002, p.873.

²²⁰ M. SHIRLEY, “The What, Why, and How of Privatization: A World Bank Perspective”, *Fordham Law Review* 60, 1992, p.27.

²²¹ P. CARRINGTON/P. HAAGEN, “Contract and Jurisdiction”, *The Supreme Court Review* 8, 1996, p.332.

²²² G. METZGER, “Privatization as Delegation”, *Columbia Law Review* 103, 2003, pp.1367-1502.

²²³ L. ROBEL, “Private Justice and the Federal Branch”, *Indiana Law Journal* 68, 1993, p.892.

²²⁴ C. PEÑA GONZÁLEZ, “¿Estimular Los Mecanismos Alternativos?”, *Resolución Alternativa de Conflictos/Santiago de Chile*, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, sf.

²²⁵ L. SOLUM, “Alternative Court Structures in the Future of the California Judiciary: 2020 Vision”, *Southern California Law Review* 66, 1993, p.2139.

²²⁶ R. MORGAN, “The Chartered Institute of Arbitrators at Seventy Five: An Era of Progress”, *Arbitration* 57, 1991, pp.23-35; K. KARELIS, “Private Justice: How Civil Litigation is Becoming A Private Institution — The Rise of Private Dispute Centres”, *Southwestern University Law Review* 23, 1994, p.626 et seq.

²²⁷ D. PROVINE/C. SERON, “Privatization of Judicial Services”, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 1991, pp.319-336.

²²⁸ E. ROLPH/E. MOLLER/L. PETERSEN, “Escaping the Courthouse: Private Alternative Dispute Resolution in Los Angeles”, *Journal of Dispute Resolution* 2, 1996, p.277.

cierto es que, cuando se hace alusión al tema de los mecanismos no jurisdiccionales, el fenómeno de la privatización ha servido como punto de partida para que se haga una distinción entre las nociones de «justicia pública» y «justicia privada».

90. En este sentido, pareciera que la noción de «justicia pública» se ha definido en función del concepto de acceso a los órganos jurisdiccionales, mientras que la noción de «justicia privada» se ha vinculado con la idea de acceso a los mecanismos no jurisdiccionales. Estos conceptos han contribuido, por una parte, para generar una especie de fricción entre quienes se hallan a favor y en contra de la utilización de mecanismos distintos al proceso²²⁹ y, por otra parte, para que se haga una distinción, o quizá, una categórica disquisición entre una justicia superior «justicia de primera clase» y una justicia inferior «justicia de segunda clase»,²³⁰ una paradójica distinción que, implícitamente, termina dando por sentado que el proceso es la forma más eficiente de administrar justicia.²³¹

91. Otros señalan que la línea divisoria entre las nociones de «justicia pública» y «justicia privada» es sumamente estrecha, fundamentalmente, porque las tareas de prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos están dirigidas a mantener el orden, y el mantenimiento del orden, desde cualquier punto de vista, será siempre una función pública.²³² De manera que los potenciales horrores que resultan de la denominada «privatización de la justicia»²³³ no son más que una fábula que surge a partir del desconocimiento, o tal vez de una ignorancia supina, con respecto a cuáles son y, sobre todo, a cómo se puede hacer uso efectivo de otros mecanismos distintos al proceso y que, de una u otra forma, desempeñan una misma función: mantener el orden.²³⁴ Por esta razón, algunos sugieren que es necesario levantar el velo de la ignorancia²³⁵ para garantizar que se haga uso del proceso y de los mecanismos no jurisdiccionales de una forma más eficiente.

92. Nótese que, a finales del siglo XVIII, Immanuel KANT señalaba que la más compleja de las tareas de la humanidad era la de administrar justicia.²³⁶ La sociedad del siglo XVIII era, sin lugar a dudas, menos compleja, e incuestionablemente, menos numerosa que la del siglo XXI. No hay duda de que, hoy en día, para poder efectivamente prevenir, manejar, resolver o solucionar los distintos conflictos que pudieran llegar a surgir dentro de cualquier grupo social se requiere de un trabajo sinérgico entre el sector público,²³⁷ a través de sus órganos jurisdiccionales (e incluso administrativos) y el sector privado, mediante el empleo más eficiente de mecanismos no jurisdiccionales.

93. Es posible afirmar que una mayor utilización de los mecanismos no jurisdiccionales podría llegar a ejercer una marcada influencia dentro de cualquier sistema de administración de justicia.²³⁸ Los efectos consecuenciales del empleo de tales mecanismos podrían llegar a ser tanto positivos como negativos, pues todo va a depender de la forma en la cual se haga uso de ellos. Todo parece indicar que el uso «apropiado» de mecanismos distintos al proceso es no solamente recomendable, sino también esencial dentro de cualquier programa de modernización del sistema de administración justicia.²³⁹ La optimización de dicho sistema demanda la preparación de un plan que permita maximizar la efectividad de los

²²⁹ E. BRUNET, "Questioning the Quality of Alternative Dispute Resolution", *Tulane Law Review* 62, 1988, pp.55-56.

²³⁰ M. FREY, "Does ADR Offer Second Class Justice", *Tulsa Law Journal* 36, 2001, pp.727-766.

²³¹ M. ROSENBERG, "Second Class Justice", *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1981, p.299.

²³² R. REUBEN, "Public Justice: Toward State Action Theory of Alternative Dispute Resolution", *California Law Review* 85, 1997, pp.577-641.

²³³ P. MURRAY, "The Privatization of Civil Justice", *Judicature* 91, 2008, pp.272-316.

²³⁴ R. COVER, "Dispute Resolution: A Foreword", *Yale Law Journal* 88, 1979, p.913.

²³⁵ J. RAWLS, *A Theory of Justice*/Cambridge, Harvard University Press, 1999, p.118 et seq.

²³⁶ K. HART, "Kant, 'Anthropology' and the New Human Universal", *Social Anthropology* 18, 2010, pp.441-447.

²³⁷ M. SHAW, "Dispute Resolution Programs: Should They Be Integrated or Autonomous", *Negotiation Journal*, 1989, pp.119-124; NADRAC, *Legislating for Alternative Dispute Resolution: A Guide for Government Policy-Makers and Legal Drafters*/Australia, 2012, pp.1-133.

²³⁸ R. BARUCH BUSH, "Alternative Futures: Imagining How ADR May Affect the Court System in Coming Decades", *The Review of Litigation* 15, 1996, pp.455-474.

²³⁹ Lord Chancellor's Department, *Modernising Justice*/London, 1998, p.9 et seq.

recursos públicos y privados. Para que ello suceda, será necesario comenzar a trabajar de una manera estratégica de modo que se pueda llevar a cabo ese ideal de optimización.²⁴⁰

VII. El estado actual

94. En los países del *common law*, la idea de utilizar mecanismos no jurisdiccionales, en general, ha ganado una marcada aceptación.²⁴¹ Si bien es cierto que estos mecanismos pueden ser empleados para prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos, también es cierto que los órganos jurisdiccionales, al momento de promoverles, se han inclinado a favorecer la «resolución», en lugar de la «solución» de conflictos.²⁴² Los proponentes de esta iniciativa se han sustentado a partir de que, en estos países, más de un 90% de los casos que son llevados por ante los órganos jurisdiccionales no llegan a ser sometidos a juicio.²⁴³

95. En efecto, en muchísimos casos, la movilización del sistema de administración de justicia no es más que una estrategia de «litigio-negociación» (*litigotiation*)²⁴⁴ que coadyuva a la «resolución» del conflicto a través de la celebración de una «transacción» (*settlement*),²⁴⁵ es decir, de un contrato²⁴⁶ que, entre otras cosas, sirve de instrumento para facilitar la terminación del conflicto. De manera que, en estos países, las transacciones no son un fenómeno marginal, sino antes bien un efecto consecencial de la utilización del proceso²⁴⁷ y, probablemente, el mecanismo primario de «resolución» de conflictos.²⁴⁸ Por esta razón, hay quienes aseveran que, en realidad, la gran mayoría de los casos que son llevados por ante un órgano jurisdiccional son perfectamente «transigibles» y que los abogados deberían estar en capacidad de determinar cuáles son los casos en los cuales es verdaderamente «necesario» obtener una decisión judicial.²⁴⁹

96. Por esta razón, es entonces por lo que los órganos jurisdiccionales se han dedicado también a estimular y a facilitar la celebración de transacciones a través de la identificación y, en algunos casos, del ofrecimiento del mecanismo que sea más apropiado para «resolver», en lugar de «solucionar», el conflicto existente.²⁵⁰ Esto quiere decir que los órganos jurisdiccionales se han convertido en instituciones que dictan decisiones y que, al mismo tiempo, promueven la celebración de transacciones,²⁵¹ incluso en aquellos casos en los cuales el órgano que ha sido llamado a conocer de la pretensión no goza de competencia para pronunciarse con respecto al fondo del asunto controvertido.²⁵²

²⁴⁰ E. RE, “The Lawyer as Counsellor and The Prevention of Litigation”, *Catholic University Law Review* 31, 1982, p.687.

²⁴¹ T. MARKS/JC. BETANCOURT, “Rethinking Public Policy and Alternative Dispute Resolution: Negotiability, Mediability and Arbitrability”, *Arbitration* 78, 2012, p.19

²⁴² M. GALANTER, “The Emergence of the Judge as a Mediator in Civil Cases”, *Judicature* 69, 1986, pp.257-262; L. WEBBER, “Court-Referred ADR and the Lawyer-Mediator: In Service of Whom”, *SMU Law Review* 46, 1993, p.2113.

²⁴³ M. GALANTER/M. CAHILL, “‘Most Cases Settle’: Judicial Promotion of Settlement and Regulation of Settlement”, *Stanford Law Review* 46, 1994, pp.1339-1391.

²⁴⁴ M. GALANTER, “Worlds of Deals: Using Negotiation to Teach about Legal Process”, *Negotiation and Legal Process* 34, 1984, pp.268-276.

²⁴⁵ M. FERGUSON, “Day in Court in Justinian’s Rome: Some Problems of Evidence, Proof, and Justice in Roman Law”, *Iowa Law Review* 46, 1961, p.743.

²⁴⁶ J. FISCHER, “Enforcement of Settlements: A Survey”, *Tort & Insurance Law Journal* 27, 1991, p.82; F. GOLDBERG, “Enforcement of Settlements: A Jurisdictional Perspective”, *The Florida Bar Journal*, 2011, pp.32-32.

²⁴⁷ M. GALANTER, “... ‘A Settlement Judge, Not a Trial Judge.’ Judicial Mediation in The United States”, *Journal of Law and Society* 12, 1985, pp.1-18; C. GLASSER/S. ROBERTS, “Dispute Resolution: Civil Justice and its Alternatives”, *The Modern Law Review* 56, 1993, p.278.

²⁴⁸ E. RYAN, “ADR, the Judiciary, and Justice: Coming to Terms with the Alternatives”, *Harvard Law Review* 113, 2000, p.1852; J. MACFARLANE, “Why Do People Settle”, *McGill Law Journal* 46, 2001, pp.663-711.

²⁴⁹ S. WACHTLER, Even if You Think Your Client Will Win, You May Have the Responsibility to Urge Settlement Anyway, *Hofstra Law Review* 6, 1978, pp.745-747.

²⁵⁰ W. BRAZIL, “Why Should Courts Offer Nonbinding ADR Services”, *Alternatives* 16, 1998, p.75.

²⁵¹ S. ROBERTS, “Settlement as Civil Justice”, *The Modern Law Review* 63, 2000, p.739.

²⁵² *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Epstein*, 516 US 367 - Supreme Court 1996.

97. A consecuencia de ello, tanto los sujetos del conflicto, como sus representantes, son frecuentemente intimidados a hacer el intento de transigir el conflicto mediante la utilización de mecanismos no jurisdiccionales.²⁵³ De allí que las nuevas reglas de procedimiento, particularmente, en materia civil, han sido modificadas y, hasta cierto punto, estructuradas para que exista una mayor vinculación entre la «celebración de transacciones» y el «dictamen de decisiones judiciales».²⁵⁴

98. La idea de promover la «resolución» en lugar de la «solución» de conflictos mediante el empleo de mecanismos no jurisdiccionales no es más que una forma de recalcar el potencial de los «instrumentos decisorios horizontales», cuestión que normalmente se contraponen frente a los «instrumentos decisorios verticales».²⁵⁵ Los instrumentos decisorios horizontales permiten que sean los propios sujetos del conflicto quienes decidan cómo resolver el conflicto. Los instrumentos decisorios verticales, por el contrario, permiten que sea un tercero con facultades decisorias quien le dé una solución al conflicto. En general, es posible afirmar que tanto los instrumentos decisorios horizontales como los instrumentos decisorios verticales pueden ser catalogados como formas destinadas a mantener el orden. Ambos instrumentos son, en paridad de circunstancias, permitidos por el derecho. Todos ellos desempeñan una importante función y, en abstracto, sería completamente absurdo catalogarlos como la más o menos ventajosa de las alternativas.

99. No sin razón se ha dicho que el proceso, como forma de solución de conflictos, y como instrumento decisorio de carácter vertical, es predominantemente autocrático, en tanto que el rol de las partes no es más que persuadir a quien ha sido facultado para decidir cómo deber ser solucionado el conflicto, mientras que la utilización de mecanismos no jurisdiccionales, particularmente, la de aquellos tendientes a facilitar la resolución de conflictos, pareciera ser una vía mucho más democrática, en tanto que dichos mecanismos son, genuinamente, mucho más participativos que el proceso, pues ellos permiten que sean los propios sujetos del conflicto quienes decidan cómo ponerle fin al conflicto que existe entre ellos.²⁵⁶

VIII. ¿Cuáles son las críticas de mayor notoriedad?

100. La idea de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales (a gran escala) terminaría también por generar una cierta incomodidad dentro de un relativamente reducido sector de la doctrina del *common law*. Los detractores de este movimiento, denominados por algunos como «partidarios del romanticismo procesal»,²⁵⁷ se han pronunciado, por un lado, en contra de la inducción exacerbada de transacciones que surgen como resultado del empleo de tales mecanismos y, por el otro, en contra del uso indiscriminado de tales mecanismos sin parar mientes en cuáles podrían llegar a ser sus consecuencias.

101. Owen FISS, profesor de la Universidad de Yale, una vez dijo que las transacciones no pueden ser vistas como sustitutas de las decisiones judiciales, que el proceso cumple una función social, y que cuando las partes transigen la sociedad pierde la oportunidad de que se lleve a cabo una importante interpretación autoritativa de la ley.²⁵⁸ Stephen YEAZELL considera que la promoción de transacciones no es más que una especie de desesperación judicial que, de ganar aceptación, podría terminar desplazando

²⁵³ J. RESNIK, “Mediating Preferences: Litigant Preferences for Process and Judicial Preferences for Settlement”, *Journal of Dispute Resolution* 1, 2002, p.159.

²⁵⁴ M. MOFFITT, “Three Things to be Against (‘Settlement Not Included’), *Fordham Law Review* 78, 2010, p.1206.

²⁵⁵ K. WINSTON (ed.), *The Principles of Social Order*/Durham: Duke University Press, 1981, p.172.

²⁵⁶ J.M. KEATING, JR./M. SHAW, “‘Compared to What?’: Defining Terms in Court-Related ADR Programs”, *Negotiation Journal*, 1990, pp.217-218.

²⁵⁷ C. MENKEL-MEADOW, “Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (In Some Cases)”, *Georgetown Law Journal* 83, 1995, p.2669.

²⁵⁸ O. FISS, “Against Settlement”, *The Yale Law Journal* 93, 1984, 1073-1090; P. BUTLER, “The Case for Trials: Considering the Intangibles”, *Journal of Empirical Legal Studies* 1, 2004, p.627-636.

a las cortes de apelación.²⁵⁹ Kim DAYTON advierte que las potenciales ventajas asociadas con el empleo de dichos mecanismos no son más que un mito, cuestión que ha sido planteada tomando como fundamento los resultados de un controversial trabajo estadístico que se llevó a cabo en Estados Unidos entre los años 1978 y 1988.²⁶⁰ Richard DELGADO, Chris DUNN, Pamela BROWN, Helena LEE y David HUBBERT sostienen que estos mecanismos incrementan las posibilidades de que se prejuzgue en detrimento de las clases menos favorecidas y, por lo tanto, que tales mecanismos deberían sólo ser utilizados entre quienes comparten un mismo estatus.²⁶¹ Laura NADER opina que el movimiento ADR no es más que un fenómeno de pacificación compelida que podría llegar a ser interpretado como una especie de licencia para la vulneración de la ley.²⁶² Y Bryan GARTH explica que los mecanismos no jurisdiccionales le han dado nacimiento a un sistema cerrado, favorecedor de una pequeña élite de raza blanca, predominantemente masculina y de edad madura, que proporciona una forma de justicia hecha a la medida y a la que solo tiene acceso la parte pudiente del sector comercial.²⁶³

102. Dentro de ese reducido y, sin lugar a dudas, decreciente²⁶⁴ grupo de adversarios, el trabajo del Profesor FISS es, probablemente, el que ha provocado el mayor número de discusiones.²⁶⁵ No obstante, la idea de resolver conflictos intersubjetivos mediante la utilización de mecanismos no jurisdiccionales continúa estando presente. La transacción, en particular, sigue siendo la más común de las formas de resolución de conflictos.²⁶⁶ Sería un error afirmar, sin reparo alguno, que todas las transacciones son, por sí mismas, perjudiciales.²⁶⁷ Además, no existe un trabajo investigativo en el cual se haya demostrado cuáles son, o cuáles podrían llegar a ser, los efectos colaterales de un incremento en el número de transacciones dentro del sistema de administración de justicia. De manera que, en los países del *common law*, la tarea de facilitar que los sujetos del conflicto transijan, en lugar de que litiguen, se ha convertido, hasta cierto punto, en el leitmotiv de los jueces.²⁶⁸

103. Corolario de lo anterior, es posible afirmar que la transacción, como categoría contractual no jurisdiccional de carácter resolutorio, ha terminado por adquirir una cierta efervescencia. Sin embargo, esto no quiere decir que el eslogan de «una mala transacción es casi siempre mejor que un buen juicio» (*a bad settlement is almost always better than a good trial*)²⁶⁹ sea invariablemente acertado. Esto tampoco quiere decir que las transacciones sean mejores que las decisiones judiciales, o a la inversa,²⁷⁰ sino que ambas son herramientas esenciales e interdependientes dentro de cualquier sistema de administración de justicia y que lo ideal sería hacer uso de ellas de una forma sistemática.²⁷¹

²⁵⁹ S. YEAZELL, "The Misunderstood Consequences of Modern Civil Process", *Wisconsin Law Review*, 1994, pp.656-660.

²⁶⁰ K. DAYTON, "The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts", *Iowa Law Review* 76, 1991, pp.889-957.

²⁶¹ R. DELGADO et al., "Fairness and Formality: Minimizing the Risk of Prejudice in Alternative Dispute Resolution", *Wisconsin Law Review*, 1985, pp.1359-1404.

²⁶² L. NADER, "The ADR Explosion — The Implications of Rethoric in Legal Reform", *Windsor Yearbook of Access to Justice* 8, 1988, p.280; L. NADER, "Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology", *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* 9, 1994, p.1.

²⁶³ B. GARTH, "Tilting the Justice System: From ADR as Idealistic Movement to a Segmented Market in Dispute Resolution", *Georgia State University Law Review* 18, 2002, pp.927-953.

²⁶⁴ E. YAMAMOTO, "ADR: Where Have the Critics Gone?", *Santa Clara Law Review* 36, 1996, pp.1055-1067.

²⁶⁵ A. COHEN, "Revisiting *Against Settlement*: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values", *Fordham Law Review* 78, 2009, p.102.

²⁶⁶ Th. EISENBERG/Ch. LANVERS, "What is Settlement Rate and Why Should We Care?", *Journal of Empirical Studies* 6, 2009, p.112; N. ANDREWS, "Introduction", *The Three Paths of Justice*, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice 10, 2012, p.3.

²⁶⁷ H. KRITZER, "Adjudication to Settlement: Shading in the Gray", *Judicature* 70, 1987, p.165.

²⁶⁸ P. WALD, "ADR and the Courts: An Update", *Duke Law Journal* 46, 1997, p.1448.

²⁶⁹ *Warner Communications Securities Litigation*, 618 F. Supp. 735 - Dist. Court, SD New York 1985.

²⁷⁰ M. GALANTER, "The Quality of Settlements", *Journal of Dispute Resolution*, 1998, p.82.

²⁷¹ K. McMUNIGAL, "The Costs of Settlement: The Impact of Scarcity of Adjudication on Litigating Lawyers", *UCLA Law Review* 37, 1990, p.880; D. LUBAN, "Settlement and the Erosion of the Public Realm", *The Georgetown Law Journal* 83, 1995, p.2642; G. FOURNIER/Th. ZUEHLKE, "The Timing of Out-of-court Settlements", *The RAND Journal of Economics* 27, 1996, pp.310-321.

104. Tanto las transacciones como las decisiones judiciales cuentan con un cierto número de ventajas y desventajas.²⁷² De manera que tendría sentido reflexionar con respecto a las circunstancias en las cuales la utilización del proceso sería más apropiada que la celebración de una transacción y viceversa.²⁷³ La transacción no debe ser empleada para legitimar una situación que sea contraria al ordenamiento jurídico,²⁷⁴ sino simplemente para dar por terminado el conflicto existente de una forma más expedita en aquellos casos en los cuales no es estrictamente necesario obtener un pronunciamiento por parte de un órgano jurisdiccional.

105. A pesar de la existencia de todo un conjunto de mecanismos no jurisdiccionales que podrían perfectamente servir para estimular una transacción, lo cierto es que, en los países del *common law*, la «mediación», en particular, se ha convertido, hasta cierto punto, en la forma oficial, en el método preferido,²⁷⁵ y en algunos casos, en «la única»²⁷⁶ de las opciones ofrecidas por parte de algunos órganos jurisdiccionales.²⁷⁷ Tan así es que, de una u otra manera, la noción de ADR ha sufrido una especie de metamorfosis²⁷⁸ que le ha prácticamente reducido, equiparado o, en algunos casos, hasta confundido con la mediación.²⁷⁹

106. En la mayoría de los casos la transacción no es más que un efecto consecuencial de una negociación efectiva,²⁸⁰ y la mediación, en cualquiera de sus categorías,²⁸¹ no es más que una forma de negociación facilitada,²⁸² asistida o, si se quiere, manejada,²⁸³ por parte de un tercero imparcial que recibe el nombre de mediador.²⁸⁴

107. Desde este punto de vista, es posible afirmar que el rol de un mediador es, por lo general, conducir una negociación de acuerdo con ciertos estándares que sirvan para concretar la «autodeterminación»²⁸⁵ de dos o más sujetos con el propósito de facilitar la «resolución» de un conflicto

²⁷² H. ERICHSON, "Against Settlement: Twenty-Five Years Later. Foreword: Reflections on the Adjudication-Settlement Divide", *Fordham Law Review* 78, 2010, p.1127.

²⁷³ C. MENKEL-MEADOW, "For and Against Settlement: Uses and Abuses of the Mandatory Settlement Conference", *UCLA Law Review* 498, 1986, p.498.

²⁷⁴ J. COLEMAN/Ch. SILVER, "Justice in Settlement", *Social Philosophy & Policy* 4, 1986, p.111; C. MENKEL-MEADOW, "Public Access to Private Settlements: Conflicting Legal Policies" *Alternatives* 11, 1993, pp.85-87.

²⁷⁵ A. MEYER, "To Adjudicate or Mediate: That is the Question", *Valparaiso University Law Review* 27, 1993, p.358; K. KOVACH, "Privatization of Dispute Resolution: In The Spirit of Pound, but Mission Incomplete: Lessons Learned and a Possible Blueprint for the Future", *South Texas Law Review* 48, 2007, pp.1007-1008; J. NOLAN-HALEY, "Mediation: The 'New Arbitration'", *Harvard Negotiation Law Review* 17, 2012, p.17 et seq.

²⁷⁶ Y. BOYARIN, "Court-Connected ADR—A Time of Crisis, A Time of Change", *Family Court Review* 50, 2012, p.379.

²⁷⁷ J. NOLAN-HALEY, "Court Mediation and the Search for Justice Through Law", *Washington University Law Quarterly* 74, 1996, p.52.

²⁷⁸ A. GERENCSEK, "Alternative Dispute Resolution has Morphed into Mediation: Standards of Conduct Must Be Changed", *Florida Law Review* 50, 1998, pp.843-865.

²⁷⁹ A. GERENCSEK, "Confused by ADR? Changing Conduct Standards Would help", *Alternatives* 18, 2000, pp.81-84; T. ALBRIGHT, "Alternative Dispute Resolution: Cost Savings Just Part of Growth of Mediation", *BizVoice*, 2005, p.48.

²⁸⁰ A. SCHNEIDER, "Shattering Negotiation Myths: Empirical Evidence on the Effectiveness of Negotiation Style", *Harvard Negotiation Law Review* 7, 2002, pp.143-233; D. LUBAN, "Bargaining and Compromise: Recent Work on Negotiation and Informal Justice", *Philosophy & Public Affairs* 14, 1985, pp.402-405.

²⁸¹ L. RISKIN, "Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed", *Harvard Negotiation Law Review* 1, 1996, pp.7-45; J. ALFINI, "Evaluative versus Facilitative Mediation: A Discussion", *Florida State University Law Review* 24, 1997, pp.919-935; E. GREENEBAUM, "On Teaching Mediation", *Journal of Dispute Resolution* 2, 1999, p.115-151; R. BARUCH/J. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach*/San Francisco, Jossey-Bass, 2004, pp.1-304; D. HESSER/E.J. CRAIG, "Team Mediation: An Interdisciplinary Model Balancing Mediation in the "Matrix", *Pepperdine Dispute Resolution Journal* 7, 2007, pp.1-28.

²⁸² L. RISKIN, "Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid, and the New New Grid System", *Notre Dame Law Review* 79, 2003, p.18.

²⁸³ T. MCCOY, "The Whys and Ways of Mediation", *Business Law Today* 2, 1993, p.25.

²⁸⁴ D. PLIMPTON, "Mediation of Disputes: The Role of The Lawyer and How Best to Serve The Client's Interest", *Maine Bar Journal*, 1993, p.38.

²⁸⁵ N. WELSH, "The Thinning Vision of Self-Determination in Court Connected Mediation: The Inevitable Price of Institutionalization", *Harvard Negotiation Law Review* 6, 2001, pp.1-96.

mediante la celebración de una transacción o de cualquier otra figura contractual de naturaleza similar.²⁸⁶ En este sentido, la mediación, al igual que la negociación,²⁸⁷ puede ser vista, simplemente, como una forma de mantener el orden,²⁸⁸ cuestión que se verifica mediante la toma de una decisión que ha sido producto de un «acuerdo óptimo», es decir, de un acuerdo en el cual cada una de las partes sacrifica una cosa por otra y en el que, a pesar de la reciprocidad de sacrificios, se terminan por satisfacer los intereses de ambas partes.²⁸⁹

108. Durante las últimas tres décadas, la mediación, como instrumento de facilitación de una transacción, ha venido paulatinamente transformando la práctica de la abogacía.²⁹⁰ Las transacciones, tradicionalmente, eran producto de las negociaciones que se llevaban a cabo entre los abogados (*lawyer-to-lawyer negotiations*), mientras que con el advenimiento de la mediación, las transacciones comenzaron a tener lugar en presencia y con la participación directa de las partes (*face-to-face participation*).²⁹¹

109. En efecto, el éxito de la mediación se halla sujeto a la verificación de ciertos estándares,²⁹² específicamente, de algunos estándares de participación²⁹³ que demandan la realización de un esfuerzo que podría ser útil para resolver el conflicto existente.²⁹⁴ Dicha participación puede tener lugar tanto a partir de un programa de participación voluntaria, como a partir de un programa de participación obligatoria,²⁹⁵ cuestión que, dicho sea de paso, no pareciera ejercer impacto alguno en cuanto al número de transacciones.²⁹⁶

110. Lisa LERMAN, Trina GRILLO y Penelope BRYAN han escrito por separado con respecto a los potenciales peligros relacionados con el uso de la mediación como forma de resolución de conflictos y, en particular, con respecto a los programas de participación obligatoria, concretamente, en materia de familia, en donde: (1) se ha reportado un cierto número de inconvenientes que han servido para calificarle como el mecanismo menos deseable, particularmente, en casos de violencia en contra de personas del sexo femenino,²⁹⁷ (2) se cree que las personas podrían llegar a ser indirectamente compelidas a manifestar su aquiescencia,²⁹⁸ y (3) se ha percibido que existe un problema de desigualdad de poderes entre hombres y mujeres.²⁹⁹

111. Aun así, todo parece indicar que los programas de participación obligatoria³⁰⁰ han servido para estimular una especie de «eclipse procesal parcial»³⁰¹ que ha permitido que la mediación adquiera

²⁸⁶ L. RANDOLPH LOWRY, "Preparing Your Client... For Mediation", *Dispute Resolution Journal*, 1998, pp.30-37.

²⁸⁷ M. EISENBERG, "Private Ordering Through Negotiation: Dispute Settlement and Rulemaking", *Harvard Law Review* 89, 1976, pp.637-681.

²⁸⁸ L. FULLER, "Mediation — Its Forms and Functions", *Southern California Law Review* 44, 1971, p.338.

²⁸⁹ L. FULLER, "Collective Bargaining and the Arbitrator", en *Proceedings of the Fifteenth Annual Meeting, National Academy of Arbitrators*/Mark KAHN (ed.)/Pittsburgh, Pennsylvania 1962, pp.29-30.

²⁹⁰ J. NOLAN-HALEY, "Lawyers, Clients, and Mediation", *Notre Dame Law Review* 73, 1998, p.1372.

²⁹¹ C. MCEWEN, "Pursuing Problem-Solving or Predictive Settlement", *Florida State University Law Review* 19, 1992, p.86.

²⁹² Centre for Dispute Settlement: The Institute of Judicial Administration, "National Standards for Court-Connected Mediation Programs"/Washington, DC: 2009.

²⁹³ K. DEVINE, "Alternative Dispute Resolution: Policies, Participation, and Proposals", *The Review of Litigation* 11, 1992, p.96 et seq.; J. LANDE, "Using Dispute System Design Methods to Promote Good-Faith Participation in Court-Connected Mediation Programs", *UCLA Law Review* 50, 2003, pp.69-141.

²⁹⁴ D. WINSTON, "Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: 'You Can Lead a Horse to Water...'", *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 11, 1996, pp.187-206.

²⁹⁵ P. NAUGHTON, "Alternative Forms of Dispute Resolution: Their Strengths and Weaknesses", *Arbitration* 56, 1990, p.77.

²⁹⁶ B. MCADOO/N. WELSH/R. WISSLER, "Institutionalization: What do Empirical Studies Tells Us About Court Mediation", *Dispute Resolution Magazine*, 2003, p.8.

²⁹⁷ L. LERMAN, "Mediation of Wife Abuse Cases: The Adverse Impact of Informal Dispute Resolution on Women", *Harvard Women's Law Journal* 7, 1984, pp.57-113.

²⁹⁸ T. GRILLO, "The Mediation Alternative: Process Dangers for Women", *The Yale Law Journal* 100, 1991, pp.1545-1610.

²⁹⁹ P. BRYAN, "Killing Us Softly: Divorce Mediation and the Politics of Power", *Buffalo Law Review* 40, 1992, pp.441-523.

³⁰⁰ D. HENSLER, "Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2002, p.82.

³⁰¹ J. RESNIK, "For Owen M. Fiss: Some Reflections on the Triumph and the Death of Adjudication", *University of Miami Law Review* 58, 2004, p.199.

una mayor visibilidad, o quizá, un cierto nivel de supremacía no solamente frente al proceso, sino también frente al resto de los mecanismos no jurisdiccionales, cuestión que, de una u otra forma, pareciera trastocar una de las ideas centrales del movimiento destinado a promover estos mecanismos: la idea de que no existe un mecanismo multiuso y que lo ideal sería utilizar el mecanismo más apropiado. En efecto, la mediación, por antonomasia, no es más que un mecanismo de «resolución» de conflictos, o dicho de otra forma, una pequeña parte dentro de la creciente e inexplorada constelación de mecanismos no jurisdiccionales. Es importante recordar que dichos mecanismos están destinados a prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos,³⁰² y que cualquier especie de favoritismo hacia sólo uno de ellos (*one-size-fits-all approach*) podría terminar siendo perjudicial para su evolución.³⁰³

IX. Hacia la reconceptualización del ejercicio profesional de la abogacía

112. La mayoría de los programas universitarios de las facultades de derecho contienen un importante número de materias destinadas a que los futuros «abogados litigantes» puedan interceder en favor de uno o más sujetos para proteger sus derechos o intereses mediante el uso efectivo del «proceso» y de algunos otros instrumentos.³⁰⁴ Cuando se disemina la idea de utilizar mecanismos no jurisdiccionales a gran escala, particularmente, dentro de los países del *common law*, los litigantes se vieron prácticamente constreñidos a explorar cómo funcionaban estos mecanismos, fundamentalmente, porque los órganos jurisdiccionales desarrollaron varios programas que terminaron por, de una u otra forma, compeler el uso de los mismos.

113. La utilización compeliada de otros mecanismos distintos al proceso, culminaría generando un amplio escenario de improvisación protagonizado por jueces, funcionarios judiciales y abogados que, por primera vez, fueron llamados a cumplir con una labor para la que no habían sido formados. A partir de allí, los órganos jurisdiccionales se convirtieron en teatros de ensayo que sirvieron, en primer lugar, para perfeccionar las técnicas empleadas por todos y cada uno de los intérpretes y, en segundo lugar, para mejorar el funcionamiento de los programas que fueron inicialmente desarrollados por los órganos jurisdiccionales.³⁰⁵

114. Con el pasar de los años, las universidades estadounidenses,³⁰⁶ y posteriormente las de algunos otros países del *common law*, fueron paulatinamente reaccionando³⁰⁷ ante la creciente promoción, facilitación e implementación de estos mecanismos, cuestión que terminaría por incentivar la creación de nuevos programas de instrucción,³⁰⁸ e incluso de un significativo número de textos didácticos,³⁰⁹ en

³⁰² P. ADLER, “The Future of Alternative Dispute Resolution: Reflections on ADR as a Social Movement”, *The Possibility of Popular Justice: A Case Study of Community Mediation in the United States*, S. ENGLE MERRY/N. MILNER (eds.)/Michigan, The University of Michigan Press, 1996, p.68.

³⁰³ J. MACFARLANE, “ADR and the Courts: Renewing our Commitment to Innovation”, *Marquette Law Review* 95, 2012, pp.927-940.

³⁰⁴ E. GREEN, “A Comprehensive Approach to the Theory and Practice of Dispute Resolution”, *Journal of Legal Education* 34, 1984, p.246.

³⁰⁵ G. BROWN, “A Community of Court ADR Programs: How Court-Based ADR Programs Help Each Other Survive and Thrive”, *The Justice System Journal* 26, 2005, p.328.

³⁰⁶ Véase, por ejemplo, “Directory of ADR Courses and Programs” <<http://adr.uoregon.edu/aba/>> 6 marzo 2018.

³⁰⁷ R. MOBERLY, “Introduction: Dispute Resolution in the Law School Curriculum: Opportunities and Challenges”, *Florida Law Review* 50, 1998, pp.585-586.

³⁰⁸ L. RISKIN, “Disseminating the Missouri Plan to Integrate Dispute Resolution into Standard Law School Courses: A Report in Collaboration with Six Law Schools”, *Florida Law Review* 50, 1998, pp.589-607; S. COLE/N. ROGERS/J. STULBERG, “Sustaining Incremental Expansion: Ohio State’s Experience in Developing the Dispute Resolution Curriculum”, *Florida Law Review* 50, 1998, pp.667-677.

³⁰⁹ Entre ellos se incluyen T. CARBONNEAU, *Alternative Dispute Resolution: Melting the Lances and Dismounting the Steeds!* Urbana: University of Illinois Press 1989; A. BEVAN, *Alternative Dispute Resolution: A Lawyer’s Guide to Mediation and Other Forms of Dispute Resolution*/London: Sweet & Maxwell, 1992; M. FREEMAN, *Alternative Dispute Resolution*/New York: New York University Press, 1995; S. MEEK, *Alternative Dispute Resolution*/Tucson: Lawyers & Judges, 1996; E. BRUNET/Ch. CRAVER, *Alternative Dispute Resolution: The Advocate’s Perspective*/Charlottesville: Michie, 1997; P. RAO/W. SHEFFIELD (eds.), *Al-*

los que se analiza este fenómeno: (1) como una pequeña parte dentro del programa de derecho procesal o (2) como un programa separado en el cual se describe la noción de ADR, se estudian los mecanismos primarios, excluyendo al proceso, es decir, la negociación, la mediación y el arbitraje, y se habla con respecto al funcionamiento de varios otros mecanismos no jurisdiccionales.³¹⁰

115. El desarrollo de los programas destinados a facilitar la formación de profesionales capacitados para hacer un mejor uso de mecanismos distintos al proceso surge a partir de la preparación de varias propuestas que tenían por objeto lograr este objetivo de una forma didáctica, pero sobre todo pedagógica.³¹¹ La preparación de dichos programas serviría, por una parte, para contrarrestar las críticas relacionadas con el mero pragmatismo de la disciplina³¹² y, por otra parte, para estimular el estudio exhaustivo de esta materia, no solamente a nivel universitario, sino también a nivel institucional.

116. En los últimos años, los procesalistas del *common law* han venido mostrando un marcado interés en este fenómeno.³¹³ Sin embargo, hay un reducido sector de la academia que pareciera estar dividido entre procesalistas y anti-procesalistas, es decir, entre quienes enseñan únicamente Derecho Procesal (*Civil Procedure*) y quienes enseñan solamente ADR (*Alternative Dispute Resolution*) en general o; según el caso, negociación, mediación o arbitraje en particular, cuestión que, en el último caso, demanda un cierto grado de coordinación por parte del grupo docente para garantizar una impartición eficaz³¹⁴ de estas disciplinas. Pareciera que, para algunos, ambas materias han sido vistas como cuestiones incompatibles, en lugar de ser observadas como cuestiones complementarias o, incluso, necesarias dentro de cualquier programa de formación de un estudiante de derecho.

117. El estudio de mecanismos no jurisdiccionales de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos no solamente a nivel de pregrado, sino también a nivel de postgrado,³¹⁵ se ha convertido en una tarea esencial para el logro de una formación integral que va más allá del mero estudio del proceso y del ejercicio de la función jurisdiccional.³¹⁶ En los países del *common law* y, también, dentro de la política que ha sido desarrollada por parte de los Estados Miembros de la Unión Europea,³¹⁷ la idea de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales posiblemente responde a las necesidades de una sociedad mucho más compleja,³¹⁸ o probablemente a una forma de reconceptualización del ejercicio del derecho como

ternative Dispute Resolution: What it is and How it Works/Delhi: Universal Law Pub. Co., 1997; S. WARE, *Alternative Dispute Resolution*/St. Paul: West Group, 2001; T. SOURDIN, *Alternative Dispute Resolution*/Pymont: Lawbook Co., 2002; A. FIADJOE, *Alternative Dispute Resolution: A Developing World Perspective*/London: Cavendish, 2004; J. GREING, *Alternative Dispute Resolution*/St. Paul: Thomson-West, 2005; A. BONGAT, *The Art and Heart of Alternative Dispute Resolution: Mediation*/Quezon City: Central Book Supply, 2006; S. WARE, *Principles of Alternative Dispute Resolution*/St. Paul: Thomson-West, 2007; Ch. CHATTERJEE, A. LEFCOVITCH, *Alternative Dispute Resolution: A Practical Guide*/London: Routledge 2008; M. PARTRIDGE, *Alternative Dispute Resolution: An Essential Competency for Lawyers*/Oxford: OUP, 2009; L. COLTRI, *Alternative Dispute Resolution: A Conflict Diagnosis Approach*/Boston: Prentice Hall, 2010; S. BLAKE/J. BROWNE/S. SIME, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*/Oxford: OUP, 2011.

³¹⁰ J. NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution*/St. Paul, Minnesota, Thomson, 2008, pp.1-490.

³¹¹ C. MENKEL-MEADOW, "To Solve Problems, Not To Make Them: Integrating ADR in the Law School Curriculum", *SMU Law Review* 46, 1993, pp.2002-2004.

³¹² J. SCIMECCA, "Theory and Alternative Dispute Resolution: A Contradiction in Terms?", *Conflict Resolution Theory and Practice: Integration and Application*, D. SANDOLE/H. VAN DER MERWE (eds.)/Manchester, Manchester University Press, 1993, pp.216-217.

³¹³ J. RESNIK, "Due Process: A Public Dimension", *University of Florida Law Review* 39, 1987, p.408.

³¹⁴ L. VAUGHN, "Integrating Alternative Dispute Resolution (ADR) into the Curriculum at the University of Washington School of Law: A Report and Reflections", *Florida Law Review* 50, 1998, p.706.

³¹⁵ R. PIPKIN, "Teaching Dispute Resolution in the First Year of Law School: An Evaluation of the Program at the University of Missouri Columbia", *Florida Law Review* 50, 1998, pp.618-619.

³¹⁶ C. MENKEL-MEADOW, "To Solve Problems, Not To Make Them: Integrating ADR in the Law School Curriculum", *SMU Law Review* 46, 1993, pp.1995-2004.

³¹⁷ Véase el artículo 81.2(g) de las Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

³¹⁸ K. MACKIE, "Conclusion: Dispute Resolution Features", en *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, K. MACKIE (ed.)/London, Routledge, 1991, p.280; E. DAUER, "Justice Irrelevant: Speculations on the Causes of ADR", *Southern California Law Review* 74, 2000, p.90.

instrumento destinado a mantener el orden,³¹⁹ pero sobre todo a los deletéreos efectos consecuenciales de la «hiperjurisdicción procesal»,³²⁰ es decir, a las consecuencias de haber asumido que el proceso es una especie de pieza maestra³²¹ que fue diseñada para solucionar todos y cada uno de los conflictos que se originasen mediante la estricta aplicación de normas jurídicas.³²²

118. La «solución» de conflictos a través del «proceso» no es más que un servicio destinado a satisfacer ciertas pretensiones,³²³ pero el profesional del derecho de este siglo debe estar en capacidad de prestar un mejor servicio.³²⁴ La idea tradicional del «abogado gladiador» y de una potencial arena de litigio en donde el conflicto se dejaba en manos de un congestionado y, comúnmente, moroso sistema de administración de justicia que, eventualmente, culminaría dictando una decisión para solucionar dicho conflicto ha sido sustituida por la de un «abogado intercesor» que ha sido capacitado para desempeñar una función mucho más sofisticada de: (1) prevención, (2) manejo, (3) resolución y (4) solución de conflictos intersubjetivos.³²⁵

119. En los últimos dos supuestos, es decir, tanto al momento de «resolver» como al momento de «solucionar» cualquier clase de conflicto, se espera que dicho abogado esté capacitado para indicar cuál es el mecanismo más apropiado³²⁶ y, al mismo tiempo, para tratar de conseguir el mejor de los resultados posibles (*the best possible outcome*),³²⁷ con o sin la ayuda de un tercero imparcial y, sobre todo, para que se haga uso de los órganos jurisdiccionales o, concretamente, del proceso, sólo «en último extremo», es decir, si no hay otro remedio que sea capaz de facilitar la terminación del conflicto (*litigation as a last resort*).³²⁸ Esto no quiere decir que hay que evitar hacer uso del proceso a toda costa,³²⁹ porque en ciertos casos el proceso podría ser la mejor, o tal vez, la única de las opciones, sino que lo ideal sería realizar un «diagnóstico del conflicto» para posteriormente «prescribir» el mecanismo, o dependiendo de las circunstancias, la secuencia de mecanismos que pudiera llegar a utilizarse para lograr su terminación³³⁰ de la forma más apropiada. De cualquier modo, lo importante es que se llegue a un resultado justo (*a just result*).³³¹

120. Claro que la tarea de diagnosticar un conflicto y de «recetar» el mecanismo más apropiado sólo puede llegar a ser desempeñada por profesionales que estén en capacidad de dar «información» relacionada con las formas en las cuales se puede prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto.³³² Es verdad que los sujetos del conflicto tienen «derecho a la jurisdicción», pero también es

³¹⁹ F. SANDER, R. MNOOKIN, "A Worthy Challenge: The Teaching of Problem Solving in Law Schools", *Dispute Resolution Magazine* 6, 2000, p.23.

³²⁰ O. CHASE, *Law, Culture, and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context*/New York, New York University Press, 2005, p.105.

³²¹ S. GROSS, K. SYVERUD, "Getting to No: A Study of Settlement Negotiations and the Selection of Cases for Trial", *Michigan Law Review* 90, 1992, p.320.

³²² A. ALSCHULER, "Mediation with a Mugger: The Shortage of Adjudicative Services and the Need for a Two-Tier Trial System in Civil Cases", *Harvard Law Review* 99, 1986, p.1817.

³²³ E. CARROLL, "Are We Ready for ADR in Europe", *International Financial Law Review* 8, 1989, p.14.

³²⁴ J. LANDE, "Developing Better Lawyers and Lawyering Practices: Introduction to the Symposium on Innovative Models of Lawyering", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2008, p.4.

³²⁵ J. WOLFE, "Across the Ripple of Time: The Future of Alternative (Or, Is It 'Appropriate?') Dispute Resolution", *Tulsa Law Journal* 36, 2001, p.798.

³²⁶ D. HOFFMAN, "Colliding Worlds of Dispute Resolution: Towards a Unified Field Theory of ADR", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2008, p.37.

³²⁷ J. MACFARLANE, "The Evolution of the New Lawyer: How Lawyers are Reshaping the Practice of Law", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2008, p.64.

³²⁸ L. PHIPPS SENFT/C. SAVAGE, "ADR in the Courts: Progress, Problems, and Possibilities", *Penn State Law Review* 108, 2004, p.333.

³²⁹ J. WERNER, "ADR: Will European Brains Be Set On Fire?", *Journal of International Arbitration* 10, 1993, p.46.

³³⁰ R. BORDONE/M. MOFFITT/F. SANDER, "The Next Thirty Years", en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFITT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.510.

³³¹ D. WECKSTEIN, "The Purposes of Dispute Resolution: Comparative Concepts of Justice", *American Business Law Journal* 26, 1988, pp.605-624.

³³² C. MENKEL-MEADOW, "In Conflicts, 'Doing the Least' May Be the ABA's Best Move", *CPR Institute for Dispute Resolution* 18, 2000, p.141.

cierto que los sujetos del conflicto, en ejercicio de su «derecho a la información», tienen derecho a ser informados con respecto a cuáles son las opciones distintas a la mera solución de un conflicto determinado a través del proceso, razón por la cual hay quienes sugieren que los abogados que no hayan informado a sus clientes con respecto a cuáles son los riesgos de acudir por ante un órgano jurisdiccional y a cuáles son las opciones distintas al proceso deberían ser sancionados disciplinariamente por mala praxis,³³³ un argumento que vale la pena examinar y que, dicho sea de paso, parece haber sido construido a partir de un símil entre la práctica de la medicina y el ejercicio de la abogacía.³³⁴

121. En Estados Unidos, por ejemplo, casi todas las cortes federales de distrito exigen: (1) que los abogados suministren a sus clientes con información relativa a cuáles son las opciones distintas al proceso, (2) que los abogados de los sujetos del conflicto lleguen a un acuerdo con respecto a la posibilidad de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales, (3) que dentro del plan de manejo del caso que normalmente se presenta ante la corte se haga inclusión de una propuesta, o de un componente, que les permita utilizar mecanismos no jurisdiccionales en un momento determinado o, en su lugar, que se examine el tema de cuáles son las opciones distintas al proceso dentro de la audiencia de manejo del conflicto.³³⁵ La experiencia estadounidense terminaría por despertar una cierta curiosidad dentro de muchos otros países del *common law*, en donde la idea de hacer uso de mecanismos no jurisdiccionales de una forma más estructurada se vería posteriormente desarrollada mediante una serie de iniciativas similares.

122. En las últimas tres décadas, muchas facultades y escuelas de derecho han tomado la iniciativa de reexaminar sus programas³³⁶ de cara a una nueva tendencia orientada a reflexionar con respecto a cuál es, o cuál debería ser, la función del profesional del derecho,³³⁷ no desde un punto de vista filosófico, ético o deontológico, sino desde una perspectiva antropológica³³⁸ y, en cierta medida, evolucionista.³³⁹ A partir de allí, se ha hecho el intento de incorporar nuevas áreas tendientes a contribuir con la formación de un profesional en materia de prevención, manejo, resolución y solución de conflictos mediante la utilización de mecanismos diversos (*problem solving approach*),³⁴⁰ en lugar de simplemente un profesional en materia de «solución» de conflictos a través del proceso.³⁴¹

123. La formación de profesionales capacitados para lograr la terminación de un conflicto a través del mecanismo más apropiado se ha convertido en una relativamente nueva labor que permite no solamente profesionalizar a quienes se encargan de prevenir, manejar, resolver o solucionar un determinado conflicto intersubjetivo mediante el empleo de otros mecanismos distintos al proceso, sino también evitar la proliferación de quienes se autoproclaman como expertos en materia de ADR (*self-proclaimed*

³³³ R. COCHRAN, Jr. "Legal Representation and The Next Steps Toward Client Control: Attorney Malpractice for the Failure to Allow the Client to Control Negotiation and Pursue Alternatives to Litigation", *Washington and Lee Law Review* 47, 1990, pp.819-877; R. COCHRAN, Jr. "ADR, the ABA, and Client Control: A Proposal that the Model Rules Require Lawyers to Present ADR Options to Clients", *South Texas Law Review* 41, 1999, pp.183-201.

³³⁴ F. SANDER, "Professional Responsibility: Should there be a Duty to Advise of ADR Options?", *ABA Journal* 76, 1990, p.50.

³³⁵ S. SCHMITZ, "Giving Meaning to the Second Generation of ADR Education: Attorneys' Duty to Learn about ADR and What They Must Learn", *Journal of Dispute Resolution* 30, 1999, p.31.

³³⁶ F. SANDER/J. HENRY, "A Pioneer Looks Back: An 'Exit', Interview with CPR's Jim Henry", *Dispute Resolution Magazine* 7, 2001, p.25.

³³⁷ C. HALPERN, "A New Direction in Legal Education: the CUNY Law School at Queens College", *Nova Law Journal* 10, 1986, p.556.

³³⁸ S. MERRY, "Anthropology and the Study of Alternative Dispute Resolution", *Journal of Legal Education* 34, 1984, p.277.

³³⁹ A. SACKS, "Legal Education and the Changing Role of Lawyers in Dispute Resolution", *Journal of Legal Education* 34, 1984, pp.237-244.

³⁴⁰ S. SCHMITZ, "What Should We Teach in ADR Courses?: Concepts and Skills For Lawyers Representing Clients in Mediation", *Harvard Negotiation Law Review* 6, 2001, pp.189-210; R. FISHER, "Millennium Problem Solving: Improving the Legal Profession", *Alternatives* 17, 1999, p.105 et seq.; L. RISKIN, "A Response to Professor Pipkin", *Florida Law Review* 50, 1998, pp.757-760.

³⁴¹ J. MACFARLANE, "The Challenge of ADR and Alternative Paradigms of Dispute Resolution: How Should the Law Schools Respond?", *The Law Teacher* 31, 1997, pp.13-29.

ADR experts).³⁴² El incremento del número de profesionales calificados en esta materia será, sin lugar a dudas, imprescindible para obtener los beneficios potenciales que se podrían llegar a obtener a partir de una mayor y, sobre todo, mejor utilización de los promisorios mecanismos no jurisdiccionales.³⁴³

X. El futuro de los mecanismos no jurisdiccionales

124. La idea de predecir cuál podría llegar a ser el futuro de los mecanismos no jurisdiccionales y de su reinstitucionalización dentro del sistema de administración de justicia podría ser catalogada como una labor de mera especulación. En menos de la mitad de un siglo, la noción de mecanismos no jurisdiccionales se ha desarrollado y, al mismo tiempo, esparcido a un nivel exponencial. La globalización del fenómeno relacionado con el empleo de mecanismos no jurisdiccionales a gran escala³⁴⁴ pareciera ser indetenible y los efectos consecuenciales de su expansión son prácticamente impredecibles. Todo parece indicar que el uso de mecanismos de naturaleza «competitiva» ha sido y, de hecho, continúa siendo aminorado por el empleo de mecanismos de naturaleza «colaborativa»,³⁴⁵ pero es importante resaltar que, en la mayoría de los países, los sistemas destinados a prevenir, manejar, resolver o solucionar conflictos intersubjetivos no son más que un efecto reflejo del adelanto, o del retraso, de la política estatal.³⁴⁶

125. En los países de la *common law*, la mayoría de las políticas de modernización del sistema de administración de justicia se han inclinado a promover y a facilitar el empleo de estos mecanismos tanto dentro como fuera del proceso. Los resultados de la experiencia extranjera³⁴⁷ podrían servir de guía para la elaboración o, incluso, para el mejoramiento de cualquier proyecto o plan destinado a propagar el uso de mecanismos no jurisdiccionales, no solamente en España, sino también en el resto de los países de habla hispana.³⁴⁸ No obstante, es necesario recordar que al momento de importar instituciones jurídicas es imprescindible tomar en cuenta que las instituciones que funcionan perfectamente en algunos países podrían no funcionar en algunos otros y viceversa.³⁴⁹ Se cree que cualquier programa destinado a estimular la utilización de mecanismos no jurisdiccionales debería estar acompañado por un plan contentivo de cuatro fases: (1) diseminación, (2) experimentación, (3) evaluación e (4) implementación.

126. El desarrollo de una estrategia de «diseminación» permite que se lleve a cabo el esparcimiento sistemático de los conceptos, instituciones, conocimientos, teorías, doctrinas y, en general, de algunos otros aspectos teórico-prácticos esenciales relacionados con la tarea de utilizar mecanismos no jurisdiccionales de la forma más apropiada. Posteriormente, tendría sentido iniciar una fase de «experimentación» que garantice la puesta en práctica de uno o varios programas meticulosamente estructurados que sirvan para conocer cómo funcionan estos mecanismos dentro de un determinado sistema de administración de justicia. Lo ideal sería comenzar con un programa piloto³⁵⁰ que sirva para ponerles a prueba. Seguidamente, sería recomendable diseñar un modelo de «evaluación» que pueda ser utilizado como un instrumento de validación destinado a examinar y a perfeccionar los programas destinados a promover y facilitar el empleo de dichos mecanismos. Ulteriormente, se podría entonces elaborar un proyecto de «implementación» que cuente con los elementos que sean necesarios para alcanzar los objetivos que se desean a través de una mayor y más efectiva utilización de dichos mecanismos.

³⁴² H. EDWARDS, "Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema", *Harvard Law Review* 99, 1986, pp.683.

³⁴³ J. HENRY, "Some Reflections on ADR", *Journal of Dispute Resolution* 1, 2000, pp.63-70.

³⁴⁴ J. COBEN, "Intentional Conversations about the Globalization of ADR", *Journal of Law & Policy* 27, 2006, pp.217-227.

³⁴⁵ P. WANGERIN, "The Political and Economic Roots of the 'Adversary System' of Justice and 'Alternative Dispute Resolution'", *The Ohio State Journal on Dispute Resolution* 9, 1994, pp.203-242.

³⁴⁶ A. SARAT/J. GROSSMAN, "Courts and Conflict Resolution: Problems in the Mobilization of Adjudication", *The American Political Science Review* 69, 1975, p.1200.

³⁴⁷ M. DE BOISSESON, "Thoughts on the Future of ADR in Europe", *Arbitration International* 15, 1999, p.349.

³⁴⁸ Federal Judicial Centre & the CPR Institute for Dispute Resolution, *ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges & Lawyers*/ Washington, 1996, pp.1-308.

³⁴⁹ C. MENKEL-MEADOW, "Exporting and Importing ADR: 'I've looked at Life from Both Sides Now'", *Dispute Resolution Magazine* 12, 2006, p.7.

³⁵⁰ F. SANDER, "Another View of Mandatory Mediation", *Dispute Resolution Magazine* 13, 2007, p.16.

127. El rol que desempeñan los mecanismos no jurisdiccionales dentro del sistema de administración de justicia es un asunto que ha sido suficientemente debatido³⁵¹ y que, posiblemente, continúe siendo discutido no solamente dentro de los países del *common law*, sino también en todos aquellos países del derecho continental en los cuales se ha comenzado a hacer uso de ellos de una forma mucho más planificada. Es importante reiterar que, en principio, no existe un mecanismo que pueda ser catalogado como superior o inferior a otro.³⁵² La idea de examinar cuáles son los mecanismos destinados a «prevenir», «manejar», «resolver» o «solucionar» conflictos intersubjetivos, por lo tanto, no tiene por objeto favorecer a un mecanismo en particular y, mucho menos, reemplazar al proceso o incitar su abolición, sino simplemente conocer cómo funcionan estos mecanismos para que, en un momento determinado, se pueda con certeza determinar cuáles son las opciones disponibles, seleccionar la más apropiada de ellas y, por encima de todo, garantizar el uso efectivo de cada una de las herramientas existentes.

³⁵¹ J. STERNLIGHT, “ADR is Here: Preliminary Reflection on Where it Fits in A System of Justice”, *Nevada Law Journal* 3, 2003, p.289.

³⁵² M. MOFFIT/R. BORDONE, “Perspectives on Dispute Resolution: An Introduction”, en *The Handbook of Dispute Resolution*, M. MOFFIT/R. BORDONE (eds.)/San Francisco, Jossey Bass, 2005, p.11.

CRISIS MATRIMONIALES, IMPERATIVIDAD DE LA NORMA DE CONFLICTO Y DERECHO EXTRANJERO

MARITAL CRISIS, IMPERATIVENESS OF THE CHOICE OF LAW RULE AND FOREIGN LAW

LUIS F. CARRILLO POZO
Profesor de Derecho Internacional privado
Universidad de Gerona

Recibido:09.07.2018/Aceptado:27.07.2018
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4377>

Resumen: El sistema español de tratamiento de la ley extranjera se construye sobre tres pilares, el que sanciona la imperatividad de la norma de conflicto, las reglas sobre medios de prueba y la previsión de las consecuencias de la falta de prueba de tal ley. La interacción de estos pilares debe traducirse en respuestas diferenciadas según el sector del Derecho en el que nos encontremos. En los procesos matrimoniales no existe espacio para la libertad de los particulares y sí fuertes intereses públicos, lo que significa que el órgano judicial tiene que aplicar no sólo la norma de conflicto sino también el ordenamiento reclamado por ésta, investigándolo de oficio si no lo aportan los litigantes. Único condicionante es el respeto del contradictorio y la interdicción de la indefensión.

Palabras clave: procesos matrimoniales, derecho extranjero, imperatividad de la norma de conflicto, reglamentos europeos.

Abstract: The Spanish system of procedural treatment of foreign law is built on three main pillars: the one which sanctions the imperativeness of the choice of law rule, the rules on means of evidence, and the forecast of the consequences of the lack of evidence of such a law. The interaction of these pillars has to be translated into differentiated responses according to the material sector of the Law in which we find ourselves. In matrimonial proceedings there is no room for the freedom of individuals, because of the strong public interests. Consequently, this means that the judicial body has to apply not only the conflict rule, but also the regulation claimed by it, even investigating it *ex officio* if it has not been brought by any of the parties. The only constrains are the respect of the right to an adversarial proceeding and the interdiction of the lack of defence.

Keywords: matrimonial causes, Foreign Law, mandatory application of the Choice of Laws Rules, EU Regulations.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión: tipología de controversias sometidas a una ley extranjera. II. Desbrozando el panorama. 1. Los condicionantes reales y estructurales. 2. Un breve excursio histórico. 3. Los mimbres normativos. III. Reconstrucción del sistema en los procesos matrimoniales. 1. Una operación necesaria y útil. 2. El silencio no es *electio iuris*. 3. ¿Qué es excepcional en la LCJI? D. El control de las conclusiones sobre qué ley es aplicable. IV. Algunas cuestiones particulares del proceso matrimonial. 1. Medidas provisionales previas y coetáneas. 2. De la demanda a la sentencia firme. 3. El limitado alcance de la autonomía de las partes. V. El divorcio notarial. VI. Una nota final.

I. Planteamiento de la cuestión: tipología de controversias sometidas a una ley extranjera

1. La expresión de un sujeto al que se le informa de que el divorcio que pretende solicitar se rige por un sistema jurídico extranjero sólo encuentra parangón en algún rostro pintado por Caravaggio. Lo peor es que, con frecuencia, todo se queda en ese primer susto.

El presente trabajo parte precisamente de la perplejidad suscitada por algún caso vivido desde la primera fila: Sobre alegación y prueba del Derecho extranjero se ha escrito mucho, hasta el punto de lo inabarcable. Pero no existe –por cuanto se me alcanza conocer– ningún tratamiento específico del tema con relación al procedimiento matrimonial, que vaya más allá de la referencia a la necesidad de distinguir entre lo disponible y lo que no lo es. En efecto, hablamos de procedimientos en los que aparecen implicados una pluralidad de objetos procesales, sobre alguno de los cuales los litigantes tienen plena disponibilidad mientras que otros quedan sustraídos a su soberanía, mas acomunados todos por el hecho de que la intervención de la autoridad es preceptiva y de que se desenvuelven en un solo y mismo procedimiento. Esta doble circunstancia (preceptiva intervención del poder público y mezcla de materias) debería tener su traducción en el tema de la imperatividad de la norma de conflicto y el tratamiento del Derecho extranjero en su caso aplicable, sin desconocer que realizar demasiadas distinciones en este contexto incorpora el riesgo de generar un mecano difícilmente manejable.

2. No será lo más habitual, pero la aplicabilidad de una ley extranjera en el proceso matrimonial tampoco es extraordinaria (eventualmente podrían ser varias, ya que cada aspecto envuelto en él recibe su propio razonamiento conflictual)¹. Son tres las situaciones típicas en las que esto sucede: Imagínese el caso de un individuo –tal vez de nacionalidad española– que contrajo matrimonio con una ciudadana –tal vez española–, y se instalan a vivir en algún país extranjero. Poco nos importa si justo después de casarse o no (otra cosa será el problema de la liquidación del régimen económico)². En aquel país han vivido durante varios años y allí han nacido sus hijos³. Por las razones que sean, problemas de convivencia han aconsejado que uno de los cónyuges –y sólo uno– vuelva a España, eventualmente junto con la prole. No es raro que el marido preste su consentimiento para el traslado y para que los hijos sean escolarizados, pero no es descartable que estemos en presencia de un traslado ilícito. A veces el cónyuge que abandona el país del domicilio conyugal lo hace huyendo de situaciones de violencia doméstica. Ahora quieren divorciarse (o separarse o solicitar la nulidad matrimonial), se ha presentado una demanda pero no se puede dar por sentado que se aplica el ordenamiento español (hipótesis primera). A esta se asimila la del matrimonio mixto residente en el extranjero, cuando uno de ellos se instala en España y antes del transcurso de un año (por ejemplo si el actor es nacional español o actúan de común acuerdo o demanda el residente en el extranjero) interpone demanda de separación, nulidad o divorcio.

Piénsese asimismo en el caso de unos cónyuges de la misma nacionalidad (*v. gr.*, emigrantes) que se han instalado en España, ha cesado la convivencia, uno de ellos se ha marchado a otro país (eventualmente el suyo de origen) y al cabo de más de un año se interpone demanda de divorcio; lo mismo dígase cuando sólo un miembro de la pareja se instala en nuestro país⁴ y pasado un tiempo presenta la

¹ Varias aclaraciones: Pensamos prevalentemente en el divorcio porque en términos estadísticos es lo más usual. Según los últimos datos disponibles del CGPJ, en 2016 hubo en España 117 nulidades, 4.353 separaciones y 96.824 divorcios. De éstos, unos 10.500 implicaron a nacionales extranjeros, mientras que las separaciones son fenómeno casi exclusivo de ciudadanos españoles. Las peculiaridades –allí donde las hubiere– serán especificadas en su correspondiente lugar.

² día de hoy lo más normal es hablar de proceso, mas idénticas situaciones pueden plantearse ante el notario español, conforme a lo dispuesto en el art. 54.1 *in fine* LN. En todo caso, hablaremos de la problemática que surge en un proceso de declaración, es decir, cuando se debe aplicar una ley extranjera al fondo del litigio; el alcance de la cuestión en sede de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras es muy limitado (sólo aspectos procesales).

³ Como es sabido, el art. 26 del reglamento 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, si bien se parte de la aplicación de la ley de la primera residencia habitual después de la celebración del matrimonio (apartado 1), prevé su sustitución por la de aquel país en el que las partes hayan vivido más años (apartado 2).

⁴ Confío en que el buen criterio del lector le permita entender que en español el masculino plural abarca ambos sexos, y que el masculino singular es genérico.

⁵ Casos en los que se desplaza sólo un cónyuge son, por ejemplo, los de la emigración boliviana, predominantemente femenina, o la gambiana, arrolladoramente masculina. Los datos aparecen en la página web del INE.

demanda (hipótesis segunda). En esta segunda tesitura no es extraño que los hijos hayan quedado a cargo del cónyuge que no emigra, residiendo en su país.

Más extraña será la situación en la que dos residentes en España eligen el Derecho de la nacionalidad de alguno de ellos para regir su divorcio (en realidad, no consta ningún supuesto, a pesar de su utilidad de cara a la eficacia extraterritorial de la resolución; la elección del Derecho de la residencia o el del domicilio conyugal no comporta demasiados beneficios, no existe ni un solo caso documentado; la última posibilidad de elección prevista en el art. 5 Reglamento Roma III⁵ –Derecho del foro– no nos interesa en este trabajo, por obvios motivos).

3. En la hipótesis primera no es controvertida la competencia de los tribunales españoles, si es el residente en el extranjero quien presenta la demanda, o porque los cónyuges actúan de común acuerdo, o porque el actor lleva viviendo aquí el tiempo suficiente para ello o, en fin, porque ambos tienen idéntica nacionalidad (art. 3 del reglamento 2201/2003, Bruselas II bis)⁶. En la normalidad de los casos nuestros tribunales podrán pronunciarse sobre las cuestiones de responsabilidad parental que constituyen efecto propio del proceso de divorcio, *ex art.* 12 del reglamento Bruselas II bis, o simplemente porque son los de residencia del menor (art. 8)^{7,8}. Para la segunda hipótesis lo típico es que nuestros tribunales sean los de la última residencia conyugal (o la actual sin más, en casos de *electio iuris*), o al menos los del actor residente en España desde hace años. Los casos de *electio iuris* encajan bien con los foros basados en la residencia.

4. El RBII bis ha diseñado una enorme cantidad de criterios de competencia, razonables en su mayoría desde el punto de vista procesal pero respecto de los cuales sería arduo afirmar que expresan en todo caso la mayor vinculación con un determinado entorno jurídico. El litigio típico será el que enfrenta a dos sujetos –generalmente de la misma nacionalidad– domiciliados en el mismo país, que acuden a los tribunales que para ellos son los más próximos, y que será resuelto a la luz de la ley del foro (art. 8.a RRIII)⁹; pero en los casos que se aparten de este esquema usual el centro de gravedad de la relación se halla en otro sitio, presentándose, en consecuencia, esos supuestos en los que el tribunal no aplicará su propia ley: Recuérdense que el mismo art. 8 dispone que en defecto de residencia común (letra b) se esté a 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 o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto...». Será el supuesto e la hipótesis primera, cuando el que la demanda de divorcio se presente antes de que transcurra un año desde el regreso de uno de los esposos a nuestro país, mientras que en la segunda la clave reside en el hecho de que no vivan en el mismo país. Es sabido que desde que el RRIII es aplicable, el número de casos en que las causas de un divorcio (o una separación) quedan sometidas a un ordenamiento extranjero ha continuado disminuyendo, siguiendo por lo demás el proceso iniciado con la reforma del art. 107 CC. Pero no existe una opción legeforista de base (repárese asimismo en que hemos asistido al paso de una admisión del reenvío de retorno –con evidente transcendencia en este tema– a su rechazo en los reglamentos y convenios aplicables en la materia¹⁰); es simplemente que el legislador

⁵ 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 (RRIII en lo sucesivo).

⁶ Lo mismo vale *mutatis mutandis* para los casos marginales en que sea aplicable el art. 22 *quater* LOPJ.

^{Ad}viértase además que el art. 5 del reglamento 2016/1103 vincula la competencia en cuestión de efectos patrimoniales a la competencia para la crisis derivada del reglamento Bruselas II bis.

⁷ Si somos respetuosos con la ley, no necesariamente debería ser esta la solución cuando haya mediado una huida (unilateralmente decidida), aunque sea por causa de violencia: Falta el requisito de la aceptación conjunta previsto en el art. 12.1.b. De todas formas, es inimaginable que un tribunal deje de pronunciarse sobre estos extremos si es competente para resolver sobre la crisis.

⁸ La misma respuesta en los arts. 5 y 10 del convenio de La Haya sobre protección de niños, de 1996.

⁹ Si se introduce en la base de datos Aranzadi los términos de búsqueda “1259/2010”, aparece algo más de un centenar de sentencias, de las que, salvo error por mi parte, aproximadamente un cinco por ciento son divorcios sometidos a un Derecho extranjero.

¹⁰ Arts. 11 del RRIII, 21 del Convenio de La Haya de 1996 (niños) y 12 del Protocolo de 2007 (alimentos).

^{No} se pierda de vista que la prueba de una sola norma (la de conflicto del Derecho designado por la española) es mucho más fácil que la prueba de una completa disciplina, de forma que la supresión del reenvío de retorno amplía la vocación de aplicar ese Derecho.

trata de implementar el principio de proximidad y expresa su preferencia por la ley de la residencia habitual común¹¹. No hace falta dedicar más espacio a este dato, incuestionable.

En otro orden de cosas, para lo relativo a atribución de guarda y custodia y fijación de un régimen de visitas, el art. 15 del convenio de La Haya sobre protección de niños de 1996 puede obligar igualmente a estar a una ley extranjera cada vez que los menores residan en otro país, lo mismo que el art. 9.6 CC en el caso de mayores de edad necesitados de protección (piénsese en hijos incapacitados judicialmente); para lo patrimonial, cabe augurar que el art. 26 del reglamento 2016/1103 apuntará en la mayoría de los casos a la ley del primer domicilio conyugal, visto el desconocimiento generalizado de las normas de conflicto¹².

5. Este es nuestro caso y nuestro dilema. ¿Qué hacer si se presenta una demanda dando por sentado que se aplica *in toto* la ley del foro? ¿Qué incentivo hay para ser escrupulosos en el manejo del método conflictual? Y si no lo hay (porque lo que hay no es demasiado poderoso), ¿para qué sirve todo esto? Intuitivamente sabemos que no podemos responder lo mismo si se habla de contratos o de extinción del régimen de bienes que si se trata de la declaración de divorcio o de la guarda y custodia de los menores, y por ello los datos legales precisan de una reconstrucción amoldada al tema.

II. Desbrozando el panorama

1. Los condicionantes reales y estructurales

6. Cualquier respuesta debe tener en cuenta varios datos no controvertidos: a) Cuando se presenta una demanda de divorcio, tanto uno como otro litigante suelen estar de acuerdo en que quieren obtener ese resultado. Se debatirá sobre otros temas, pero no sobre la disolución¹³. Es lugar común afirmar que los ordenamientos europeos han avanzado de forma unívoca en el sentido de que el divorcio ha perdido importancia, desplazado por sus efectos¹⁴, que el divorcio o la separación pertenecen a la jurisdicción voluntaria, que son prácticamente actos administrativos. La consecuencia sería que prevalece el *ius divortii*, ante el que palidece cualquier consideración jurídica, y debería desaparecer todo tipo de atadura y/o condicionante legal a la declaración de ruptura. Pues bien, ni ello es del todo cierto (tampoco en el seno de la UE, donde la falta de intervención del legislador europeo a nivel sustantivo no permite intuir que todos los sistemas nacionales responden a principios intercambiables¹⁵: se mantienen ciertos controles de las causas de la disolución del matrimonio, y más si se habla de nulidad), ni se tiene en cuenta el carácter *erga omnes* de los reglamentos conflictuales, ni en el proceso matrimonial se ventilan sólo cuestiones relativas al vínculo conyugal; b) corolario: Normalmente dos sujetos no estarán dispuestos a invertir dinero en informarse sobre el contenido e interpretación de una ley diferente a la del foro si se va a llegar al mismo resultado que aplicando ésta, pero la historia cambia si se trata de probar

¹¹ Por ejemplo, la E de M de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros explica que «se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio». Verdad es que no resulta muy expresivo sobre este tema. Más elocuente es el considerando 21 del RR III cuando habla de la necesidad de normas armonizadas de conflicto de leyes cuyos criterios se funden en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate. «Esos 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».

¹² La creciente inflación y complejidad de las normas de derecho internacional privado tiene esta indeseada consecuencia; para un profesional *standard* es casi imposible estar al día en este sector.

¹³ Discreto ejemplo de esto son, de nuevo, las estadísticas del CGPJ, que muestran la prevalencia del divorcio de común acuerdo. Y en los contenciosos la experiencia demuestra que la voluntad de disolver el vínculo se da en casi el 100% de los casos.

¹⁴ Cfr. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign Law in National Courts a Comparative Perspective”, en *Recueil des Cours*, vol. 204 (2003), pp. 364-365; J. MAIR, “The national legal systems juxtaposed to the CEFL principles: Harmonious ideals?”, en E. ÖRÜCU/J. MAIR eds., *Juxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*, Antwerpen-Oxford, 2007, p. 221.

¹⁵ En otros sectores se puede presumir la fungibilidad de los sistemas ante los casos de falta de prueba del Derecho extranjero (por ejemplo, en materia de contrato de agencia, STS de 4 de julio de 2006); aquí no.

uno de esos sistemas en los que las consecuencias patrimoniales y personales de la disolución pueden depender de la concurrencia de una concreta causa o de la culpa de un cónyuge¹⁶; c) el legislador europeo ha gestado trabajosamente una norma de conflicto que obliga a sujetar las causas (o sea, a lo que se aplica el RRII¹⁷) de la separación o el divorcio a un concreto sistema –lo mismo vale para los sectores colindantes¹⁸–; la UE se ha implicado enérgicamente, orientando la actuación de los Estados; pero tan cierto es que en ninguno de los instrumentos conflictuales existe traza alguna de *homeward trend* como que ninguno contiene normas procesales¹⁹; d) en consecuencia, cabe pensar que la ausencia de una disciplina uniforme permite *prima facie* a cada legislador nacional optar libremente por la solución que mejor se adapte a sus necesidades en punto a la cuestión del tratamiento en el foro de la ley extranjera²⁰; e) ahora bien, cuando el legislador europeo interviene lo hace mediante reglamentos, con lo que accede a un primer plano la idea de represión del *forum shopping*²¹; bien es cierto que para lograrlo completamente habría que unificar incluso los hitos que marcan el camino de la aplicación del Derecho extranjero, desde la decisión referente a su aplicabilidad hasta los *standards* de suficiencia de prueba, pasando por la solución de reemplazo²², porque de otro modo, si cada tribunal nacional resuelve la cuestión de una forma distinta se está comprometiendo esa pretendida uniformidad. Pero si no se ha llegado a tanto, concedamos que al menos tamaño libertad debe quedar restringida por el resultado diseñado, al menos entre los países vinculados por instrumentos de cooperación reforzada²³: El corolario de la confianza recíproca en el seno de la UE (arts. 25 y 26 RBII bis en particular) es la aplicación del ordenamiento reclamado por la norma de conflicto²⁴; f) en el ámbito propio de poder del legislador español, y mal que le pese al TC, se sigue sancionando explícitamente la imperatividad de la norma de conflicto. Conviene

¹⁶ Piénsese en casos como el del art. 1792 CC portugués sobre reparación de daños en caso de divorcio o el 270 CC francés, que también tiene en cuenta la culpa de un cónyuge a efectos indemnizatorios, o la contemplación del daño moral generado por la causa del divorcio que se alegue, en el 351 del CC peruano.

¹⁷ Considerando 10.

¹⁸ Así, señaladamente, Decisión del Consejo, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar el Convenio de La Haya de 1996.

¹⁹ No es casualidad que países que aplican sistemáticamente la ley del foro (Reino Unido, Irlanda, Suecia, Finlandia) no participan en la cooperación reforzada. Si se pudiera seguir transitando ese camino por el expediente del tratamiento de la ley extranjera, tal vez alguno de esos países habría participado. O sea: sin duda el reglamento tiene vocación de cambiar esta práctica.

²⁰ Se puede admitir que la imperatividad de la norma de conflicto llega hasta la declaración de aplicabilidad de la ley extranjera. A partir de ahí entra en juego el régimen de prueba y las consecuencias de su falta, extremos que no han quedado disciplinados por el legislador europeo. La distinción está muy bien trazada por T. HARTLEY, “Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 271 ss.

²¹ Automáticamente las justas. Tan verdad es que el art. 288 TFUE sanciona la obligatoriedad y directa aplicabilidad de los reglamentos –lo que en el seno de la UE comporta imperatividad de las normas de conflicto que incorpora (cfr. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Imperatividad de la norma de conflicto y prueba del Derecho extranjero en los reglamentos sobre ley aplicable a las situaciones privadas internacionales”, en X. ABEL LLUCH/J. PICÓ JUNOY/M. RICHARD GONZÁLEZ (eds.), *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso-administrativo*, Madrid, 2011, pp. 487 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Breves reflexiones sobre la STS 17 abril 2015. Principio de adquisición procesal y prueba del Derecho extranjero y muchas cosas más”, en www.accursio.com)–, como que –permítaseme matizar– ello será así siempre que el reglamento no excluya u omita las cuestiones procesales de su ámbito de aplicación. No deja de ser relevante que en materia de obligaciones extracontractuales se rechazó la enmienda del Parlamento europeo al RRII que pretendía consagrar la aplicación de oficio del Derecho extranjero.

²² Cfr. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, “Foreign Law...”, *op. cit.*, p. 368. La idea de armonizar el tema en el ámbito europeo mediante directivas conduce a mi juicio a la imposibilidad de armonización de las cuestiones básicas. Lo que cuadra a la ordenación del proceso es el reglamento. Esa idea aparece en A. LOPEZ TARRUELLA MARTÍNEZ, “¿Constituye la aplicación de la *lex fori* en defecto de prueba del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto unionista un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea?”, en C. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, p. 553.

²³ Por usar la terminología al uso: no se puede comprometer el efecto útil del Derecho europeo.

²⁴ No deja de ser chocante, en esta misma línea, que se permita dar un tratamiento tan dispar al Derecho del foro y el de los demás Estados miembros, sólo por el hecho de serlo: Cfr. J. J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos en el proceso: Aspectos de ley aplicable*, Barcelona, 2005, p. 109.

²⁵ Si aun en materias sobre las que las partes tienen la libre disposición, el juez debe aplicar las normas europeas no invocadas por las partes, cuando el ordenamiento nacional se lo permita, pudiendo salirse de los límites marcados por los litigantes en presencia de motivos de interés público (sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 1995, doctrina reiterada por ejemplo en la de 17 de diciembre de 2009 y 10 de mayo de 2010), cualquier duda sobra en las sustraídas a tal poder. El límite está en la prohibición de intervenir en la configuración del objeto del litigio.

tener muy claros los planos en que se desenvuelve el razonamiento, porque los mecanismos procesales están al servicio de los objetivos diseñados en el nivel sustantivo; g) en este sector material predominan las reglas imperativas, y la disciplina contenida en nuestra LEC muestra el nivel de “subversión” de los principios usuales²⁵, desde la misma obligatoriedad del proceso²⁶ hasta la limitación de las facultades de las partes y la concesión de amplios poderes de intervención del juez; por consiguiente, por muy claras que sean las aspiraciones de las partes, las ideas que valen para el sector contratos mercantiles o propiedad conyugal –por ejemplo– aquí no valen.

7. Con estos mimbres tenemos que hacer la cesta. Los pronunciamientos usuales en una sentencia española de divorcio son los relativos a la disolución del vínculo matrimonial, las relaciones paterno filiales, alimentos debidos a los hijos y uso de la vivienda conyugal, así como la disolución del régimen económico (o sea, las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse el juez, según el art. 774 LEC), en el bien entendido que la ley rectora del divorcio puede prever otros efectos (v. *gr.*, recuperación del apellido de la mujer casada, o no anudar la disolución del régimen matrimonial a la declaración del divorcio, por ejemplo). La normativa de cada uno de ellos debe ser probada, con la extensión idónea como para poder resolver un litigio (art. 34 LCJ²⁷). De la misma manera que cada *issue* tiene su propia ley rectora, sin interferencias ni contaminaciones (arts. 1.2 RR III, 1.2 del reglamento 2016/1103, 4 del convenio de protección de menores, de alguna manera el art. 11 del Protocolo sobre alimentos de 2007), en coherencia con la diversidad de principios inspiradores de cada sector, el régimen legal de prueba del Derecho extranjero no tiene por qué coincidir. Permítaseme, pues, apuntar sintéticamente el núcleo del discurso: El art. 33 LCJI no constituye el centro del sistema ni configura una respuesta al tema del tratamiento de la ley extranjera. El corazón del modelo se halla en las normas de conflicto. Una regla tan abierta como ésta permite, eso sí, articular de forma diferenciada las respuestas, en función del sector en el que nos movamos; si ha quedado redactado así es porque el legislador no sólo era consciente de ello sino que lo pretende.

2. Un breve excurso histórico

8. Antes de la LCJI se había llegado a algo parecido a un equilibrio de fuente jurisprudencial muy poco matizado, una respuesta universal y casi sin claroscuros (las distintas orientaciones de la jurisdicción social y civil fueron ahogadas en sede constitucional), que pasaba –como es sabido– por la aplicación de la ley del foro cuando no fuera alegada y probada (por la parte que la alegara) la reclamada por la norma de conflicto²⁸. Nunca es obligatorio el razonamiento conflictual. El dilema estriba siempre en ver cómo se resuelve el problema de la alegación sin prueba del Derecho extranjero. Al final del íter había quedado claro –a juicio del TC– que: a) Se trata de una materia de estricta legalidad ordinaria²⁹, de forma que el legislador puede optar por la solución constitucionalmente legítima que más le convenza y mejor se adapte a las circunstancias económicas, sociales y jurídicas (procedimentales). Como el problema radica siempre en la respuesta al desconocimiento del tenor de la ley extranjera de-

²⁵ Un buen resumen en I. TAPIA FERNÁNDEZ, “El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio: ¿necesidad de un proceso especial? ¿necesidad de un proceso?”, en *Aranzadi civil*, 2006, 1, pp. 16 ss. Más desarrollado en J. MONTERO AROCA/J. FLORS MATÍES/R. ARENAS GARCÍA, *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*, Valencia, 2006, pp. 24 ss.

²⁶ Por mucho que se pueda afirmar que los cónyuges son enteramente libres para disponer sobre la existencia del vínculo matrimonial, es evidente que no tienen completa disponibilidad sobre él, y no pueden configurar estados civiles al margen del Estado. Su creación y su extinción deben pasar por el filtro de la autoridad estatal.

²⁷ El listado de materias recogido en este artículo expresa muy bien la necesidad de exhaustividad pretendida por el legislador, sin que por supuesto sea necesario obtener información sobre todos y cada uno de los extremos elencados. Sobre este tema, G. PALAO MORENO, “Comentario al art. 34”, en MENDEZ GONZÁLEZ/PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, p. 403.

²⁸ En este panorama prácticamente uniforme, no sé a que se refieren A. LÓPEZ DE ARGUMEDO/P. MARTÍNEZ LLORENTE al aseverar que la LCJI acoge en el art. 33 “una de las opciones utilizadas por los tribunales”, como si fueran miles los tribunales españoles que se apartan un ápice de la opción de reemplazo *lex fori*. Vid. “La nueva ley de cooperación jurídica internacional”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2016, p. 147.

²⁹ STC 172/2004 de 18 de octubre: Al TC no corresponde «indicar la interpretación que haya de darse a la legalidad ordinaria, función ésta que corresponde en exclusiva al orden jurisdiccional correspondiente». Menos explícita, STC 29/2004, de 4 de marzo de 2004.

clarada aplicable por la norma de conflicto, en este punto valdrían las más variadas opciones, desde la desestimación de la demanda cuando la ley extranjera aplicable no fuera probada hasta la aplicación del Derecho del foro a modo de último recurso, pasando por la investigación de oficio o la posibilidad de prever como causa de inadmisión de una demanda aquella falta de prueba. No es cierto que el TC considerara que la opción desestimación no era válida a la luz del art. 24 CE: Ninguna sentencia lo ha mantenido así³⁰. Tampoco la inadmisión de la demanda ha quedado proscrita: Sólo haría falta que se previera en una norma³¹; b) Si se elige la fórmula iniciativa probatoria de las partes con colaboración del órgano judicial, el corolario es que estos últimos tienen la obligación de cooperar con los particulares siempre que sean mínimamente diligentes³²; c) En todo caso, se asevera que la desestimación de una demanda por falta de prueba del Derecho extranjero es menos respetuosa con el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva que la aplicación de la ley del foro³³.

9. En resumen: Aplicación masiva de la ley del foro en defecto de la extranjera, carácter potestativo de la norma de conflicto, independientemente de que sea de fuente autónoma o internacional³⁴.

3. Los mimbres normativos

10. Esa orientación consolidada ha sido acuñada con los instrumentos aportados por el CC (art. 12.6) y la LEC (art. 281), a los que se une ahora el art. 33 LCJI, norma de indiscutida legitimidad constitucional, que ha sido leída como si no aportara nada y cuyo impacto está por dilucidar.

Si aceptamos que el legislador es racional, debemos también aceptar que allí donde no haya remisiones cada norma aborda un problema diferente, regulando lo que tiene que regular en función de su ubicación, finalidad y objeto. Sería erróneo pretender que la LEC se pronuncia sobre aspectos de fondo, que competen a una normas de alcance general (como el título preliminar del CC, en nuestro caso). Si se entendiera la cuestión de la aplicación de la ley extranjera como algo estrictamente procesal (y a partir de ahí operaría la regla *lex fori regit processum*) nos estaríamos perdiendo la primera mitad de la historia, la que empieza con la puesta en funcionamiento de la regla de conflicto como expresión de opciones sustantivas. Así las cosas, en el presente tema confluyen tres vectores complementarios³⁵: a) Conflictual: El art. 12.6 CC sanciona la imperatividad de las normas de conflicto y vigoriza el razonamiento de derecho internacional privado³⁶; b) Procesal: El art. 281 LEC regula el aspecto probatorio de la ley extranjera, equiparándola a todos los efectos al de los hechos (sin confundirla con un hecho, eso

³⁰ El derecho a obtener una resolución sobre el fondo se satisface también con una desestimatoria. En contra, por ejemplo, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales...*, op. cit., p. 289.

³¹ Si bien es cierto que, por cuanto se me alcanza, son pocas las resoluciones que acogen esta solución. El AAP Madrid de 4 de diciembre de 2006 es un buen ejemplo. El AAP Tarragona de 6 de julio de 2007 está muy bien articulado, entendiendo que uno de los documentos que deben acompañar la demanda a los que se refiere el art. 770 LEC es la legislación extranjera debidamente traducida, y cuya falta determina su inadmisión.

³² STC 10/2000 de 17 de enero. Por eso, en presencia de unos litigantes mínimamente diligentes, tanto decretar la nulidad de lo actuado y la consiguiente retroacción de las actuaciones como la desestimación de la demanda vacía las diligencias finales y encaja mal con la obligación de cooperación del juez: Cfr. F. ADÁN DOMENECH, "Soluciones a la falta de prueba del Derecho extranjero", en *Justicia*, 2011, pp. 89 ss.

³³ *Id.* la olvidable STC 155/2001 de 2 de julio. Lo que el TC no pareció entender es que el legislador es soberano para elegir de las opciones disponibles la constitucionalmente legítima que más le guste, sin estar constreñido a asumir la que a juicio del TC realice más intensamente el derecho fundamental, entre otras cosas porque potenciar un derecho puede ir en detrimento de otros o de un principio básico (seguridad jurídica, por decir alguno).

³⁴ Es evidente que no me corresponde aquí exponer esta cuestión, ampliamente tratada en multitud de lugares. Completísimo hasta la extenuación, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, 2017, pp. 540 ss.

³⁵ No existe a mi juicio, pues, contradicción alguna ente la imperatividad de las normas de conflicto y las reglas sobre carga de la prueba, como pretende P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, 2007, p. 116 (por citar alguna en la que se sostiene esto). Lo contradictorio es sancionar aquella imperatividad y luego actuar como si el sistema conflictual fuera facultativo.

³⁶ La tesis del derecho internacional privado facultativo no pasa de ser un planteamiento meramente doctrinal sin respaldo normativo (a salvo la discutible posición del TC), incomprensible en los sectores materiales donde la norma de conflicto no pivota en torno a la autonomía de la voluntad. Al respecto *vid.* M. VIRGÓS SORIANO/F. J. CARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Madrid, 2007, pp. 517 ss.

sí). Para el cómo (medios de prueba admisibles) y el cuándo se deba probar bastan las normas generales (inclúyase en particular el art. 752 LEC)³⁷, y sin que sea menester decir nada sobre la insuficiencia probatoria, porque para eso está el art. 217 LEC (a salvo que se quiera modificar en algo el régimen general)³⁸; c) Reglas procesales especiales. Una sobre consecuencias de la insuficiencia probatoria: En atención a la internacionalidad del supuesto, el art. 33.3 LCJI regula de forma flexible (“con carácter excepcional”, “podrá aplicarse”) una de las posibles situaciones que se pueden dar en este proceso, la de imposibilidad de prueba de la ley extranjera; nada se ha previsto para los otros escenarios imaginables (en particular, cuando las partes permanecen pasivas en sectores materiales no disponibles), sometidos aún a las soluciones generales deducibles de las demás normas configuradoras del sistema³⁹. El resto de los apartados de la norma tienen un mínimo alcance, porque se limitan a incorporar disposiciones sobre prueba que ya habían quedado recogidas en su sede natural (a saber, la LEC), con el único valor añadido –si acaso– de despejar dudas sobre el carácter presuntamente vinculante en este ámbito de los informes periciales⁴⁰. La segunda regla procesal es la del art. 34 LCJI, que se limita a articular un procedimiento especial –subsidiario– de información.

11. ¿Qué tienen de diferente los procesos matrimoniales? A la luz de aquellos datos no controvertidos (*supra*) y de esta novedad legislativa, habría que responder a seis cuestiones: ¿Se aplica siempre la norma de conflicto? ¿Se da entrada en el proceso siempre al ordenamiento reclamado por ésta? ¿Cuáles son las vías de acceso? ¿Cómo se acredita su contenido? ¿Qué hacer ante la pasividad/incapacidad de los litigantes? ¿Y si no se consigue información suficiente?

III. Reconstrucción del sistema en los procesos matrimoniales

12. Partiré de varias premisas. La gran novedad es el art. 33 LCJI, que aporta maleabilidad y claridad en nuestro sector. Por supuesto que no se trata de abordar un comentario de las normas contenidas en él: Existen ya estudios críticos bastante atinados que ofrecen un panorama general, de cuyas conclusiones partiré⁴¹.

1. Una operación necesaria y útil

13. La primera es la existencia de un verdadero conflicto de leyes. Como se advirtió *supra*, se asevera que todo este tema es superfluo porque al fin y al cabo en todos los ordenamientos se reconoce el derecho al divorcio y por lo tanto es indiferente aplicar uno u otro. En consecuencia, tanto si se aplica la *lex fori* como si se está a la reclamada por la norma de conflicto, la solución será idéntica. Incluso más: Si la falta de previsión del divorcio lleva a la aplicación de la ley del foro (art. 10 R III) es –se afirmará–

³⁷ Los convenios sobre información del Derecho extranjero se integran en este pilar, siempre auxiliares a las opciones de base. Una completa lista en P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación...*, *op. cit.*, pp. 134-135. Quedan al margen las normas para sectores especiales (consumo y registro civil).

³⁸ No obstante, otra opinión, denunciando la existencia de una laguna en la LCJI, A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, vol. I, p. 547.

³⁹ Desde luego es muy superior esta fórmula a la fatua propuesta de Ley de cooperación que publicaba el *BIMJ* en junio de 2012, que de forma incondicionada sancionaba que «En particular, en caso de falta de prueba del Derecho extranjero aplicable al fondo del litigio en el marco de un procedimiento judicial, será aplicable el Derecho español» (art. 67.3), solución demasiado tosca y carente de matices, incapaz de aprehender las peculiaridades de los diversos sectores del Derecho privado y contradictoria con la opción de base del art. 12.6 CC.

⁴⁰ La ley nace desde el primer momento con vocación exclusivamente procesal; es sólo un derivado de la LEC. Jamás ha pretendido el legislador interferir con las opciones básicas en lo conflictual o en lo sustantivo: Así, por ejemplo, el Anteproyecto de ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (texto de 22 de diciembre de 1997) era aún más escueto, disciplinando la tramitación de las solicitudes de información, sin inmiscuirse en cuestiones de carga de la prueba.

⁴¹ A. L. CALVO CARAVACA, “Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas”, *REDI*, 2016, pp. 133 ss. Puede verse también G. PALAO MORENO, “Comentario al art. 33”, en MENDEZ GONZÁLEZ/PALAO MORENO, *Comentarios a la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, 2017, pp. 395 ss.; A. YBARRA BORES/A. RODRÍGUEZ BENOT, “Las nuevas reglas sobre información y prueba del derecho extranjero en el sistema español de derecho internacional privado”, en *BMDC*, 2017, pp. 1352 ss.; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/S. A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Madrid, 2016, p. 178.

porque existe un irrestricto derecho al divorcio, con lo que para llegar a ese resultado no es preciso gastar tiempo y dinero en sutilezas jurídicas. No es cierto.

[La disolución del matrimonio no es necesariamente un inexorable punto de llegada, y de hecho el art. 13 del mismo RR III así lo atestigua al no imponer esta solución a los tribunales que no lo contemplan en su ordenamiento, excluyendo incluso el juego de la norma de conflicto general. Más aún: se podría llegar a argumentar que, ya que la cláusula de orden público aparece en una disposición diferente, el supuesto del art. 10 no puede ser incluido en esa categoría de ordenamientos que violan gravemente el Derecho del foro⁴². Sea como sea, es diáfano que no resulta indiferente aplicar un sistema u otro. La falta de fungibilidad de los ordenamientos deriva de que en todos o se suele exigir la voluntad concurrente de ambos cónyuges, o el divorcio es causal y/o necesariamente precedido de un periodo de separación⁴³. Se puede asimismo rechazar la petición si así lo aconseja el interés de los hijos menores o las circunstancias excepcionales del otro cónyuge⁴⁴. No todos los Derechos del mundo ofrecen una disciplina del divorcio tan poco condicionada como la española. Si al legislador le resultara indiferente una solución u otra o si todas fueran intercambiables habría unificado los criterios de competencia (garantizando así la proximidad mínima suficiente) y habría predispuesto una norma de conflicto que hiciera siempre aplicable el Derecho del foro.

En cuanto al otro gran núcleo de problemas presentes en estos procedimientos (las decisiones sobre responsabilidad parental), interesa poner de relieve que en ningún sitio está escrito que las opciones españolas (*v. gr.*, custodia compartida) tengan que imponerse en todo caso⁴⁵.

14. La segunda es la necesidad de dar una respuesta a los sistemas que controlan la ley aplicada en sede de *exequatour* y no reconocen las decisiones extranjeras que no hayan aplicado el Derecho propio (o si acaso un Derecho homologable al propio)⁴⁶. La norma de conflicto no tiene por qué apuntar a

⁴² Claro que cuál es el sentido de la norma tampoco queda a mi juicio aclarado por el considerando 24.

⁴³ Esto no es un trabajo de Derecho comparado. Disculpésemelo por ello la longitud de la cita: En nuestro entorno, por ejemplo, el CC francés prevé que el divorcio que no haya sido solicitado de común acuerdo es controlado en cuanto a plazos y en particular la existencia de un convenio no lesivo (art. 232). En el italiano se facilita el acceso al divorcio, pero se sigue exigiendo entre seis y doce meses de separación conyugal, según el grado de controversia (Ley de 6 de mayo de 2015). La *Matrimonial Causes Act* de 1973 exige la acreditación de causas como el adulterio o la vida separada durante un periodo de tiempo, y en todo caso el procedimiento pasa por dos estadios (*Decree Nisi* y *Decree Absolute*) que implican falta de automaticidad. En Inglaterra y Gales el divorcio es absolutamente causal, y el juez tiene como regla la obligación de indagar en tales causas. Piénsese en fin en la disciplina de la *Mudawana* y en figuras como el divorcio revocable (en particular, art. 123). El art. 51 del Código de familia cubano, fiel al concepto socialista de familia, configura como causa de divorcio la pérdida de sentido de la unión matrimonial para los esposos, los hijos y la sociedad, lo que necesariamente exige una exhaustiva prueba de cómo integra la jurisprudencia ese concepto. En Sudáfrica puede quedar condicionado a la inexistencia de impedimentos religiosos a la disolución, entre otros motivos de denegación (sección 5A de la ley de divorcio de 1979). En algunos *States* de Estados Unidos sobrevive el *covenant marriage*... En Suecia se prevé un periodo de seis meses de reflexión cuando la demanda de divorcio la formula sólo uno de los cónyuges. En el ordenamiento maltés se exige vida separada de los cónyuges de al menos cuatro años o que hayan pasado cuatro años desde la sentencia de separación. En otro orden de cosas, en Chipre sólo se puede pedir la declaración de nulidad durante un plazo de tres años desde la celebración del matrimonio.

⁴⁴ Aunque no sea lo más habitual, en nuestra jurisprudencia, por ejemplo, las sentencias de la AP Burgos de 30 julio de 2007 aplica Derecho extranjero y desestima la demanda de divorcio por no alcanzar el plazo de separación exigido por el Derecho colombiano; la AP de Guadalajara en su sentencia de 2 de mayo de 2013 (Derecho ecuatoriano), argumenta explícitamente que la exigencia de una causa no va contra el orden público del foro. El resultado divorcio no es imperativo: La opción desestimación por falta de prueba comparece en la SAP de Huesca de 27 de noviembre de 2007, en relación con el Derecho marroquí, lo mismo que la SAP Las Palmas de 13 de junio de 2008 y la de Castellón de 16 de enero de 2007 y la de 15 de julio de 2009; la extraña sentencia de la AP de Lérida de 15 de enero de 2016 la rechaza por defectos formales; la del TS de 23 de marzo de 2015 se abstiene de hacer pronunciamientos anclados en el Derecho búlgaro ante la falta de prueba de éste.

⁴⁵ La dicotomía divorcio causal-divorcio no causal proyecta sus efectos en sectores colindantes: De la misma manera que en sistema puramente consensual va contra el orden público del foro hacer depender atribuciones patrimoniales del divorcio o de la separación (*v. gr.*, SSTS 31 de marzo de 2011 y 24 de junio de 2015), en los ordenamientos con disolución causal sí puede valer, si la causa no es enteramente dependiente de la voluntad de un cónyuge.

⁴⁴ Una especie de *hasrdship clause* en el § 1568 BGB y en la sección 5 de la *Matrimonial Causes Act*, por ejemplo.

⁴⁵ Por ejemplo, art. 337 quater CC italiano: «*Il giudice, se accoglie la domanda, dispone l'affidamento esclusivo al genitore istante*». Piénsese asimismo en las divergencias nacionales en cuanto a la fijación de la residencia del menor, o la privación de la patria potestad por falta de relaciones personales. Evidentemente no es necesario ni siquiera referirse a los sistemas jurídicos que decretan las consecuencias de la ruptura conyugal respecto a los hijos de forma discriminatoria, en base al sexo de los progenitores.

⁴⁶ Art. 128 de la *Mudawna*: «Las sentencias de divorcio, divorcio judicial, divorcio consensual retribuido (*Jol'*) o disolución de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros se podrán ejecutar si han sido dictadas por órganos jurisdiccionales

ordenamientos en condiciones de superar esos controles, claro, pero si para algo sirve la posibilidad de elegir el Derecho de la nacionalidad de alguno de los cónyuges prevista en el art. 5 RRIII es justamente para hacer frente a las exigencias de los mencionados sistemas. A salvo lo que se dirá *infra*, piénsese en la situación en la que las partes han actuado con diligencia en este punto concreto, han intentado probar el contenido del Derecho elegido, el tribunal no se considera suficientemente ilustrado y sin embargo no reciben su asistencia: La continuidad de los derechos individuales quedará vanificada si no se aplica ese ordenamiento. En consecuencia, hay que ser cauteloso en la medida en que no es sólo que la aplicación ciega de la *lex fori* suponga un dispendio (sentencias claudicantes), sino que también comporta la frustración de las expectativas de las partes y la imposibilidad de realizar actuaciones que partan de la declaración de divorcio (señaladamente, nuevas nupcias).

2. El silencio no es *electio iuris*

15. En tercer lugar, desechemos la idea de que articular una demanda guardando silencio en cuanto a ley aplicable (dando por sentado, pues, que se aplica el Derecho del foro) no equivale a elección tácita de la ley en aquellos sectores en los que la elección del Derecho no es enteramente libre (no todo es contratos), sectores en los que la *electio iuris* tiene límites de fondo y de forma⁴⁷. Descartando lo atinente a guarda, custodia y visita –donde lisa y llanamente no hay margen alguno para la autonomía conflictual–, en el art. 7 RRIII no es aquélla una forma admitida de selección⁴⁸. Elegir el Derecho es posible en todos los reglamentos conflictuales europeos, pero nada tiene que ver el RRIII con el RRI, y mientras que en éste el silencio de las partes puede valer como elección de ley, es sabido que el primero lo somete a condiciones. Podemos estar de acuerdo en la crítica a las opciones estructurales (por ejemplo, no habría sido descabellado diferenciar a nivel conflictual en los supuestos de divorcio con o sin hijos menores o incapaces), pero lo cierto es que a día de hoy un pacto como ése está sujeto a límites, y el silencio no está recogido en el catálogo de mecanismos de selección. No cabe elegir tácitamente, y en el considerando 19 se exige que como mínimo, el *pactum de lege utenda* venga por escrito, fechado y firmado⁴⁹; por su parte, en el considerando 20 se especifica que si se trata de una elección durante el proceso (art. 5.3), debe quedar registrada por el órgano judicial. Dicho en negativo: No puede funcionar como elección el consentimiento para el traslado de un cónyuge con los hijos o los pactos sobre organización de la vida separada, aunque se hagan en contemplación de un determinado ordenamiento. La concordancia de voluntades no basta, la norma de conflicto sigue siendo imperativa. Más aún: Que aquello es un mínimo y que cabe elevar el umbral de exigencia lo demuestra la ley alemana de 29 de enero de 2013, que modifica el art. 46 d EGBGB en el sentido de que el acuerdo de elección debe ser autenticado por un notario, y que si lo hacen en el curso del litigio debe redactarse en su lugar acta ajustada a las especificaciones de la normativa procesal⁵⁰.

competentes y están basadas en motivos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Código en materia de disolución de la relación conyugal». Si se consultan pronunciamientos como las SSTs de 30 de marzo de 2005 o la de 15 de junio de 2005 se llega a la conclusión de que son cuestiones de orden público extremos como que el divorcio haya sido solicitado por el marido o que haya existido una fase de reconciliación. Y no es sólo en los sistemas islámicos: El art. 164 del CC colombiano, por ejemplo, prevé el control del ajuste al ordenamiento propio de las causas por las que se haya decretado el divorcio.

⁴⁷ No se entiende por ello que la sentencia de la AP Málaga (Sección 6ª) de 10 febrero de 2005 asevere (bajo la vigencia del art. 107 CC, no se pierda de vista), que en un caso de divorcio de dos marroquíes la actora había optado por la aplicación del ordenamiento jurídico español, extremo éste que deducía de elementos como el haber celebrado el matrimonio en Fuengirola y haberlo inscrito en el Registro Civil (como si esto fuera voluntario). En estas circunstancias, concluye, se invierte la carga probatoria, que pasa a ser del demandado, conforme a lo prevenido en los arts. 12.6 CC y 282 LEC. Idéntica elección tácita en la sentencia de la AP Castellón (Sección 2ª) de 28 mayo de 2008.

⁴⁸ En realidad, se podría afirmar de manera más categórica: No he conocido ni un solo caso en el que en un proceso de divorcio en el que previamente se haya elegido –o se elija durante el mismo– la ley aplicable. Nunca ha pasado por sus mentes esta opción, al principio por desbordamiento de amor y después por sobreabundancia de odio.

⁴⁹ Como no se especifica, deberá valer tanto el documento público como el privado: *cfr.* E. ISABAL ORDOÑEZ/J. CASADO ROMÁN, “La cooperación internacional reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en la UE”, *Diario La ley*, nº 7960, 8 de noviembre de 2012, p. 3.

⁵⁰ Sin perjuicio de que los amplios poderes del juez en este tipo de procedimientos dejen espacio para que entable diálogo con las partes y les interroge si su verdadera voluntad es elegir la *lex fori*, indicándoles cómo deben hacerlo (requisitos formales): Si puede introducir de oficio un sistema jurídico extranjero, no se ve por qué no puede hacer esto, perfectamente alineado

Por su parte, el art. 7 y el art. 8 del Protocolo de alimentos permiten elegir la ley⁵¹, pero exigen (apartado 2 del art. 7) pacto escrito o registrado en soporte duradero y firmado por ambas partes, y el art. 8, apartado 3 no admite acuerdo alguno cuando haya un menor implicado, sometiendo el 5 a tutela y escrutinio judicial los concluidos con mayores de edad y/o cónyuges. En definitiva, no funge como elección de la *lex fori* una demanda silente en lo conflictual.

Mas no acaba ahí la historia. En el sector en el que podríamos admitir sin graves objeciones el juego de la autonomía tampoco se escapa a las exigencias formales en punto a elección de la ley rectora. El art. 22.1.a del reglamento de 24 de junio de 2016 permite elegir la ley de la residencia de uno de los cónyuges, que será en la normalidad de los casos la ley del foro (arts. 5 y 6 del mismo reglamento), pero de nuevo nos topamos con exigencias formales estrictas en el art. 23, con lo que la conclusión viene a ser la misma que para las materias apuntadas más arriba.

Recapitulando: En la medida en que no cabe hacer pasar la falta de alegación del Derecho extranjero como elección de la ley del foro, el siguiente paso será la puesta en funcionamiento de la norma de conflicto para indicar el ordenamiento objetivamente aplicable.

3. ¿Qué es excepcional en la LCJI?

16. Llegamos al meollo del asunto. El art. 33 LCJI viene a completar el sistema, mas su lectura deja abiertas dudas en cuanto al alcance de la excepcionalidad a la que alude. Es menester dar contenido a la excepción, tipificarla. La exposición de motivos de la LCJI es diáfana⁵² cuando pondera que ni puede ni quiere cambiar el diseño general, pero es incompleta (*rectius*, inexacta), desde el momento en que sí incorpora una novedad, a saber, la consagración legal de la solución de reemplazo y su calificación como excepcional, con lo que en la intención del legislador debe devenir marginal (excepcional es lo que no responde al principio general o, si se quiere decir de otra forma, lo acoge y modula en atención a las circunstancias particulares del caso). Lo que estaba claro es que para mantener el *statu quo* no era necesario crear norma alguna. Si la LCJI es una norma procesal e incorpora una solución especial para los casos de insuficiencia probatoria, es evidente que su referente es el art. 217 LEC.

Podemos, pues, reconstruir las directrices básicas de la siguiente forma:

- A nivel normativo la opción de base se mantiene. El diseño es estricto y conocido, y por lo tanto no hace falta volver a exponerlo *in extenso*: El actor tendría que fundar sus pretensiones en aquel Derecho en el que el legislador español ha decidido que la relación jurídica controvertida *viva*, ha de alegarlo⁵³ y probarlo. Siendo imperativa la norma de conflicto (art. 12.6 CC), no debería ser necesaria una alegación explícita de este Derecho. Para activar el razonamiento conflictual basta con que la necesidad de su aplicación se deduzca de los hechos aportados⁵⁴: El Derecho extranjero entra en el proceso de la mano de los hechos conectados de manera jurídicamente heterogénea, y la sujeción de esa relación al mismo es inexorable,

con la voluntad del legislador. Para el Derecho alemán esta idea aparece en R. HAUSMANN, "Pleading and Proof of Foreign Law - a Comparative Analysis", en *The European Legal Forum*, 2008, p. 4.

⁵¹ El 7 directamente se refiere a la ley del foro, no así el 8; no obstante, la combinación de las opciones del apartado 1 del art. 8 con los criterios de competencia del reglamento 4/2009 llevará las más de las veces a que la del foro sea una de las seleccionables.

⁵² Me quedo con tres frases que evidencian la voluntad continuista: «no se estima conveniente alterar el sistema español vigente tras la Ley 1/2000»; «[N]uestro sistema se caracteriza por ser un sistema mixto que combina el principio de alegación y prueba a instancia de parte con la posibilidad de que el tribunal complete dicha prueba»; la legal es «la solución que más se adecua a la jurisprudencia constitucional».

⁵³ Cuando se habla de alegar se hace referencia a la subsunción de los hechos en las correspondientes normas extranjeras aplicables. Va de suyo que no hace falta incorporar un *petitum* específico solicitando expresamente la aplicación de ese ordenamiento.

⁵⁴ O sea, con la demanda: Va de suyo que es inimaginable ocultar la internacionalidad de la relación, porque depende de datos imprescindibles como la nacionalidad y la residencia de los litigantes; en los procesos de familia los certificados de inscripción del matrimonio y de los hijos en el Registro civil (arts. 770 y 777 LEC) nos ponen sobre la pista. Otra cosa es que se haga caso omiso de ella.

lo quieran o no las partes⁵⁵. Resolver según las normas aplicables no supone alterar los términos del debate ni la *causa petendi* ni genera indefensión⁵⁶. Subsiste una particularidad, y es que debe ser probado, y no sólo no es aplicable sin prueba sino que debe ser aplicado ateniéndose estrictamente del resultado de las pruebas practicadas, sin que sean relevantes datos ajenos a esa ellas⁵⁷. Y, por supuesto, si no lo hace por pura negligencia, desidia o estratagemia habría que desestimar aquellas pretensiones.

— El TC, no obstante, ha convertido (en sentencias dictadas en recursos de amparo, no se olvide) en facultativo nuestro sistema de Derecho internacional privado (convirtiendo en tarea casi imposible ofrecer una explicación coherente de las normas españolas en la materia, por cierto). La indiferencia conflictual ha quedado consagrada por él, y a esa doctrina se remite el legislador de la LCJI (remisión abierta a futuras evoluciones de todas formas). Las partes son libres de activar o no la norma de conflicto, o sea, de alegar —explícitamente— o no el Derecho extranjero. En consecuencia, caben varias posibilidades:

- a. Si guardan silencio la sujeción a la *lex fori* no es excepcional, y no es que el juez pueda, sino que debe aplicarla.
- b. Si alegan el Derecho extranjero fuerzan el desenvolvimiento del silogismo conflictual y —si se llega a la conclusión de que es aplicable un ordenamiento foráneo— el mecanismo dirigido a su prueba. Asume la carga quien voluntariamente decide incorporarlo al proceso (en otros términos: si internacionaliza el litigio se le imputa el coste de su decisión), sin perjuicio de la obligación de cooperación por parte del órgano judicial cuando el litigante no pueda con sus solos medios. Adviértase que esta doctrina del TC se ha sentado en recursos de amparo referentes siempre a contratos. Dicho de otra forma: En materias sujetas a la libre disponibilidad de las partes el Constitucional consagra la indiferencia del método conflictual, la fungibilidad de un sistema u otro. Así las cosas, una vez “conflictualizado” el razonamiento, la consecuencia de la falta de acreditación de su contenido y vigencia no puede no ser la desestimación de las pretensiones de quien alegó ese Derecho (o sea, de la demanda si lo hace el actor, aplicación de la ley del foro si la alegación la hizo el demandado⁵⁸). Queda a salvo la hipótesis en la que no se consiga conocerlo por imposibilidad objetiva y manifiesta, en la que se aboca a la ley del foro.

En definitiva, el art. 33 LCJI puede ser leído de atrás adelante: Si aplicar la *lex fori* es excepcional es porque la desestimación debe ser la regla general, solución cuya legitimidad constitucional no es dudosa⁵⁹. En el ámbito procesal que abordamos se impone esta solución en materias como régimen económico matrimonial o pensión compensatoria⁶⁰.

⁵⁵ A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, vol. I, p. 548. Igualmente, STS de 10 de junio de 2005 («la norma jurídica extranjera viene designada por la de conflicto del foro, que pertenece al ordenamiento que el Tribunal debe aplicar de oficio. Como consecuencia el derecho extranjero no tiene que ser alegado»). Siendo esta sentencia tan clara, no se entiende qué quiso decir ley extranjera “suficientemente alegada” la SAP Granada de 13 de abril de 2005 (recogiendo la expresión de las SSTs de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993).

⁵⁶ Por ejemplo, SSTs de 18 de junio de 2008, 6 de julio de 2010, 15 de noviembre de 2010, 9 de diciembre de 2010, 14 de junio de 2013, 3 de noviembre de 2014, 20 de diciembre de 2014, 29 de abril de 2015.

⁵⁷ *Cfr.* J. J. FORNER DELAYGUA, *La prueba de los hechos...*, *op. cit.*, p. 96; R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales*, Santiago de Compostela, 2004, p. 285.

⁵⁸ Por supuesto que hay que dar entrada a ulteriores matices en este tema, que desbordan los límites del presente trabajo: Sería injusto tratar igual a quien diligentemente intenta probar la ley extranjera que quien no lo hace (*cfr.* F. ADÁN DOMENECH, “Consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero”, en J. PICÓ JUNOY (ed.), *Práctica de la prueba del Derecho extranjero*, Madrid, 2011, p. 108), de forma que la objetiva imposibilidad de acreditación en aquel caso se abre la puerta a la aplicación —excepcional— de la ley del foro.

⁵⁹ *Cfr.* A. YBARRA BORES/A. RODRÍGUEZ BENOT, “Las nuevas reglas...”, *op. cit.*, p. 1391.

⁶⁰ Por eso no parece muy correcta la solución de la AP Barcelona en su sentencia de 17 de abril de 2007, que ante la falta de alegación del Derecho aplicable a la cuestión del régimen económico conyugal (el BGB) reacciona recordando la imperatividad de la norma de conflicto y determina de oficio el contenido del Derecho alemán, que evidentemente termina aplicando. Idéntica solución (para una pensión compensatoria) en la SAP Tarragona de 20 de octubre de 2009.

— Pero hay sectores en los que la imperatividad de la norma de conflicto es absoluta, porque se trata de espacios no abandonados a la libérrima configuración de los privados. En éstos, el razonamiento conflictual penetra inexorablemente en el proceso de la mano de la internacionalidad de los hechos. No hay opción (no hay facultatividad). No pueden las partes ocultar esa internacionalidad⁶¹. Existen además opciones de base del legislador sustantivo, que no configuran el orden público del foro ni son normas imperativas pero informan el razonamiento, como el *favor divortii* o el *favor filii*, concepto de profunda impronta nacional. Y anudada al carácter imperativo de la norma de conflicto va —como en el caso anterior— la investigación del contenido de la ley extranjera. No deja de ser significativo que la STC 10/2000, en la que se eleva al rango de derecho fundamental la obligación del tribunal de colaborar con la parte en la averiguación de tal ley, asumiendo el recurso subsidiario a la *lex fori*, trataba de un proceso matrimonial. La conjunción de las consideraciones anteriores lleva a afirmar que el ordenamiento extranjero tiene que ser indefectiblemente aplicado, investigándolo de oficio si fuere menester⁶². Y si no se consigue o no se logra la prueba, frente al binomio “irrupción de la norma de conflicto-desestimación de la demanda en caso de falta de prueba”, se introduce la solución excepcional de la aplicación de la *lex fori*, que permite dar una respuesta definitiva a la situación de crisis, sin las incertidumbres derivadas del efecto de cosa juzgada del pronunciamiento denegatorio y en todo caso sin nuevas esperas, habida cuenta que el proceso ya se habrá dilatado suficientemente con las diligencias de averiguación que necesariamente se habrán desenvuelto⁶³. Ello supone que para aplicar la ley del foro no hace falta que quede acreditada la diligencia probatoria de los litigantes, porque los intereses públicos permiten obviar esa consideración. Es excepcional, pues, la aplicación del Derecho español *prima facie* no aplicable⁶⁴. De ese modo, y parafraseando al TC, las partes, que no han elegido ser sujeto pasivo de la norma de conflicto, no pagan por la imposibilidad de aplicar el contenido de la ley extranjera⁶⁵.

Por lo demás, nada se ha modificado en la LCJI en cuanto a los medios de prueba ni al momento en que deba ser alegada. Cuando su art. 35 regula una forma de obtener información sobre el Derecho extranjero utiliza el verbo “podrá”, y la EdeM de la Ley insiste en que lo que se regula es “un proceso habilitante”. Concorre por ello ese cauce con el posible uso de otros medios de información, como las periciales de oficio o la posibilidad de oficiar a un consulado para solicitarla. Habrá de valorar el juez en cada momento las expectativas de éxito (la propia EdeM alerta frente a vanas ilusiones de obtener cooperación internacional), el coste y el tiempo.

17. Por supuesto que el recurso a la solución de reemplazo se condiciona a la imposibilidad real de aplicar el Derecho primeramente reclamado por la norma de conflicto. Es claro que, teniendo en

⁶¹ El juez no queda liberado del derecho internacional privado: Cfr. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, 1996, p. 233. Incluso en un sistema como el inglés, tan proclive a dar entrada al Derecho propio, se aboga por la desestimación de la demanda en caso de falta de prueba de la ley extranjera: T. HARTLEY, “Pleading and Proof...”, *op. cit.*, p. 287.

⁶² Como pone de relieve P. DE MIGUEL ASENSIO para el sector de la jurisdicción voluntaria, y trasladable a este ámbito, en presencia de menores e incapaces en particular se impone un papel más activo el juez, no dependiente de la alegación y prueba de la ley extranjera que hagan las partes: “Ley de jurisdicción voluntaria y derecho internacional privado”, en *AEDIPr*, 2016, p. 174.

⁶³ Mérito de la LCJI es descartar la idea tantas veces referida de acudir al segundo criterio de conexión empleado por la norma de conflicto, sugerencia inútil que lo único que hace es replicar los mismos problemas que con el primer criterio de conexión, duplicando gastos. Otro tanto dígase de acudir a los principios generales del Derecho o a un Derecho uniforme difícilmente existentes o al ordenamiento más próximo al desconocido: Entre otros posibles epítetos que se le pueden dedicar, baste imputarle el más absoluto desconocimiento sobre cómo funciona un tribunal.

⁶⁴ Permítaseme ante todo recordar una obviedad, y es que toda respuesta queda condicionada por el *prius* lógico que es la concesión del divorcio. En este crisol que es un proceso matrimonial pueden confluir aspectos sometidos a una ley extranjera y otros regidos por el Derecho del foro. La clave siempre está en el primer segmento.

⁶⁵ Como es sabido, se consagra la inveterada práctica de los jueces españoles: Para procesos matrimoniales, STS de 4 de octubre de 1982, 12 de enero de 1989, 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991, 23 de marzo de 1994, 13 de diciembre de 2000, 17 de julio de 2001, 2 julio de 2004, 4 de julio de 2006, 24 de junio de 2010, 17 de abril de 2015, 20 de mayo de 2015... Permítaseme traer a colación la SAP Almería de 28 de junio de 2004, capaz de aplicar la *lex fori* al mismo tiempo que llama la atención sobre el riesgo de elección indirecta de la ley.

cuenta la supervisión e implicación directa del juez en el trámite de investigación, no será menester –en principio⁶⁶– realizar demasiados esfuerzos o debatir extensamente para acreditarle esa imposibilidad. Encajarían en esta situación las hipótesis de inviabilidad material de conocimiento de sus normas (ya sea porque no existan o porque las circunstancias políticas, técnicas o coyunturales lo impidan⁶⁷; ojo: imposible no es lo mismo que costoso) o cuando ello sea posible pero con un coste –esencialmente un coste temporal pero también económico⁶⁸– inasumible. Nótese que el coste no es sólo el de obtener información, sino el de traducirla después⁶⁹. *A contrario*, cuanto más próximo sea el Derecho a probar y con más frecuencia vaya a plantearse su necesidad mayor debe ser el esfuerzo del órgano judicial⁷⁰. La prueba de la imposibilidad o de la inexistencia no es algo diabólico; como toda prueba de un hecho negativo, se puede hacer en la normalidad de los casos a partir de indicios y/o de presunciones.

A la mentada inviabilidad debe asimilarse la incertidumbre insoluble en cuanto a contenido, interpretación o vigencia, así como la inexistencia de alguna instancia oficial en condiciones de acreditar la fehaciencia de la prueba⁷¹. La libertad de la que goza el juez para valorar la prueba documental y la pericial (arts. 319 y 348 LEC) ofrece un margen suficiente para considerarse ilustrado o no. Partiendo

⁶⁶ No es descartable que los litigantes discrepen en punto a suficiencia de prueba del Derecho extranjero. Parece razonable que sea en la vista donde se pueda evidenciar las eventuales lagunas e incertidumbres, que el juez decidirá en su resolución (con expresa argumentación) y que en apelación se podrá revisar las conclusiones, teniendo delante todo el material probatorio y practicando cuantas pruebas adicionales sean necesarias.

⁶⁷ Ejemplo más que manido de lo primero es el de Irán tras el triunfo de la revolución, cuando se deroga sin más el Derecho de familia hasta entonces vigente; de lo segundo es elocuente ejemplo el caso amparado en la precitada STC 10/2000 (Derecho armenio).

⁶⁸ No se pierda de vista que el art. 6 de la Ley de asistencia jurídica gratuita no incluye en el contenido material del derecho ni los informes sobre Derecho extranjero ni los de traducción, de suerte que sólo si se condena en costas a la contraparte se puede recuperar las cantidades anticipadas (no es discutible que entran en el art. 241 LEC), pero con el límite prevenido en el art. 394.3 LEC. El problema es que en los procesos de familia (sea en base a la alegación usual de las dudas de hecho sea por la inevitabilidad del litigio) es rarísimo que sean impuestas a nadie. En estas circunstancias, es normal que se evite realizar inversiones irrecuperables.

⁶⁹ En caso de aportación de un informe jurídico sin traducir –por falta de recursos económicos o por desidia de la parte– se tiene por no aportada prueba alguna (art. 144 LEC; SSAP Gerona de 29 de abril de 2009, 28 de mayo de 2008), de forma que compete al tribunal optar entre iniciar el trámite de averiguación o instar la traducción, según lo que a su juicio sea más barato o rápido.

⁷⁰ Cuando se necesite traducir un documento recibido del extranjero, la Autoridad central española puede prestar auxilio (art. 8 LCJ). Si viene en un idioma para el que no se disponen de traductores no quedará más remedio que recalar en la *lex fori*.

⁷¹ *Cfr.* J. J. FORNER DELAYGUA, *La prueba...*, *op. cit.*, p. 107.

⁷¹ Téngase en cuenta que el objetivo es poner al tribunal español en condiciones de aplicar el Derecho extranjero como si perteneciera al sistema cuyas normas van a aplicarse: El grado de conocimiento debe ser suficiente. Peca de cándido optimismo quien asegure que en la era de internet se puede disponer de todas la información jurídica necesaria a golpe de *click*, y conocer cualquier Derecho extranjero igual que el español (P. P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero...*, *op. cit.*, p. 195). Basta bucear en la red para comprobar que lo que muchas veces existe es falta de actualización, normas descarnadas interpretables en cualquier sentido, falta de referencias jurisprudenciales... Conocer una serie de normas dispersas tal vez no sirva para nada. Un ejemplo de honradez lo ofrece la SAP Huesca de 9 de marzo de 2016, que deja claro que su única fuente es el Cendoj y que nada garantiza la autenticidad y actualidad de la información, descartando la aplicación del Derecho extranjero. La misma AP en sentencia de 10 julio de 2014 lamentaba la falta de información sobre Derecho rumano de la página web del CGPJ. Por supuesto que se podría llegar a adquirir un dominio exhaustivo de todos los sistemas jurídicos del mundo, pero a costa tal vez de inversiones específicas costosísimas. En estos casos va de suyo que el recurso a la ley del foro está justificado. El origen de la emigración en España es un índice adecuado para determinar hasta dónde debe llegar el esfuerzo de investigación, de cara a la posibilidad de generar economías de escala: Cuanto mayor sea la práctica aplicativa más fácil será dar respuestas a casos similares que se presenten en el futuro. Para ello la centralización y especialización serían muy útiles: T.M.C. ASSER INSTITUUT, *Practical problems resulting from the non-harmonization of choice of law rules in divorce matters*, JAI/A3/2001/04, 2002, p. 57.

^{Ex}isten jurisdicciones cuyos jueces se conforman con unas breves indicaciones fragmentarias, para a partir de ahí reconstruir los principios y ofrecer una solución que teóricamente aplica la ley reclamada por la norma de conflicto (*cf.* M. JÄNTERÄ-JARBORG, “Foreign Law...”, *op. cit.*”, p. 312, comparando a los jueces escandinavos y la estricta práctica alemana), con lo que la imperatividad de la norma de conflicto no es más que un trampantojo. Claro que con frecuencia la alegación de desconocimiento de ese Derecho es completamente gratuita, un expediente utilizado de forma caprichosa para eludir su aplicación y recalar en la ley del foro. En este sentido, es reseñable el esfuerzo de la AP de Burgos en sentencia de 30 de julio de 2007, que aplica Derecho español después de estudiar el fondo documental disponible en la página web del CGPJ, o el de la AP de Gerona en la de 7 de junio de 2004, que ante la insuficiencia probatoria concede a las partes un plazo para subsanar. Permitásemos en fin reseñar la ingeniosa sentencia de la AP Alicante de 22 de noviembre de 2002, que aplica Derecho español en lugar del inglés reclamado por la norma de conflicto a partir de la constatación del prolongado periodo de separación de hecho y de la presunción de que en cualquier ordenamiento tal circunstancia es causa de divorcio («es de sentido común», afirma): Presunción correcta en cuanto a la concurrencia de las causas, voluntarismo puro para todo lo demás.

de que el Derecho ha entrado ya en escena, va de suyo que las dudas que subsistan pueden disiparse mediante diligencias finales (art. 435.2 LEC), lo mismo que las modificaciones legislativas sobrevenidas a lo largo del procedimiento (art. 435.1.3º LEC); lo que no puede pretenderse es que su prueba quede confinada a esta fase, cuando el debate ha debido ya concluir en lo esencial⁷². Ni que decir tiene que en este sector no vale el acuerdo de las partes en cuanto a estas cuestiones.

Se delinea por lo tanto un triple nivel de exigencia: Para los Estados de la UE la facilidad de obtención de prueba es máxima y mínimo el coste, con lo que parece razonable afirmar que en este ámbito no hay excusa a la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto; en un segundo nivel, aquellos sistemas respecto de los cuales funcionan los convenios sobre información del Derecho (Londres, convención interamericana) o los bilaterales de asistencia jurídica en general, en los que el regreso a la ley del foro sólo cabe si es expresamente justificado⁷³; en un tercer nivel, Estados con los que no existe instrumento de cooperación, para los que la aplicación de la ley del foro no será tan extraña (aunque no es inexorable: piénsese que, por ejemplo, Cuba y Andorra figuran en este grupo, y no parece demasiado difícil conocer sus ordenamientos).

Distingamos sin embargo dos situaciones que no encajan en estas hipótesis:

- a. El desconocimiento de una institución no puede equipararse a la inexistencia de normativa sobre un concreto tema (aquí la prueba de un hecho negativo es muy sencilla, basta un informe). Si la situación de crisis debe quedar disciplinada según nuestras normas de conflicto por un ordenamiento en el que no se regula, *v. gr.*, la separación, no hay por qué aplicar el Derecho español. Es simplemente que las partes no han formulado correctamente el *petitum* de su demanda, han pedido lo que no se les puede conceder (salvando las evidentes distancias, es parecido a la restricción de la reconvencción en el art. 770 LEC). Existe una opción de fondo del legislador extranjero para que las parejas *modifiquen* su vínculo conyugal a través de unos concretos cauces y no otros, por lo que imponerle la respuesta sustantiva del foro significa desconocer tal opción. Lo que pudo tener cobertura en el art. 107 CC⁷⁴ ya no la encuentra en el RRIII. En definitiva, procederá en estos casos desestimar la demanda.
- b. La contrariedad al orden público del foro es otra historia. Si en tal supuesto se tiene que dar una solución acudiendo al Derecho español es porque previamente se ha probado la ley extranjera normalmente aplicable, se ha podido comparar con la propia y se ha concluido que sus soluciones son intolerables⁷⁵. No vale decir que al fin y al cabo las partes lo conocen y que la doble argumentación (una para información del Derecho y otra para demostrar su contrariedad al del foro) es un dispendio, más aún si se considera que el juicio es para el caso concreto, sin condenar *a priori* a un ordenamiento. Otra cosa distinta es que del material probatorio obrante en autos (*v. gr.*, una resolución extranjera procedente de los tribunales de ese país y que aplique su propia ley) pueda deducirse con mediana claridad cuáles son las líneas básicas de ese ordenamiento⁷⁶. Por lo demás, teniendo en cuenta los intereses públicos en presencia, así como no vale el consenso de las partes en cuanto al tenor del ordenamiento extranjero, tampoco valen los pactos sobre lo relativo a su contrariedad al del foro. En definitiva: Falta o insuficiencia de prueba no legitiman para acudir a esta excepción; no hace falta insistir en

⁷² Dicho en negativo: Si antes no se ha tenido resultados positivos en las indagaciones, no parece que este sea el momento idóneo para dar entrada a un ordenamiento extranjero, so pena de abrir una nueva fase de alegaciones que prolongaría desproporcionadamente el proceso.

⁷³ Dada la imprecisión de las normas convencionales en este punto, puede trasladarse razonablemente a este sector el plazo de espera de seis meses desde la solicitud de asistencia que se utiliza en el ámbito de las notificaciones (salvo norma expresa que disponga otra cosa). Durante ese plazo el tribunal puede dar una respuesta decretando unas medidas provisionales ajustadas a la ley del foro.

⁷⁴ *V. gr.*, SSAP Barcelona 3 de junio de 2008 (Derecho alemán) y AP Gerona de 6 de octubre de 2006 (considera hecho notorio exento de prueba la ausencia de normativa sobre la separación en el Derecho marroquí).

⁷⁵ Sin prueba la excepción no puede entrar en juego: SAP Cádiz de 4 abril de 2006 (se trataba de un caso de reconocimiento de resoluciones marroquíes de divorcio).

⁷⁶ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Crisis matrimoniales internacionales: Foro de necesidad y Derecho extranjero", *REDI*, 2004, p. 243.

que el íter argumentativo del tribunal debe ser construido y exteriorizado de forma diferente en ambas situaciones⁷⁷.

18. Llegados a este punto, una vez que el actor puede dar por descontado que no va a ser “castigado” por su inactividad en materia de prueba de ley extranjera (en particular, la demanda no va a ser desestimada), la pregunta es qué incentivos tiene para invertir en información sobre ella. ¿No es mejor socializar el gasto? ¿Es lo mismo esforzarse en probar que no hacerlo? Desechemos de entrada el lugar común de que este coste lo pagamos todos: Los gastos se repercuten en los litigantes⁷⁸. Existen además –a mi juicio– dos razones para ajustarse a la norma de conflicto. Una estriba en la velocidad del proceso, otra en la corrección de la respuesta: a) Si se parte de la imperatividad de la norma de conflicto y de que el juez va a aplicar siempre el Derecho reclamado por ésta, y tratándose de litigios generalmente marcados por la necesidad –o al menos el deseo– de rapidez de la respuesta, es diáfano que llegar al proceso con “los deberes ya hechos” y sin dejar espacio a la duda jurídica acelera la decisión. Si no se hace así, el órgano judicial se verá forzado a realizar averiguaciones que la retardarán; b) También desde ese punto de partida, es importante tener la certeza de que el juez va a aplicarlo de forma correcta: Se puede dejar al tribunal español la tarea de investigarlo y que lo aplique a tenor del resultado de sus investigaciones –mejor o peor– o trasladarle un conocimiento exhaustivo y sin margen de error. Si la contraparte quiere discutir el resultado de la prueba tendrá que hacerlo con plazos limitados, y si durante ellos no consigue trasladar la duda al juez puede tener la seguridad de que la resolución asumirá la prueba reputada suficiente.

Ahora bien: Lo que sí es cierto es que si a los particulares les resulta indiferente un sistema u otro (claro que para sacar esa conclusión debe existir un mínimo conocimiento previo de ambos, que permita comparar) o simplemente no desean invertir en algo con fama de críptico o que presumen caro, potentes incentivos no existen. La hipotética condena en costas, como hemos visto, no sirve de mucha ayuda.

19. La clave se desplaza, pues, a ese dar entrada a la ley extranjera en el proceso, y ahí hay tres *palancas* de activación: La primera es el comportamiento de las partes, claro. En esto no difiere un proceso de familia de cualquier otro proceso de Derecho privado. En lo que sí difiere es en que aquellos mentados intereses públicos permiten reaccionar a la falta de invocación de la ley extranjera aplicable. Si los litigantes guardan silencio sobre la ley extranjera eventualmente aplicable quedan dos posibilidades: a. Se habla de litigios cuyo grupo estadísticamente más numeroso viene representado por aquellos en los que el Ministerio fiscal interviene de un modo u otro (arts. 749 y 777.5 LEC, es decir, divorcios y separaciones con hijos menores o incapacitados, además de los de nulidad, numéricamente irrelevantes; el número de casos de separaciones y divorcios de incapaces o de ausentes es ridículo), con lo que o bien disfruta de las mismas facultades y cargas que cualquiera de los cónyuges litigantes o bien, al menos, puede realizar las alegaciones que cuadren con el interés de los incapaces y en todo caso controlar la adecuación de lo hecho a la ley (parte, representante o dictaminador)⁷⁹; en la medida en que no puede alinearse con ninguna de ellos, es inimaginable que no saque a relucir el elemento conflictual, lo hayan hecho o no los contendientes. Desde ese momento lo internacionalprivatístico hace acto de presencia y se expande a los sectores colindantes, gracias a la labor del juez. b. Fuera de esos litigios tipo o cuando el ministerio fiscal se haya limitado a pedir que continúe la instrucción del proceso, como es desgraciadamente habitual, la introducción de la ley extranjera compete al juez (o al letrado de la administración de

⁷⁷ Ejemplar la SAP Madrid de 28 de septiembre de 2000, que investiga de oficio del Derecho iraní, detecta su contrariedad al orden público y aplica el Derecho del foro.

⁷⁸ Es usual afirmar que las inversiones ocasionadas por el conocimiento de una ley extranjera deben ser satisfechas por los litigantes, porque sólo a ellos interesan, y que la aplicación de oficio de la ley extranjera supone una injustificada subvención a los privados. Matices: Prueba de oficio no es lo mismo que pago por el Estado. Hay procedimientos de información del todo gratuitos (el Cendoj o la cooperación de algunas autoridades extranjeras, por ejemplo); segundo, los informes periciales encargados de oficio se repercuten en costas. Lo del pago por el conjunto de la sociedad es un mito (véanse los arts. 6 y 15 del Convenio de Londres o el art. 35.5 LCJI). Otra cosa es que se pueda discutir si tal vez el legislador yerra al sancionar la imperatividad del razonamiento conflictual.

⁷⁹ Téngase presente el art. 6 del Estatuto orgánico del ministerio fiscal (principio de legalidad). La salvaguarda del interés del menor al que alude el art. 749 LEC no le deja margen para apreciar cuál es la *better law*.

justicia en los casos del art. 777.10 LEC). El cómo se resuelve en la directa emanación de una resolución explicando sus conclusiones en este punto (*vid. infra*), aunque cabría admitir que si se está en las fases iniciales del proceso se puede echar mano de los arts. 429 y 752 LEC como instrumento forzado, indirecto (no creo que exista nadie será tan ingenuo como para creer que el legislador pensaba en clave de Derecho internacional privado cuando los elaboró) pero útil para indicar a las partes que se debe probar la ley extranjera o decreto sin más la prueba (en las materias indisponibles)⁸⁰, sobre la base de la previa asunción de su aplicabilidad. Que el juez pueda realizar esta tarea es evidente, y más en las materias sustraídas a la disponibilidad de las partes^{81, 82}. Su único límite es el respeto del contradictorio y que no se altere el contenido de las pretensiones⁸³. En los procedimientos de los que estamos tratando el margen de libertad del que dispone el órgano judicial es extraordinario, y por ello a su amparo puede ordenar que se practique prueba sobre cualquier hecho *alegado o introducido de otra manera*.

20. Va de suyo que queda fuera de este cuadro una situación tan patológica como frecuente: Cuando las partes, el ministerio fiscal y el juez se mueven al margen del ordenamiento jurídico. En la práctica comprobamos que la inercia es muy poderosa. Es más fácil, rápido, barato y certero aplicar el Derecho del foro, mejor que uno extranjero. No existe aquí sanción posible, más allá de unos evanescentes e improbables problemas de eficacia extraterritorial de la decisión, en los sistemas que controlan la ley aplicada (*vid. supra*).

4. El control de las conclusiones sobre qué ley es aplicable

21. En otro orden de cosas, el problema es si el debate se centra en la identificación del ordenamiento aplicable, lo que no debe resultar del todo marginal a la vista de los conceptos utilizados⁸⁴ o del empleo de cláusulas de escape⁸⁵ o de naturaleza incalificable⁸⁶. Va de suyo que es un tema distinto a la problemática tratada, porque aquí lo controvertido es la interpretación de una norma (la de conflicto) española, esto es, Derecho del foro, que no requiere prueba. La salvaguarda de los derechos fundamentales en el proceso justifica la oportunidad de habilitar una fase en la que el juez pueda anticipar sus conclusiones en cuanto a ley aplicable y permitir la discusión en torno a este punto, pero, ya que no existe en España un antejuicio de derecho internacional privado ni instancia alguna en la que el juez pueda analizar los hechos y desarrollar el razonamiento de subsunción en una norma de conflicto (no lo es la audiencia previa, que además no existe en los procesos analizados), no queda sino utilizar los resquicios de interacción ente los particulares y el órgano judicial que permite la ley rituaría. Aquí los condicionamientos son recíprocos: Existe una completa imbricación entre el resultado del razonamiento conflictual y el contenido de la prueba, en tanto en cuanto de cuál sea el Derecho aplicable depende la precisión de qué extremos deben ser probados, y al revés (*v. gr.*, en Derecho español no hay que probar los elementos fácticos que integran la causa de un divorcio, pero sí en otros sistemas, como vimos: La identificación de los hechos necesitados de prueba depende de cuál sea el régimen legal). Por lo tanto, hay que precisar aquel con tiempo suficiente

⁸⁰ Que no es algo exótico se deriva de su alineación con los arts. 282 y 443.3.II LEC.

⁸¹ No deja de ser expresivo de la sensibilidad judicial en este ámbito (y de los espacios que permite el ordenamiento patrio) un dato ofrecido por J. PICÓ JUNOY en "Causas de la falta de aplicación judicial del Derecho extranjero" (*Justicia*, 2011, p. 68): Realizada una encuesta entre jueces y magistrados a propósito de la problemática indicada en el título de su artículo, queda claro que el único sector en el que excepcionalmente se aplica de oficio la ley extranjera es en el del Derecho de familia. La idoneidad de ofrecer un tratamiento separado del tema que nos ocupa en los procesos ordinarios y los especiales fue subrayada igualmente en F. GARAU SOBRINO, "La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", *RGD*, 2001, pp. 2350 ss.

⁸² Ya el ATC 127/1986, del 12 de febrero de 1986 proclamaba la «amplia discrecionalidad que caracteriza los procedimientos en materia de familia».

⁸³ SSTs de 2 de noviembre de 2011 y de 27 de enero de 20145, entre otras; SSAP Pontevedra de 17 de octubre de 2013 y de 29 de septiembre de 2013; SAP La Coruña de 30 de septiembre de 2013.

⁸⁴ Aunque en sede procesal, recuérdese la reciente STS de 21 de noviembre de 2017, centrada en la concurrencia del requisito de la residencia habitual del actor, o la de la AP Murcia de 12 de mayo de 2003, sobre la fijación de la residencia habitual del menor.

⁸⁵ *V. gr.*, art. 15.2 del convenio de 1996 sobre protección de niños.

⁸⁶ Caso del precitado art. 26.3 del reglamento 2016/1103

para que las partes sepan cómo tienen que conducirse, y eventualmente corregir o matizar las conclusiones sobre la marcha, lo que evidencia la trascendencia de tal interacción.

22. Así las cosas, pueden darse dos situaciones, la de unas partes que no han introducido el Derecho extranjero en el proceso y lo hace el juez –o el LAJ o el ministerio fiscal– y aquella en la que lo han hecho, siendo posible a su vez que coincidan plenamente en las conclusiones o que discrepen en cuanto a su identificación. Téngase en cuenta que con frecuencia no basta con la demanda para adquirir un conocimiento cabal de los datos que permitan decidir sobre cuál es la normativa aplicable, y que no será hasta la vista cuando se llegue a tener certeza sobre extremos tan relevantes como el lugar de residencia de alguna de las partes.

Si hay un momento inidóneo para incorporar el elemento conflictual es el decisorio. Descartado el trámite del complemento de sentencia por evidentes razones de respeto a la cosa juzgada, si el tribunal optara por aplicar una ley en ese momento, sin dar previamente a las partes la posibilidad de debatir y alegar en torno a ella, estaría generando con su sentencia una situación de clara indefensión, abocando a la declaración de nulidad de actuaciones (arts. 225.3º y 228 LEC). Una vez decretada, parece evidente que sería imprescindible suspender la eficacia de la resolución y reponer las actuaciones al momento de la vista, a la que llegarán los litigantes conociendo la decisión del juez en cuanto a ley aplicable (sería antieconómico forzar la convocatoria de las partes a una vista o notificarles una resolución –por ejemplo, una providencia motivada– con el único objeto de informarles sobre qué opina el juez en cuanto a ley aplicable) y podrán argumentar cuanto deseen, sobre ella, sobre eventuales alternativas y sobre el contenido de cada una de los ordenamientos en presencia.

23. Fuera de esa tesitura patológica, antes de la sentencia, conocidos los documentos y pruebas aportadas y practicada la vista, en principio el juez debería tener datos suficientes para construir su decisión, y se habrá hecho una idea sobre ese extremo controvertido. No obstante, si eventualmente no le quedara claro algún elemento de hecho trascendental, podrá indicar a las partes qué está huérfano de prueba y que deben aportarla, o bien decretarla de oficio (art. 752 LEC en relación con el 770.4ª II, 771.3 y 774.2 LEC). Permiseme insistir en que de lo que se trata en un primer momento es de determinar las bases fácticas a partir de las cuales individualizar el Derecho aplicable, para pasar en otra fase posterior a probar los hechos que éste requiera para estimar o no una demanda.

Si las partes no han dicho nada sobre el aspecto que nos ocupa y se advierte en el curso del procedimiento que hay que dar entrada y aplicar un ordenamiento distinto al del foro, lo que corresponde es o bien suspender la vista al amparo del art. 193.1.4º LEC en relación con la causa séptima del art. 188 LEC o bien, después de concluida la vista, realizar una comunicación a los litigantes para que se informen y realicen sus alegaciones por escrito⁸⁷. A mi juicio ese tipo de comunicaciones a las partes debería revestir forma de auto (*ex art. 206 LEC*). Va de suyo que nada de esto está expresamente previsto en la ley, mas no es ajeno a la forma de funcionar de los tribunales⁸⁸. Del mismo modo, en fase de recurso el tribunal puede dar entrada al razonamiento conflictual, sin alterar los términos del debate (art. 456 LEC): En apelación, el art. 464.2 LEC prevé que se pueda convocar una vista aun no habiéndose pedido prueba, lo que no puede no ser porque se permite que el tribunal haga intervenir a las partes para dilucidar alguno de los aspectos controvertidos del litigio (la norma es suficientemente abierta como para tolerar su uso con múltiples fines, incluso los que no tuvo en mente el legislador). Por medio de esta resolución se informa a los litigantes de qué se trata y de qué se va a discutir. Y por supuesto se podrá evitar la celebración de una vista –costosa– y permitir alegaciones escritas.

Déense por reproducidas las mismas ideas, *mutatis mutandis*, si las partes han incorporado la referencia internacionalprivatística en sus escritos de demanda y/o contestación y la discrepancia versa sobre la identificación del concreto ordenamiento competente: El tribunal tiene que exteriorizar sus

⁸⁷ Lo mismo aparece expresamente previsto en el art. 16.3 NCPC francés: El juez decide conforme a las normas aplicables, pero «*Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations*».

⁸⁸ En realidad, la inspiración para esta solución es la admisión de conclusiones en el juicio verbal (art. 447.1 LEC) o conceder un plazo para realizar alegaciones cuando se practiquen diligencias finales (art. 436 LEC).

conclusiones y dar la oportunidad a los litigantes de argumentar al respecto, así como informarse sobre el contenido del mencionado ordenamiento⁸⁹.

Todo lo cual concluye con la firme determinación del régimen jurídico aplicable y la práctica de operaciones de averiguación sobre él. Por supuesto que si la prueba se obtiene de oficio debe darse traslado a las partes de sus resultados, habilitando un plazo para realizar alegaciones (para el peritraje, art. 346 LEC).

IV. Algunas cuestiones particulares del proceso matrimonial⁹⁰

24. Pretendo en las siguientes líneas subrayar que, a pesar de los breves plazos en que se desenvuelve el proceso matrimonial, hay espacio en la LEC para dar entrada al Derecho extranjero, así como algunas peculiaridades derivadas del carácter permanentemente revisable de los fallos y de las materias tratadas.

1. Medidas provisionales previas y coetáneas

25. Antes de la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o junto con ella, se puede solicitar la adopción de medidas provisionales (previas en el primer caso, claro), conforme a los arts. 771.1 y el 773.2 LEC.

La cuestión previa es la de su ley rectora, pugnando el dato evidente de que son consecuencia de la presentación de la demanda y la evidencia de que su naturaleza y función es ancilar y meramente anticipatoria de las decisiones de fondo. Ambas gozan de cierto predicamento en nuestros tribunales⁹¹, y, como es evidente, sólo si se sigue el primer camino habrá de plantearse la cuestión de la prueba del Derecho extranjero. No es este el lugar para hablar de calificaciones; admitamos sólo que no se da por descontado el imperio de la *lex fori*, en la medida en que, como parece claro, responden a la forma en que el legislador español ha querido configurar la regulación de las crisis matrimoniales en nuestro ordenamiento. Un tribunal puede optar por adoptarlas en la forma y con el contenido que las regule la *lex causae*; en particular, sería anómalo establecer un régimen de visitas a menores residentes en el extranjero conforme a la ley patria. Sea como sea, en teoría, por ello, cuando se formula la solicitud la parte debe estar en condiciones de aportar la prueba del Derecho extranjero, e incluso se podría pensar que de no ser así podrá procurárselas en las sucesivas fases por las que atraviesa el procedimiento (la comparecencia posterior –ya con asistencia letrada de ambas partes–, los posibles diez días adicionales para practicar la oportuna prueba, art. 771.2 y 3 LEC; incluso en el momento de la confirmación o modificación de las medidas, art. 772 LEC), mas existen varios elementos que habilitan para pensar que este es uno de esos casos excepcionales en los que se flexibiliza la exigencia probatoria y se puede recurrir a la aplicación del Derecho español: Que se puedan solicitar sin asistencia letrada (un legislador racional no realiza esta previsión si no es porque exime de desenvolver el complejo razonamiento típico del método conflictual), a lo que se une la posibilidad de que medie urgencia (piénsese en los casos de violencia doméstica, casos en los que el juez tiene que pronunciarse sobre las cuestiones previstas en los arts. 64, 65 y 66 de la LO

⁸⁹ Recuérdese que en los procesos matrimoniales el error en cuanto a la identificación de la ley aplicable para las materias indisponibles no tiene consecuencias tan gravosas para las partes, porque se aboca en la aplicación de la ley del foro y no en la desestimación de las pretensiones.

⁹⁰ La LCJI no cambia nada sobre medios de prueba, como se apuntó. Valen los habituales (documental, pericial). Permítaseme remitir, para una visión general, a F. CALVO BABÍO, *Aplicación judicial del Derecho extranjero en materia de familia*, Valencia, 2010, pp. 36 ss.

⁹¹ Así la primera en la SAP Zaragoza de 8 de mayo de 2003 o el AAP Madrid 4 de septiembre de 2006. La solución procesal en A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, 2016, p. 330; J. C. FERNÁNDEZ ROZAS/A. A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho...*, op. cit., p. 458. También SAP Barcelona de 15 de junio de 2006. A juicio de quien esto firma, cada ordenamiento debe ser soberano para disciplinar la situación de crisis matrimonial desde el primer momento y hasta su culminación; los efectos previstos en los arts. 102 y 103 CC parten de la competencia de la ley española, como expresamente dispone el primero de ellos. Se puede aceptar que la falta de previsión de este tipo de medidas por la *lex causae* va contra el orden público del foro (cfr. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales...*, op. cit., pp. 304 ss.), pero en todo caso tal aseveración toma como punto de partida la necesidad de probar y conocer el Derecho extranjero.

1/2004, o sea, básicamente las mismas que constituyen el objeto de las medidas provisionales), la celeridad con la que se pretende que sean adoptadas (como se apuntaba *supra*, los plazos son tan breves que el órgano judicial que ponga en marcha el mecanismo de información normalmente tardará bastante más de los previstos en la LEC, y sólo podrá otorgar tutela conforme a sus propios criterios legales; interesa organizar provisionalmente la ruptura, aunque sea de forma escrupulosa con el método conflictual, que ya será convenientemente incorporado en su momento) y la fuerte presencia de intereses públicos en esta materia que lleva a pensar que las únicas soluciones aceptables en el foro son o las nuestras o algunas homologables, de suerte que no pasa nada si directamente se acude a aquéllas.

26. Otra historia distinta es la suerte de esas medidas cuando se presente la demanda, art. 772 LEC. El objetivo es mantenerlas tal cual, mas si el apartado 2 de esta norma habla de “completar o modificar las medidas previamente acordadas” no puede no ser –además de en atención a las circunstancias de hecho que lo justifiquen– porque deben ajustarse a lo previsto en su ley rectora. La sujeción a la *lex fori* ya no encuentra en aquellos objetivos justificación alguna. Incluso más: Parece lógico que si no se consiguió obtener información sobre el Derecho extranjero en aquel momento se pudieron ya poner en marcha los instrumentos de averiguación que correspondan. Piénsese que en esta fase ya no se puede actuar sin asistencia letrada y que el art. 770 LEC exige la aportación junto con la demanda de “los documentos en que el cónyuge funde su derecho”⁹², lo que requiere, como mínimo, completar el correspondiente silogismo.

27. Sabido es que si no se hubiesen adoptado con anterioridad, las partes pueden solicitar con la demanda lo que estimen conveniente (art. 773 LEC). Ahora las razones que podían justificar la aplicación excepcional de la ley del foro ya no subsisten. Si no se dispone de información suficiente, siempre cabe la posibilidad de ordenar la práctica de la prueba en el plazo de diez días previsto en el art. 771.3 LEC. A reserva de algunos sistemas más lejanos, es razonable prever que durante esos días se puede llegar a obtener información suficiente⁹³, pero en cualquier caso, es menester reinterpretar la disposición para adaptarla a las peculiaridades del problema tratado. Los diez días deben ser referidos al plazo durante el cual se ordena la práctica de la prueba (esto es, se pone en marcha el mecanismo indagatorio), no necesariamente el plazo para obtener resultados (repárese en que con frecuencia los informes oficiales que se obtengan deberán ser traducidos; en este sentido, hay que valorar la preferencia por una pericial de oficio), por lo que insistir en el límite de diez días convierte en ilusorio el papel de la remisión. Sólo si no se tiene éxito se podrá recurrir a la ley española.

Desde este momento ya se entra claramente en materias en las que la aplicación de la ley reclamada por la norma de conflicto es la regla, y por eso, para no generar apariencia de arbitrariedad de las decisiones, es importante que el juez exponga cuáles son sus fuentes y procedimientos de conocimiento, además de las razones por las que entiende que hay suficiente prueba.

2. De la demanda a la sentencia firme

28. La dimensión internacionalprivatística a veces no se manifiesta con los primeros escritos. ¿Qué se puede hacer después de esas primeras fases? Pues bien, partiendo de la doble consideración de que el Derecho extranjero es sometido al tratamiento de los hechos y de que ha podido irrumpir en el juicio a iniciativa de las partes o del propio juez (o del ministerio fiscal cuando actúe o del LAJ en los casos sometidos a su competencia), es claro que en nada produce indefensión a las partes que al amparo del art. 752 LEC se decreta de oficio cuantas gestiones sean conducentes a su acreditación, de modo que si las partes no han llegado a la vista con esa tarea ya cumplimentada, el tribunal las ordenará en ese momento⁹⁴. Conviene no errar el tiro centrando la atención en el art. 429.1 LEC, que llega a la conclu-

⁹² *Vid. supra* AAP Tarragona de 6 de julio de 2007.

⁹³ Permítaseme sólo un ejemplo de la experiencia personal: El Tribunal supremo peruano tiene un sistema personalizado y exhaustivo de información sobre su propio Derecho. En el caso del que hablo, la respuesta fue inmediata.

⁹⁴ Por eso se admite que en la demanda o contestación, mediante otrosí, se solicite al tribunal la obtención de los documentos necesarios (en este caso, aquellos en los que conste la tan mencionada prueba del Derecho), para tenerlos disponibles en el momento de la vista.

sión de que el principio de preclusión probatoria impide ordenar –precisamente– aquellas que mejor se adaptan a la peculiar prueba de la ley extranjera, es decir, documental pública y pericial, en la medida en que deben aportarse junto con los escritos de instancia (demanda y contestación)⁹⁵. El art. 752 LEC por su lado no recoge restricción alguna, y tiene su complemento en el 774.2 LEC, yendo en la línea de lo específicamente previsto en el art. 339.5 LEC (pericial de oficio en los procesos matrimoniales), en el bien entendido de que si puede ordenar una pericial también podrá solicitar cuantos documentos públicos sean necesarios (o sea, activar los instrumentos –convencionales o no– sobre información).

Será normalmente a través del expediente de la suspensión o la interrupción de las vistas como identificaremos el momento en el que debe ponerse en marcha el proceso de obtención de tales pruebas. O sea, pueden darse las siguientes situaciones:

- Desde el primer momento se dispone de información suficiente sobre la ley extranjera, y las medidas previas se ajustan a ella: El proceso continúa con normalidad.
- Si, como es normal, las medidas provisionales previas han sido adoptadas y ahí no se ha suscitado cuestión alguna sobre la ley extranjera: Si es con la presentación de la demanda o la contestación cuando el juez detecta la sujeción a una ley extranjera y/o la falta de prueba, lo comunicará a las partes por medio de auto (*vid. supra*). Cuando sea firme se habrá de postponer la celebración de la vista hasta el momento en que se disponga de informaciones sobre la ley extranjera. Si se hubiera señalado ya día para la vista se puede suspender, sea por común acuerdo de las partes (art. 188.1.3 LEC) sea por las necesidades del servicio (art. 188.1.7 LEC).
- Si es a lo largo de la vista ya iniciada cuando se llega a concluir en el sentido de la aplicabilidad de un Derecho extranjero, sólo cabe su interrupción, para lo que ofrecen cobertura normativa tanto el número 2 como el 4 del art. 193.1 LEC. El plazo del mes del art. 770.4 LEC se antoja un tanto breve (*vid. supra* a propósito del 771.3); si el 134 permite su ampliación en beneficio de una parte no veo por qué no puede el tribunal hacer lo propio para alcanzar el imperativo conocimiento de la ley extranjera.

Añádase a todo esto que la internacionalidad puede sobrevenir como consecuencia de la formulación de una reconvencción (por ejemplo, un divorcio puede quedar legítimamente sometido a la ley del foro como ley de la residencia habitual común de los cónyuges mientras que la nulidad queda disciplinada por la ley nacional de uno de ellos). El razonamiento no cambia, pudiéndose trasladar, *mutatis mutandis*, esas mismas orientaciones.

Permítaseme añadir un matiz sobre el interrogatorio de las partes durante la vista, enlazando con lo referido más arriba. Es sabido que en el sistema procesal español no se admiten las preguntas relativas a las causas del divorcio⁹⁶, mas cuando se pretenda acreditar que la ley rectora de la crisis pertenece a un sistema causal (o cuando este extremo haya sido ya demostrado) la forma de conducir el interrogatorio cambia completamente. Será necesario por tanto que el juez actúe con flexibilidad en la fase inicial del interrogatorio, cuando existan indicios de internacionalidad, y hasta que se haya llegado a una conclusión sobre ley aplicable. Por supuesto que sólo desde el momento en que se concluya que la *lex causae* es del tipo de la española (o que se aplica la ley del foro) se habrá de cortar cualquier pretensión de indagar en detalles irrelevantes. Esto corrobora lo que ya se dijo más arriba: El uso de las diligencias finales para conocer la ley extranjera tiene una utilidad muy discutible, porque lo primero de todo es saber cuál es el terreno donde se va a jugar el partido.

Por último, la LEC diseña el contenido mínimo de la sentencia en su art. 774.4 LEC (hijos, vivienda familiar, cargas del matrimonio y disolución del régimen económico) pensando en el Código civil. Pero como el legislador extranjero es soberano para regular o no determinadas consecuencias de una

⁹⁵ SSAP Castellón 16 de enero de 2009, Tarragona 25 de abril de 2005. Sobre las interpretaciones judiciales del art. 429 LEC, B. PELLICER ORTIZ, “La sugerencia judicial de pruebas del art. 429 LEC”, en J. PICÓ JUNOY y otros, *La prueba civil a debate judicial*, Madrid, 2018, pp. 52 ss. Como pone de relieve, una interpretación estricta vacía de contenido a la norma.

⁹⁶ *Vid.* X. ABEL LLUCH, “La prueba en los procesos de familia”, en J. PICÓ JUNOY, *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Barcelona, 2017, p. 118.

crisis matrimonial, habrá que estar al resultado de la prueba de la ley extranjera para conocer la extensión material de las resoluciones del foro, sin perjuicio de valorar la eventual contrariedad a nuestro orden público del vacío normativo, más verosímil en punto a consecuencias personales que en las patrimoniales.

29. Es sabido que las circunstancias tenidas en cuenta para dictar sentencia pueden cambiar a lo largo del tiempo, y por ello el art. 775 LEC arbitra un procedimiento específico para que se solicite la modificación de las medidas definitivas. También es sabido que la estimación de la demanda depende de la demostración de que el cambio ha sido sustancial, sobrevenido, imprevisible en el momento del fallo e independiente de la voluntad del demandante. Nos plantearémos dos cuestiones: Si, ante la imposibilidad inicial de conocer el tenor de la ley extranjera y la consiguiente aplicación del Derecho del foro, el conocimiento sobrevenido puede fundar una demanda de modificación de medidas y, en segundo lugar, si el propio cambio de la norma aplicada es suficiente para tal fin⁹⁷.

- a. La ubicación *a posteriori* del debate en su espacio jurídico correcto tiene indudable trascendencia. *Prima facie* parece además apta para satisfacer los demás requisitos del catálogo apuntado. Sería como mucho discutible la imputabilidad a la parte del desconocimiento inicial, porque siempre cabe la duda de si hizo todo lo que pudo por allegar la prueba de la *lex causae*, mas desde el punto y hora en que se asigna al tribunal una función supervisora del proceso y que la responsabilidad no es exclusiva del litigante, el planteamiento no resulta defendible: Si un dato no llega a ser conocido no será nunca por la mera negligencia de un litigante. O sea, la información sobrevenida cabe en el art. 775 LEC.

Puede darse, pues, que se reciban informes sobre la ley extranjera solicitados por el tribunal que no llegaron en un plazo razonable (cooperación internacional, raramente dictamen pericial de oficio); puede darse que la ley sea probada *a posteriori* por uno de las partes. En base a ellos habrá que realizar la doble operación de constatar su influencia en el fallo (aunque sea lo más escrupuloso técnicamente y lo que mejor satisface las consecuencias de la imperatividad de la norma de conflicto, no parece razonable –por antieconómico– formular una demanda que tienda sólo a corregir las referencias al ordenamiento aplicable, algo cosmético inidóneo para modificar los pronunciamientos sustantivos) e iniciar, en su caso, quien esté legitimado para ello el oportuno procedimiento de modificación, en los términos previstos en el art. 775 LEC. Parece evidente que las motivaciones de unos y otros serán distintas para instarlo, y mientras que el ministerio fiscal actúa asépticamente, en “interés del Derecho” en caso de nulidad matrimonial y del menor en los demás supuestos en que actúa, los cónyuges lo harán impulsados por la esperanza de mejorar su posición patrimonial o de los hijos a su cargo (eso es estímulo suficiente) o el nivel de relación con éstos.

Por lo demás, si se acepta que cuando un litigante aporta *a posteriori* la prueba del Derecho extranjero es porque le favorece, sería absurdo pensar que no lo ha hecho antes por pura estrategia oportunista y que por lo tanto no concurre el requisito de la ajenidad. Sería preciso que la contraparte probara la mala fe.

- b. Por lo que se refiere a la segunda cuestión, una reforma legal es un hecho nuevo que reúne aquellas condiciones y que provoca también un cambio sustancial⁹⁸, pero en este caso será imprescindible probar no sólo las nuevas soluciones sino también –y muy fundamentalmente– las disposiciones de Derecho transitorio, para no aplicar esas normas más allá de la voluntad del legislador.

30. Un apunte final sobre la segunda instancia (trsladable a los recursos extraordinarios): Sigue siendo válido el principio de base, o sea, la imperatividad de la norma de conflicto y la necesidad de que, si es necesario, el órgano judicial tome la iniciativa para informarse sobre contenido y vigencia de la ley extranjera. Dejando de lado –por obvia– la posibilidad de que la Audiencia pueda controlar las conclu-

⁹⁷ Va de suyo que, una vez dictada sentencia, la modificación del criterio de conexión es irrelevante. Un eventual problema de conflicto móvil no existe.

⁹⁸ En este sentido, F. J. PEREDA GÁMEZ, “La prueba en segunda instancia”, en J. PICÓ JUNOY y otros, *La prueba civil...*, op. cit., p. 303. Se podría aducir además la analogía con el art. 271 LEC.

siones sobre ley aplicable, las discrepancias sobre interpretación del Derecho extranjero efectivamente probado o la no activación de los mecanismos de asistencia judicial sobre información⁹⁹, la nota peculiar de los procesos matrimoniales viene dada de nuevo por el juego del art. 752 LEC, es decir, la introducción o rectificación del Derecho internacional privado por el tribunal y la viabilidad de la prueba de oficio de la ley foránea. Aquí no funciona la regla de la preclusión; es irrelevante si los hechos no fueron introducidos en el momento procesal oportuno¹⁰⁰. La norma habla de decidir conforme a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o incorporados de otra manera al procedimiento, y en el apartado 3 despeja dudas al extender esas soluciones a la segunda instancia. En consecuencia, lo único que se pide es respeto del contradictorio (que no se alteren los términos del debate¹⁰¹), de la misma forma que se hacía en primera instancia, lo que pasa por comunicar a las partes la decisión sobre ley aplicable y darles la oportunidad de realizar alegaciones al respecto. Las exigencias y posibilidades son las mismas, nada cambia sustancialmente, por lo que a lo dicho más arriba me remito.

3. El limitado alcance de la autonomía de las partes

31. Bastará una breve indicación; seguramente es innecesario detenerse en este tema. Ya sabemos que en este ámbito material las facultades dispositivas de los particulares son mínimas, hasta el punto de que tampoco en un procedimiento no contencioso tienen plena disponibilidad sobre el objeto litigioso; que se busca la verdad sustantiva; que se ha colocado en el frontispicio del sistema conflictual la voluntad de aplicar la ley (extranjera en su caso) realmente reclamada, con su exacto tenor. Quiere ello decir que no caben pactos entre los litigantes en cuanto al contenido y vigencia de la *lex causae*. El párrafo cuarto del tan mencionado art. 752 LEC es diáfano al respecto. No se puede por esta vía subvertir las restrictivas normas sobre elección de ley contenidas en reglamentos y convenios, habilitando para ordenar la práctica de prueba sobre hechos admitidos por ambas partes pero carentes de ella.

En la misma línea, la rebeldía no puede convertirse en el expediente por medio del cual se den por probados unos hechos o unas normas objetivamente aplicables (a salvo materias patrimoniales, art. 751.3 LEC). Y va de suyo que idénticas restricciones e imperativos existen cuando el proceso sea de común acuerdo o sea competente el LAJ (art. 777 LEC), de modo que en presencia de elementos jurídicamente heterogéneos el control judicial de los acuerdos se tendrá que realizar usando como referente la ley reclamada por la norma de conflicto. A este respecto, si con la solicitud inicial no se aporta prueba del Derecho aplicable o resulta insuficiente (o esta cuestión surge después y es evidenciada por el tribunal –*vid. supra*–), el plazo de diez días al que se refiere el art. 777.4 LEC debería ser idóneo para proveerse de las informaciones necesarias o al menos cursar las solicitudes de información que se requieran, como se apuntó. Desde luego no resultaría correcto dictar sentencia o decreto que homologue el acuerdo sin completar previamente el razonamiento conflictual.

Puede darse que el juez considere aplicable una ley distinta de la tenida en cuenta por las partes a la hora de redactar su convenio, lo que incide en la posibilidad de presentar recurso de apelación (sólo es apelable lo modificado o en caso de denegación, art. 777.8 LEC). En tal caso: a) Si se informa a las partes y lo reajustan al Derecho retenido aplicable: La sentencia no es apelable; b) Si las partes discrepan en cuanto a la ley rectora de su divorcio o separación, como vimos, cabrá recurso de apelación frente al auto que contenga tal precisión; c) Si no se ha dado a las partes la oportunidad de reajustar el pacto, aparte la eventual denuncia de la indefensión producida, la decisión es susceptible de apelación en cuanto al fondo de los pronunciamientos.

31. ¿Cómo incide –si es que incide– la elección de ley reguladora de la separación o el divorcio en la prueba de su contenido? Se puede hacer una construcción que, partiendo de la doctrina de los actos

⁹⁹ Así, el ATS 2 de noviembre de 2011.

¹⁰⁰ En este tema seguimos a J. BANACLOCHE PALAO, “Comentario al art. 752”, en A. DE LA OLIVA SANTOS y otros, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 1270; idem, “El ámbito de aplicación de la regla de la preclusión del artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Revista de Derecho Procesal*, 2009, pp. 66-67.

¹⁰¹ STS 17 de abril de 2015, ATS 14 de septiembre de 2010, STS 14 de octubre de 2014.

propios, impute una mayor facilidad probatoria (o sea, art. 217 LEC) a los participantes en el acuerdo, en el sentido de asignarles en exclusiva la carga de probar tal orden jurídico. El silogismo sería éste: Si lo han elegido es porque la conocen, y en todo caso los ordenamientos elegibles en el RRIII expresan una considerable cercanía a sus vicisitudes personales; en consecuencia, el tribunal no tendría obligación de cooperar de cara a obtener informaciones, y como la sublimación de la imperatividad de la norma de conflicto impide aplicar la ley del foro, la única respuesta judicial posible en estos casos sería la desestimación de la demanda.

Ahora bien, hay razones para trasladar a este supuesto la solución general: a) Una lectura tan estricta peca de cierta desvinculación con la realidad: Dos legos perfectamente ignorantes del Derecho pueden elegir la ley rectora de su divorcio por influencia de sus abogados, mientras vivían en un país distinto al del foro actual; o pueden haber optado por una ley –la de su nacionalidad– que no conocen en absoluto. Imputarles el conocimiento del Derecho (de cualquiera) es artificial; b) A lo sumo se puede aceptar que conocen más o menos aquello que eligen, pero hay que recorrer un largo trecho para pasar del conocimiento a la prueba en un proceso, y más teniendo en cuenta la restricción de medios que ha consolidado la práctica judicial; c) En el litigio aparecen envueltas diversas materias ajenas al principio dispositivo (de régimen económico no se habla aquí), y no para todas cabe elegir la ley: ¿Se va a investigar y aplicar de oficio el Derecho extranjero para unas sí y no para otras?; d) Esa construcción termina por desincentivar las ventajas de seguridad jurídica inherentes de toda *electio iuris*; e) La ley no distingue cuándo se debe investigar y cooperar y cuándo no, y parece razonable que en caso de duda haya que estar a la solución que mejor realice los principios que estructuran el modelo.

V. El divorcio notarial

32. Siguiendo el ejemplo de una multitud de ordenamientos americanos y europeos, desde 2015 se admite en España, como es sabido, la separación y el divorcio ante notario¹⁰². Si la crisis afecta sólo a dos sujetos plenamente capaces, parece razonable ofrecerles la posibilidad de desjudicializar el conflicto¹⁰³, y aunque el art. 10 LJV hable exclusivamente de órganos judiciales, la sujeción del notario a las normas de competencia judicial y las de conflicto de leyes está fuera de duda (art. 3.2 RRIII), siendo reglas imperativas que no distinguen ámbitos funcionariales¹⁰⁴.

33. Existen dos datos previos, con evidente transcendencia en el tema del tratamiento de la ley extranjera. El primero para descartar (o sea, lo que no hace falta probar): Nos resulta indiferente si en el Derecho reclamado por el RRIII (por pura lógica, el primer bloque de normas de conflicto a consultar será éste) permite acudir a esta forma de composición de intereses, si se admite o no la separación y el divorcio notarial. Ese es un problema de validez extraterritorial de documentos públicos que cada sistema ventilará según sus propias concepciones. Una vez el foro español pueda conocer de una situación de crisis, se ofrecen los cauces legales disponibles, a todos por igual. La situación es parecida a la del matrimonio entre personas del mismo sexo: La DGRN tiene muy claro que no es función de los órganos judiciales españoles preocuparse por la eficacia extraterritorial de los productos jurídicos patrios¹⁰⁵. Los particulares saben –o deberían saber– a quién acuden, qué es lo que hacen y el alcance de lo que se les ofrece.

¹⁰² Artículo 54 de la Ley del notariado: «1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes».

¹⁰³ Cfr. G. CARMELINO, “Crisi familiare e degiurisdizionalizzazione”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, p. 489.

¹⁰⁴ Otro tanto dígase para la competencia judicial internacional: L. BUSTILLO TEJEDOR/J. M. GÓMEZ RIESGO TABERNERO DE PAZ, “Eficacia de la escritura notarial de separación/divorcio”, en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (ed.), *Separaciones y divorcios ante notario*, Madrid, 2016, pp. 208 ss. Expresa igualmente esa necesidad de sujeción a la norma de conflicto F. GOMÁ, si bien sus conclusiones se me antojan algo desenfocadas: Vid. “Escritura de divorcio ante Notario de mutuo acuerdo”, en www.notariosyregistradores.com/

¹⁰⁵ El encargado del Registro civil español no debe convertirse en guardián del Derecho extranjero, señalaba la Resolución circular de 29 de julio de 2005.

En segundo lugar, en el plano de los efectos, el ámbito de materias que pueden ser objeto de estas escrituras. Mientras que en el ordenamiento español el núcleo de temas sobre los que tiene competencia el notario es muy reducido, en otros sistemas se admite la separación y el divorcio notariales aun en presencia de hijos menores o incapaces¹⁰⁶, lo que exigirá activar, además, las disposiciones del precitado Convenio de La Haya¹⁰⁷. O sea: El objeto de la prueba no queda circunscrito por las materias abiertas a la actividad notarial en el Derecho del foro.

34. La normativa notarial es del todo ajena al fenómeno internacionalprivatístico. No hay ni una sola disposición sobre el momento en el que deba probarse la ley extranjera, o la eventual necesidad de suspender el acto de otorgamiento en tanto en cuanto se obtienen informaciones. Por consiguiente, no queda más que acudir a las reglas generales, sin caer en la tentación de construir a partir de una pretendida analogía con el art. 777 LEC (aun reconociendo las similitudes entre ambas situaciones), que comportaría reintroducir las dilaciones que se quiere evitar. Prima la unidad de acto, y, si un divorcio queda sometido a una ley extranjera, los cónyuges y sus letrados, por tanto, han de aportar al notario toda la documentación necesaria para el otorgamiento de la escritura. La doctrina generalmente aceptada subraya que no se aplican las soluciones del art. 281 LEC, que el RH es norma especial que prevalece sobre las reglas de la LCJI, que vale el conocimiento privado del profesional, que si no lo conoce encarga a las partes que le provean la información, que la indagación de su contenido no es una obligación sino una facultad, pero que podrá desenvolverse incluso cuando no haya sido invocado por las partes, que no es necesario probar el Derecho extranjero si están de acuerdo y no contraría el orden público¹⁰⁸, que no hace falta que exprese la prueba practicada, sino directamente su declaración de conocimiento del Derecho aplicable, asumiendo responsabilidad por lo que autoriza¹⁰⁹. Alguna de estas afirmaciones es matizable en el ámbito estudiado, porque compromete la seriedad del carácter imperativo de la norma de conflicto.

Por supuesto que mi intención no es referirme al régimen jurídico del divorcio notarial; me interesa sólo prestar atención a algunas cuestiones peculiares:

- a. ¿Qué debe ser probado? En el plano procesal, el art. 777 LEC exige en los procesos tramitados de común acuerdo que los cónyuges vayan provistos de los documentos en los que funden sus pretensiones. Del mismo modo, en el divorcio y la separación notariales se supone que deben llegar a la notaría con el convenio ya hecho, y el parámetro a partir del cual se enjuicia su validez. La prueba del Derecho extranjero debe abarcar las condiciones de acceso al divorcio o a la separación, incluyendo si existe una disciplina diferenciada en función de la autoridad competente¹¹⁰. Por supuesto, esto puede exigir probar no sólo leyes sino también acreditar plazos o la existencia de resoluciones judiciales habilitantes¹¹¹.

¹⁰⁶ Por ejemplo, en los Derechos cubano, colombiano, estonio, rumano o letón son posibles incluso cuando haya hijos menores.

¹⁰⁷ Se puede trasladar a este ámbito la argumentación consolidada de los tribunales (y de la DGRN) a propósito de la eficacia en España de los divorcios notariales previa a 2015 (reproducida en A. L. CALVO CARAVACA/J CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho...*, *op. cit.*, vol II, pp. 343 ss.): De la misma manera que se imponía controlar sólo lo que se haya hecho en origen conforme a su propia ley, sin injerencias ni interferencias de las concepciones españolas, sin objeciones basadas en el orden público del foro por el hecho de que se tratara de una institución desconocida en nuestro país (en particular, nunca fue un problema que el notario extranjero se pronunciara sobre relaciones paterno filiales), aquí se confiere al Derecho reclamado por la norma de conflicto la disciplina íntegra de la crisis matrimonial, con el alcance que en aquel se le dé.

¹⁰⁸ Resoluciones de la DGRN de 15 de febrero de 2016, 14 septiembre 2016, 15 de julio de 2011, 2 de marzo y 14 de noviembre de 2012 y 20 de julio de 2015, entre otras.

¹⁰⁹ Incluso basta la afirmación de que el conocimiento se ha adquirido de forma indirecta a partir de lo que las partes le han ilustrado: M. A. ROBLES PEREA, "La prueba del Derecho Extranjero", en www.notariosyregistradores.com. Aseverar que se asume responsabilidad es prácticamente nada, porque resulta arduo pensar en quién va a exigirlo por la indebida aplicación de una norma de conflicto y sus consecuencias.

¹¹⁰ En el Derecho boliviano los hijos deben tener más de veinticinco años; en Cuba la escritura notarial no puede contener previsiones relativas a los hijos mayores, ni siquiera si están incapacitados. En Ecuador se exige un plazo de reflexión de mínimo sesenta días; en Perú no pueden acceder a este tipo de disolución los cónyuges cuyo régimen de bienes sea el de gananciales si no ha sido liquidado, y el proceso se estructura en dos fases, con declaración de separación y al cabo de dos meses se solicita la disolución. Una exhaustiva exposición de algunos sistemas nacionales en E. M. RODRÍGUEZ DÍAZ, "El divorcio notarial en España. (Perspectiva en Derecho comparado y problemática de la actual regulación)", en *Revista jurídica del Notariado*, 2018, pp. 209 ss.

¹¹¹ Por ejemplo, en Brasil no cabe el divorcio notarial si no existe previa separación judicial. No es necesario ponderar que el *exequatur* de tal resolución es innecesario.

En segundo lugar, habrá que acreditar la legalidad de los pactos alcanzados, a la luz del Derecho regulador de la crisis y de sus efectos (el art. 90 CC recoge el contenido obligatorio del convenio con referencia a las normas del CC... “siempre que fueran aplicables”; si no lo es, el contenido puede ser otro). La normativa notarial parte del control de legalidad.

La modificabilidad de los acuerdos puede razonablemente connotarse como imperativo derivado del orden público del foro; en consecuencia, si el Derecho rector de la crisis sancionara su intangibilidad, este extremo también habrá de ser probado, como condición previa a la entrada en juego de la ley española.

- b. Si no existe información (o es insuficiente) sobre contenido y vigencia de la ley extranjera. No hace falta insistir en que el RRIII no equipara el hecho de acudir a un notario español con elección tácita de la ley del foro¹¹², y tampoco puede valer el pacto de las partes en cuanto a su contenido, por mucho que no contrarie nuestro orden público. Vale lo apuntado *supra* sobre aplicación íntegra de la *lex causae*, por lo que habrá de verbalizar cuáles son las normas aplicadas y cómo se ha llegado a conocerlas, obligación enmarcada en el deber genérico de claridad del art. 148 del Reglamento notarial; es justamente esa explicitación la justificación de la eventual aplicación del ordenamiento patrio: No hay razón para pensar que las soluciones deban ser distintas en un divorcio o separación judicial y en uno notarial, por lo que en lo tocante a cuestiones de estado civil (admisibilidad o no de la separación o el divorcio) se impone el regreso a la *lex fori*; el referente no es el art. 100.2 LRC, que no piensa en escrituras españolas¹¹³.
- c. El conocimiento del Derecho extranjero por el notario: Las normas del art. 36 RH tienen un contexto y piensan en una situación concreta, para un fin en el que no se requiere un dominio exhaustivo de la ley foránea y un sector donde la imperatividad de la norma de conflicto no juega con tanta contundencia. Por tanto, su posible traslación a lo no hipotecario debería ser considerada con cautela, de modo que no se autorice escritura alguna si falta esa fehaciencia y exhaustividad. Confiarlo todo en la asunción de responsabilidad es vano consuelo, más que nada porque es improbable que alguien se la exija.

Descartado el improbable recurso al peritaje del art. 50 de la Ley del notariado, y ya que ni siquiera se permite designar un experto *ad hoc* para un caso controvertido concreto, queda (al margen del conocimiento privado del notario) o bien la investigación privada o bien las vías previstas en el art. 35 LCJI. Ni que decir tiene que la famosa “mera facultad de investigar ese Derecho” debe quedar para otros ámbitos, no para éste, de donde es obligatoria.

Si como consecuencia de la entrada en juego de una normativa inesperada por los cónyuges se necesitara alterar (sin negarse a autorizarlo) alguno de los pactos alcanzados o el notario lisa y llanamente se niega a hacerlo, la primera opción es no suscribir nada e ir al juez. Sería absurdo iniciar un rosario de recursos frente a esa decisión. No se puede decir que sea un problema específicamente derivado del tratamiento de la ley extranjera, claro, sino de su aplicación efectiva. Va de suyo, en todo caso, que que existe otra alternativa –probablemente más fácil–, que pasa por articular una *electio iuris*, de entre las posibilidades ofrecidas por el art. 5 RRIII, y en función de las posibilidades que se abran, según existan o no hay menores e incapaces.

- d. Control judicial en el RC. Como es sabido, según los arts. 83 y 87 CC la escritura de separación y de divorcio produce efectos desde la manifestación del consentimiento por los cónyuges, quedando postpuesta hasta la inscripción en el Registro civil la producción de efectos frente a terceros de buena fe, sancionando el art. 61 LRC la obligación de remitir copia de la

¹¹² Como parece entender A. A. LONGO MARTÍNEZ, “La escritura de separación o divorcio”, en *La notaría*, 2015, nº 2, p. 100.

¹¹³ L. GARAU JUANEDA, “La ley 20/2011, del Registro civil, y sus efectos en el Derecho internacional privado español”, en *REDI*, 2017, p. 30. En un ejercicio de inusitada esperanza, en este escrito asumiremos que la LRC de 2011 entrará en vigor algún día, y a ella hacemos referencia. De todas formas, la ley de 1957 prevé controles de legalidad similares en los arts. 27 y 28 en particular.

escritura en el mismo día de su otorgamiento o el siguiente. Si el notario no ha respetado las normas imperativas del foro (léase, entre otras, las normas de conflicto) y seguidamente las de la ley declarada aplicable, el encargado del Registro no podrá inscribir nada, en virtud de su obligación de controlar de oficio la legalidad, sancionada con carácter general en el art. 13 LRC y reiterada en el art. 30.2 al poner el acento en la verificación de la legalidad de las formas extrínsecas y de la validez del acto¹¹⁴. Claro que otra historia distinta es que existan incentivos y posibilidades reales para realizar ese control, que en todo caso depende de los datos que emanen de los documentos y que normalmente se agotará en la constatación de que el proceso de subsunción se ha hecho indebidamente (inclúyase el caso en el que no se haya hecho en absoluto), siendo irrelevante el conocimiento privado del encargado, que no podrá hacer apreciaciones en torno a la ley aplicada (interpretación, exactitud,...). Por supuesto que, detectada la internacionalidad y la omisión de cualquier referencia conflictual, hay motivo suficiente para rechazar la inscripción. A partir de tal negativa, en fin, se abren las posibilidades de recurso de los arts. 85 ss. LRC.

VI. Una nota final

35. En España triunfó hace años la expresión “sistema de textura abierta” para referirse al modelo de tratamiento de la ley extranjera en el proceso. En qué se haya traducido esa apertura y presunta maleabilidad es un misterio (más bien seguimos instalados en el blanco y negro). Algunas decisiones jurisprudenciales –tímida y valerosamente– han llevado hasta sus últimas consecuencias la obligación de investigar y aplicar de oficio la ley extranjera reclamada por nuestras normas de conflicto en sectores donde los privados no disponen libremente de sus derechos, mas no se puede decir que a día de hoy sea ésta una práctica consolidada. Y sin embargo, si alguien sigue creyendo que el método conflictual sirve para algo, si tiene algún sentido lo que solemos llamar parte especial del Derecho internacional privado, se impone esta solución. No es un problema de acceso a la justicia¹¹⁵, es simple seguridad jurídica. Probablemente los ingleses llevan razón; seguramente es mejor dejarse de complicaciones y aplicar siempre la *lex fori* cuando nuestros tribunales sean competentes, pero a día de hoy el sistema sanciona otras soluciones.

36. Cuando el legislador español actúa racionalmente y sitúa cada norma en su sitio –que es lo que ha hecho, cerrando el círculo con el art. 33 LCJI– lo que resulta es un reloj suizo: Las normas de conflicto marcan un plan de trabajo y un objetivo, las normas procesales dicen cómo se hace, dando respuesta específicamente a las consecuencias de la internacionalidad. Lo que no vale es fijarse en un sintagma suelto de una disposición procesal para, desde ahí, pretender dar a luz opciones de fondo que lo ponen todo del revés. La base en los procesos matrimoniales se halla en el RRIII, que ubica las crisis matrimoniales en un determinado ordenamiento, y las normas de conflicto concurrentes; a partir de ahí el resto es ancilar. Costará más o menos atender a las órdenes del legislador, pero no hay margen para la decisión autónoma. La introducción de un Derecho extranjero en el proceso es responsabilidad de las partes, pero subsidiariamente existen instrumentos para hacerlo de oficio, e inmediatamente activar los procedimientos de averiguación previstos en las leyes y en los convenios, tarea en la que los tribunales gozan de amplísimo margen de iniciativa. Claro que lo que se dice para los órganos judiciales vale para los notarios, que habrán de abandonar en parte sus formas tradicionales de funcionar en este tema.

37. Probablemente el Derecho internacional privado siga siendo sentido como una patología, o al menos como un pequeño inconveniente que hay que evitar. Ojalá se normalice su uso y se desdramatice el recurso a una ley extranjera, pero para ello hay que empezar.

¹¹⁴ A pesar de que el art. 30.3 inciso segundo LRC puede dejar espacio a la duda sobre el objeto del control, hay que recordar que lo que en principio iba a limitarse a la realidad de los actos fue enmendado en el trámite parlamentario para abarcar también el de legalidad. La referencia en M. LINACERO DE LA FUENTE, *Tratado del Registro civil*, Valencia, 2013, p. 112.

¹¹⁵ Como sostienen la Conferencia de La Haya y la Comisión europea en su documento *L'accès au droit étranger en matière civile et commerciale*, de 2012.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL RESPECTO DE ACTOS DESLEALES CON LOS COMPETIDORES

INTERNATIONAL JURISDICTION IN RESPECT OF UNFAIR ACTS WITH COMPETITORS

ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ*

Profesor titular de Derecho internacional privado

Universidad de Oviedo

ORCID ID: 0000-0002-6241-6402

Recibido: 23.07.2018 / Aceptado: 10.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4378>

Resumen: Tras presentar la problemática de la competencia judicial internacional respecto de actos desleales contra competidores en el epígrafe I, en el apartado II se analizan las estrategias procesales a seguir, que básicamente pueden ser de tres tipos: la pactada entre las partes litigantes; la general, válida para cualquier materia patrimonial; y la específica para actos de competencia desleal. En el epígrafe III, se proyectan estas estrategias en la distinta morfología de las conductas desleales, según las esferas de interés de los competidores perjudicados: sus activos intangibles, sus relaciones en el mercado y sus grupos de interés (clientes, proveedores, trabajadores...). En el apartado IV, y precisamente por esta morfología tan específica, se analizan las zonas limítrofes con otras normas de competencia, principalmente, en materia de contratos, en materia de propiedad industrial y en materia concursal. La valoración final es que, debido al silencio de las normas de competencia en materia de competencia desleal, se depende en exceso de la construcción jurisprudencial del TJUE, la cual tiene luces y sombras.

Palabras clave: competencia judicial internacional, competencia desleal, competidores, materia extracontractual, lugar del hecho dañoso, activos del competidor, relaciones con los competidores, grupos de interés del competidor.

Abstract: After presenting the issues of international jurisdiction regarding unfair acts against competitors in section I, in section II the litigation strategies are analyzed, which basically can be of three types: one based on the agreement of the parties; second one based on general rules for any economic matter; and the third one based on specific rules. In section III, these strategies are projected in the different morphology of unfair acts, according to the areas of interest of the injured competitors: their intangible assets, their relationships in the market and their stakeholders (customers, suppliers, workers...). In section IV, and precisely because of this very specific morphology, the boundaries with other jurisdiction rules are analyzed, mainly in matter of contracts, intellectual property and insolvency. The final assessment is that, due to the silence of the jurisdiction rules in respect of unfair competition, we excessively depend on the case law construction of the CJEU, which has lights and shadows.

Keywords: international jurisdiction, unfair competition, competitors, non contractual matters, place of harmful event, assets of the competitor, relations with competitors, stakeholders of the competitors.

* Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo. El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

Sumario: I. Introducción. II. Estrategias procesales internacionales ante las prácticas desleales: 1. Estrategias pactadas: A) Sumisión. B) Arbitraje. 2. Estrategia general: el domicilio y el establecimiento del demandado: A) Fortalezas y debilidades. B) Los litisconsorcios pasivos en las acciones de competencia desleal. 3. Estrategia específica: el lugar de localización del acto desleal: A) Funcionalidad del lugar del hecho dañoso. B) Actos desleales y disociación del hecho dañoso. C) Actos desleales y plurilocalización del hecho dañoso. D) Actos desleales y difuminación del daño. III. Estrategias procesales internacionales y morfología de los actos desleales: 1. Deslealtad con los activos intangibles de los competidores: A) Daños a la imagen y signos distintivos de la empresa. B) Secretos empresariales internacionales. C) El test de eficiencia en internet. 2. Deslealtad en las relaciones con los competidores: A) La explotación internacional de la situación de dependencia. B) La ruptura repentina de relaciones comerciales internacionales. 3. Deslealtad a través de los grupos de interés de los competidores: A) Prácticas desleales con clientes y consumidores. B) Inducción a la infracción contractual de trabajadores, proveedores y clientes. C) Intromisión en la clientela ajena. IV. Interferencias en las estrategias procesales internacionales: 1. Juez del contrato: A) Concurrencia de acciones e intereses protegidos. B) Incompatibilidad de normas de competencia judicial. 2. Juez de los derechos de propiedad industrial: A) Competencia desleal y juez de la nulidad de la propiedad industrial. B) Competencia desleal y juez de las licencias. C) Competencia desleal y juez de la violación de derechos de propiedad industrial. 3. Juez del concurso: A) Acciones de competencia desleal ajenas a la legislación concursal. B) Acciones de competencia desleal desvinculadas del procedimiento de insolvencia. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En un contexto de apertura de nuevos mercados, de innovación en las estrategias comerciales transfronterizas y de máxima competitividad mundial entre empresas, son cada vez más frecuentes las demandas por competencia desleal transfronterizas presentadas por competidores perjudicados. En estas demandas siempre aparece una problemática común: ante qué tribunal ejercitar la acción. La competencia judicial internacional en esta materia requiere tener en cuenta tres variables: la estrategia procesal a seguir, su adecuación a la tipología y morfología de los actos desleales contra los competidores, y las interferencias entre distintas estrategias procesales.

En efecto, la primera variable a considerar, y especialmente presente en el epígrafe II, es el análisis de la competencia judicial en materia de actos desleales en clave de “estrategia procesal”. No se trata solo de estudiar de un modo estático las normas de competencia judicial internacional, sino de reparar en cómo el lugar donde interponer la demanda afecta a todo el diseño y desarrollo del proceso. Así ocurre en aspectos tales como el tipo de acción que se ejercita –básicamente, de prevención, de cesación, de remoción o de reparación de daños, además de las acciones declarativas negativas o de acciones torpedo–, la legitimación –acción individual o colectiva y los litisconsorcios–, la posible aplicación al fondo de una ley extranjera o la ley del juez, la facilidad en la práctica de la prueba, o la necesidad o no de ejecutar las resoluciones, más allá de las fronteras del juez que conozca. Este planteamiento en clave de estrategia ha trascendido a las partes y se ha convertido en un novedoso parámetro de interpretación de las normas de competencia judicial realmente importante. No solo porque el Tribunal de Justicia se ha referido a la buena administración del proceso para interpretar las normas de competencia europeas¹, sino, sobre todo, porque ha llegado a reconocer que su interpretación respecto de una misma norma de competencia es distinta según el tipo de acción procesal que se ejercite². Esta metodología puede tener cierto impacto en la dogmática del Derecho procesal internacional³.

¹ Ya desde su célebre Sentencia de 30 de noviembre de 1976, *Mines de potasse d'Alsace*, asunto 21-76, ECLI:EU:C:1976:166. En su apartado 17 se refiere a la interpretación del foro “desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso”.

² *Vid.* STJUE de 17 de octubre de 2017, asunto C194/16, *Bolagsupplysningen OÜ*, ECLI:EU:C:2017:766, estableciendo una interpretación específica para las acciones de rectificación que se aparta expresamente de la interpretación dada para las acciones de reparación de daños y perjuicios, a pesar de utilizarse el mismo foro de competencia judicial.

³ *Vid.*, adelantando este enfoque, P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acciones de cesación de actividades ilícitas transfronterizas”, *AE-DIPr*, vol XI, 2011, pp. 119-146, esp. pp. 128 y ss. Y, en particular, referido a la competencia desleal, *vid.* E. COUREAULT, *Le concurrence déloyale en droit international privé communautaire*, Tesis doctoral, Universidad Nancy 2, 2009, esp. pp. 199 y ss.

2. La segunda variable a tener en cuenta, en concreto en el epígrafe III, es la necesidad de adaptar las normas de competencia a la tipología y morfología de las prácticas desleales⁴. Es habitual la construcción de la competencia judicial internacional en clave de un Derecho de daños genérico, que incluya aspectos tan ajenos al aquí tratado como los daños al medio ambiente⁵, sin reparar en la problemática particular de los actos de competencia desleal⁶. Pero, incluso respecto de estos actos desleales, además de cláusulas generales de vulneración de la buena fe⁷ y de normas⁸, existe una variedad importante de tipos referidos a los activos, relaciones y grupos de interés de los competidores.

3. La tercera variable relevante a los efectos de este estudio, principalmente presente en el epígrafe IV, es la necesidad de delimitar las normas de competencia judicial en materia de actos desleales respecto de normas de otros sectores, básicamente, de Derecho de la propiedad industrial, de los contratos y de los procedimientos de insolvencia⁹. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha obviado que la calificación uniforme no se puede hacer sobre “materias” ni sobre “hechos”, sino sobre “acciones” procesales pendientes ante tribunales, esto es, sobre unos hechos subsumidos en unos fundamentos de derecho que dan lugar a una causa de pedir¹⁰. Reconocer lo anterior implica asumir que la interpretación –más que calificación– uniforme se hace sobre “productos” jurídicos nacionales¹¹. Ello no significa ni mucho menos renunciar a dicha interpretación uniforme, sino partir de que esta consiste en formular un estándar europeo, en cuyo tipo se subsumirán o no las acciones “nacionales”, fundamentadas en legislaciones estatales de competencia desleal (*lex causae*), que en muchas ocasiones no están armonizadas¹².

⁴ Vid., destacadamente, esta metodología en M. VIRGÓS SORIANO, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 59 y ss.

⁵ Vid. la ya citada STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Mines de potasse d'Alsace*.

⁶ En el Derecho material de competencia desleal, frente a modelos normativos con una ley específica de competencia desleal, otros parten de las normas generales de responsabilidad extracontractual, a partir de una cláusula general de prohibición de competencia desleal o incluso sin dicha cláusula, vid. R. GARCÍA PÉREZ, *Libre circulación de mercancías y competencia desleal en la Comunidad Europea*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005, esp. pp. 116 y ss. Para una visión exhaustiva por países, aunque no muy reciente, P. BERNHARD, *Das internationale Privatrecht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EG*, Würzburg, Nomos, 1994, esp. pp. 50 y ss.

⁷ Vid., por ejemplo, artículo 4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, BOE 11-I-1991.

⁸ Vid., en España, artículo 15 de la Ley 3/1991. Aunque se trata de un tipo específico de acto desleal en el mercado, también es cierto que su ámbito de aplicación es genérico y se refiere, no a un hecho concreto, sino a cualquier vulneración de normativa que permita adquirir una ventaja competitiva significativa. Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 118 y ss. Por ello, se analizará en mayor profundidad en el epígrafe II y no en el III.

⁹ Vid. M. DUROVIC, *European law on unfair commercial practices and contract law*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2016, esp. pp. 17-22, destacando las intersecciones entre competencia desleal y Derecho europeo contractual. Respecto de otros sectores, vid. F. HENNING-BODEWIG, *Unfair competition law: European Union and member states*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 3-8.

¹⁰ Cf. S. SÁNCHEZ LORENZO, “Delimitation entre matiere contractuelle et matiere delictuelle dans l’Espace judiciaire européen (l’affaire Brogister)”, *Annuaire de Droit de l’Union Européenne*, vol. 38, 2014, pp. 472-478, esp. p. 477.

¹¹ Vid. R. ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de derecho internacional privado”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 403-426, esp. pp. 414 y ss. El autor apunta la necesidad de distinguir entre la interpretación autónoma que debe realizar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la calificación *ex lege causae* que debe hacerse conforme a la ley rectora de las reclamaciones. En esta misma línea, vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, p. 477.

¹² Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, p. 478, destacando cómo una calificación de Derecho procesal europeo solo es posible si existiera un Derecho civil europeo. Ciertamente, solo cuando exista una armonización material de legislaciones y la acción se base en la ley de un Estado miembro, las acciones ya no serán estrictamente “productos nacionales” y la interpretación uniforme puede resultar más sencilla. En materia de competencia desleal esto ocurre principalmente respecto de perjudicados consumidores pero no respecto de perjudicados competidores. Vid. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, DOCE n° L 149, 11-6-2005. Debe destacarse también la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa (DOCE n° L 376, 27-XII-2006). Sobre la armonización parcial en esta materia, vid. J. MASSAGUER, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal*, Madrid, Thomson/Civitas, 2006, esp. pp. 38-48; N. DETHLOFF, *Europäisierung des Wettbewerbsrechts: Einfluss des europäischen Rechts auf das Sach- und Kollisionsrecht des unlauteren Wettbewerbs*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2001, esp. pp. 307-310.

II. Estrategias procesales internacionales ante las prácticas desleales

4. El análisis de la competencia judicial internacional en clave de estrategia procesal hace necesario distinguir tres tipos de estrategia: la pactada entre las partes litigantes: la general, válida para cualquier materia patrimonial; y la específica para actos de competencia desleal.

1. Estrategias pactadas

A) Sumisión

5. En materia de competencia desleal las partes pueden pactar los tribunales en los que litigar de conformidad con todas las normas procesales internacionales: Reglamento “Bruselas I.bis”¹³, Convenio de Lugano¹⁴, Convenio de La Haya sobre acuerdo de elección de foro¹⁵ y Ley Orgánica del Poder Judicial¹⁶. La sumisión puede ser tácita, por comparecencia del demandado sin impugnación de la competencia, o expresa. Es este último caso el que más problemas plantea en el ámbito de la competencia desleal, pues no tiene por qué existir una relación jurídica previa entre perjudicado e infractor en la que pactar una sumisión¹⁷. Pero, incluso existiendo esa relación previa, la inclusión de las acciones de competencia desleal en el arreglo pactado dependerá del tenor literal de la cláusula de sumisión. Así, una cláusula muy concreta referida a las “obligaciones contractuales” entre las partes y a la “interpretación y cumplimiento” del contrato correría el riesgo de excluir las demandas por prácticas comerciales desleales¹⁸. Ello ocurriría porque las demandas por competencia desleal están relacionadas, en su mayoría, y sin perjuicio de los matices que se harán a lo largo de este trabajo, con obligaciones extracontractuales que no nacen del contenido del contrato ni de la voluntad de las partes¹⁹.

6. Pero, incluso con una cláusula de sumisión redactada de forma amplia que claramente incorpore la competencia desleal, el juego de esta sumisión puede plantear dudas en función de la legitimación activa para el ejercicio de las acciones, en particular, cuando sean ejercitadas por corporaciones o asociaciones profesionales o empresariales, representativas de intereses económicos. En estos casos deben distinguirse dos supuestos.

Si las corporaciones o asociaciones actúan en representación de un interés difuso o general, las demandas no quedarán integradas en la cláusula de sumisión que hayan podido pactarse con competidores

¹³ Artículo 25 del Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOCE* n° L 351, 20-XII-2012. Este precepto será aplicable cuando se elija un tribunal de la UE, incluidos, los órganos jurisdiccionales españoles.

¹⁴ Artículo 23 del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, el 30 de octubre de 2007 (*DOUE* n° L 339, 21-XII-2007). Este Convenio será aplicable, cuando se elija un tribunal suizo, islandés o noruego.

¹⁵ Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre acuerdos de elección de foro, *DOUE* n° L 353, 10-XII-2014. Este Convenio será aplicable cuando se elijan los tribunales montenegrinos, mexicanos o singapurenses o los tribunales de un Estado miembro de la UE, siempre que, en este último caso, una de las partes tenga su domicilio en Montenegro, México o Singapur.

¹⁶ Recuérdese que, cuando se elijan los tribunales españoles, estos aplicarán el Reglamento “Bruselas I.bis” y no la Ley Orgánica del Poder Judicial. Cuando se elijan los tribunales de cualquier tercer Estado con el que España no tenga convenio, la sumisión dependerá de la legislación de dicho Estado. No obstante, los tribunales españoles reconocerán esa sumisión y no sustanciarán el caso salvo que el tribunal elegido haya declinado su competencia, *cf.* artículo 22 ter.4 de la citada Ley. En el ámbito de los convenios bilaterales, *vid.* el Convenio con El Salvador, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias, hecho en Madrid, el 7 de noviembre de 2000, y que es aplicable cuando se elijan los tribunales del país iberoamericano.

¹⁷ *Vid.* F. J. DANTHE, *Le droit international privé suisse de la concurrence déloyale*, Droz, Ginebra, 1998, pp. 46-47.

¹⁸ *Vid.* E. COUREAULT, *op. cit.*, pp. 253-259; y, más en general, R. ARENAS GARCÍA y C. ORÓ MARTÍNEZ, “Cláusulas de elección de fuero”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (coord.), *Cláusulas en los contratos internacionales. Redacción y análisis*, Barcelona, Atelier, 2012, pp. 108-140, esp. pp. 136-138.

¹⁹ *Vid.* S. BARONA VILLAR, *Competencia desleal. Tutela jurisdiccional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 994-995; A. DYER, “Unfair Competition in Private International Law”, *R. des C.*, t. 211, 1988-IV, pp. 373-446, esp. pp. 440-442; T. BAUERMAN, *Der Anknüpfungsgegenstand im europäischen Internationalen Lauterkeitsrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2015, pp. 13-21.

concretos. Baste comprobar que la asociación como tal no ha sido firmante del pacto de sumisión y que está actuando en una calidad distinta a la de los contratantes²⁰. En estos casos, la sumisión solo podría jugar si el demandado y la asociación o corporación, en su propio nombre, pactan un determinado tribunal²¹.

El caso debe resolverse de forma distinta si las corporaciones o asociaciones actúan en nombre de determinados competidores perjudicados por el acto desleal²². En estos supuestos, conviene distinguir dos hipótesis en función de que en las relaciones individuales con cada competidor se haya elegido un mismo tribunal o no.

En los casos en los que las sumisiones individuales se hayan hecho a favor de un mismo tribunal, la acción colectiva puede interponerse ante este tribunal²³. Cabría reconocer un efecto atributivo de competencia para acciones colectivas por intereses concretos, a modo de litisconsorcio activo. También debe reconocerse un efecto derogatorio de la competencia de otros tribunales no elegidos. Para la asociación, es una derogación previsible y asumible por cuanto está actuando en nombre y por cuenta profesionales concretos. Para el empresario infractor, también lo es, ya que la competencia se basará en sus propios pactos con las partes representadas²⁴.

Analizados los casos de acciones colectivas existiendo un mismo tribunal elegido, debe repararse en el otro escenario posible: aquel en el que los distintos competidores perjudicados no eligieron el mismo tribunal. En estos casos, la diversificación de tribunales elegidos tiene un efecto “derogatorio” de la competencia para estas acciones colectivas que se convierte en un efecto “impeditivo” de interposición de la acción. Las normas de competencia judicial se convierten *de facto* en normas de inadmisibilidad de acciones colectivas. Así las cosas, ¿debería admitirse una demanda colectiva ante los tribunales competentes en defecto de pacto? Sería conveniente una norma que estableciera que la diversificación de tribunales elegidos no puede convertirse en una estrategia del empresario infractor para impedir acciones colectivas por intereses concretos, bajo el argumento de falta de competencia para la acción colectiva²⁵.

B) Arbitraje

7. Las acciones por actos desleales que afectan a intereses concretos y derecho subjetivos son arbitrables²⁶. Es materia disponible que no está relacionada con el orden público y que, por ello, puede ser excluida de la administración de justicia en beneficio de una solución alternativa de la controversia. Ahora bien, para ello es necesario que el acuerdo de arbitraje incluya en su ámbito de aplicación dichas acciones, lo cual no siempre es fácil de determinar, en particular, en aquellos casos en los que el acuerdo de arbitraje se ha incluido en un contrato y antes de que surja la controversia. Habrá que analizar la cláusula arbitral concreta para determinar su aplicación a la competencia desleal. Deberá

²⁰ En su Sentencia de 1 de octubre de 2002, asunto C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555, el Tribunal de Justicia ya aclaró que las asociaciones de consumidores que actúan en defensa de intereses generales y difusos no son partes contratantes. Por ello, no quedarían vinculadas por una cláusula de sumisión en el contrato.

²¹ *Vid.* L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial*, Santiago de Compostela, De Conflictu Legum, 2009, esp. pp. 69 y ss.

²² Bajo el principio de *opt-in* o de participación voluntaria, *cf.* § 21 de la Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, *DOUE* n° L 201, 26-VII-2013.

²³ Sobre la conveniencia de un foro único para el ejercicio de acciones colectivas, *vid.* G. PAILLI, “Disuasión global de conductas ilícitas: búsqueda de un foro único para las controversias transfronterizas en materia de consumo”, *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 189-226, esp. pp. 193 y ss.

²⁴ En el caso de acciones colectivas de consumidores por derechos subjetivos concretos, la respuesta es distinta y sí cabría acudir a los tribunales no elegidos. Solo existiría obligación de acudir a los tribunales elegidos si estos son pactados con posterioridad al nacimiento del litigio o si son los del domicilio común de consumidores y empresarios al tiempo de la celebración del contrato, siendo esta sumisión válida y eficaz según la ley del juez (art. 19 Reg. “Bruselas I.bis”). Repárese en que algunas cláusulas de sumisión han sido anuladas por considerarse abusivas, *cf.* L. CARBALLO PIÑEIRO, “Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: observaciones a propósito del art. 6 del Reglamento Roma II”, *AEDIPr*, t. VII, 2007, pp. 465-495, esp. p. 486.

²⁵ *Vid.* § 17 de la Recomendación de la Comisión antes citada, en referencia a la eliminación de obstáculos a la imposición de este tipo de acciones. En la doctrina, *vid.* L. CARBALLO PIÑEIRO, *op. cit.*, p. 132, contrastando el modelo europeo con el estadounidense.

²⁶ *Vid.* E. COUREAULT, *op. cit.*, pp. 240-249.

prestarse especial atención a expresiones que se refieran a toda controversia, “*con independencia de su naturaleza*”, “*ya sea de carácter contractual o extracontractual*”, “*ya esté directa o indirectamente relacionada con el contrato*”²⁷.

Una de las Sentencias más interesantes a este respecto es la de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de octubre de 2017, en el asunto *Top Airways* contra *Thai Airways*²⁸. La demandante interpone varias acciones por incumplimiento de contratos de agencia y distribución junto con una acción declarativa de competencia desleal, contra una sociedad domiciliada en Tailandia. La Audiencia con gran tino afirma el carácter arbitrable de la acción de competencia desleal y afirma que su ejercicio en la jurisdicción se hace con un fin fraudulento, atraer al juez español acciones que de suyo se someterían a arbitraje.

Pero en ciertos pasajes la Sentencia plantea alguna duda. Para empezar, una cosa es que la acción sea arbitrable y otra cosa distinta es que en el caso concreto dicha acción esté incluida en el ámbito de aplicación del acuerdo de arbitraje. La cláusula en concreto sometía a arbitraje “*cualquier diferencia referente al ámbito, sentido, interpretación o efecto de este contrato*”. Es difícil, y no se hace en la Sentencia, una interpretación indubitada sobre si una acción de competencia desleal está incluida en este tenor, sobre todo porque la fundamentación de la demanda tenía graves carencias a este respecto. En principio, no existe en el acuerdo de arbitraje una alusión clara y evidente a las acciones por competencia desleal. Solo forzando la dicción del acuerdo, podría entenderse que cualquier diferencia referente al “*efecto de este contrato*” podría ser una base suficiente para subsumir la acción de competencia desleal relacionada con la ejecución del contrato en el acuerdo de arbitraje. Por lo demás, habría que estar a la ley rectora del acuerdo de arbitraje y, en su defecto, del contrato mismo, para interpretar la terminología empleada en la cláusula y si ese ordenamiento considera la competencia desleal como un posible “*efecto*” del contrato²⁹.

La Sentencia tampoco se muestra muy acertada a la hora de tratar como fraude procesal el ejercicio de la acción por competencia desleal, incluso en el caso de caer en el ámbito de la jurisdicción. La Audiencia entiende que el ejercicio de la acción se hace con el único objetivo de atraer a la competencia del juez español el resto de acciones en materia contractual, que son las que verdaderamente interesan al demandante y que están afectadas por el arbitraje. Pues bien, el tratamiento como fraude requiere identificar una norma de cobertura, a saber, aquella que permite acumular ante un juez acciones judiciales y acciones sometidas a arbitraje. A este respecto es sumamente dudoso que exista una norma de cobertura en tal sentido. Además de estas dudas, lo realmente cuestionable es la sanción al presunto fraude. Esta no pasa por considerar sometida a arbitraje la acción por competencia desleal, sino por dejar de aplicar la norma de cobertura y reactivar la norma defraudada. E inaplicar la norma de cobertura en el caso significa estimar la declinatoria arbitral y derivar al arbitraje las acciones sometidas a este mecanismo. Pero no derivar a dicho arbitraje acciones que no estuvieran incluidas en el acuerdo de arbitraje, en el caso, la acción de competencia desleal.

8. Expuestas las cuestiones sobre el arbitraje individual cabe plantearse qué ocurre con las acciones colectivas interpuestas por corporaciones o asociaciones empresariales o profesionales. Para ello conviene reproducir las soluciones dadas respecto de la sumisión a tribunales. Una acción por interés general o difuso no entra en el ámbito de aplicación de un acuerdo de arbitraje previo incluido en contratos con los competidores. Yendo a acciones por derechos subjetivos y concretos, la inclusión de un mismo acuerdo de arbitraje permitiría plantearse una demanda arbitral conjunta, según las normas procedimentales rectoras del arbitraje y, en su caso, de la institución arbitral a la que se haya encomendado su administración. Si el acuerdo de arbitraje con los distintos competidores no es funcionalmente equivalente, los arbitrajes individuales podrían convertirse en un obstáculo a la admisibilidad de acciones colectivas³⁰.

²⁷ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Cláusulas compromisorias y acuerdos de arbitraje”, en S. SÁNCHEZ LORENZO (coord.), *op. cit.*, pp. 140-182, esp. pp. 152 y ss.

²⁸ ECLI: ES:APB:2017:8878.

²⁹ Vid. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 603-604.

³⁰ Cf. G. PAILLI, *loc. cit.*, pp. 199 y ss.

2. Estrategia general: el domicilio y el establecimiento del demandado

A) Fortalezas y debilidades

9. Respecto de acciones por actos de competencia desleal, la estrategia más sencilla es la de presentar la demanda ante los tribunales del Estado donde se halla el domicilio del demandado infractor. Se trata de una posibilidad prevista por todos los instrumentos vigentes en el ordenamiento³¹. Esta estrategia también puede referirse a la demanda ante el tribunal del lugar del establecimiento, sucursal o explotación del demandado desde o a partir del cual ha desarrollado su acto desleal y a cuya explotación se vincula la acción³². Aunque no se señale literalmente, el foro de la sucursal debe referirse con carácter general a un establecimiento del demandado³³. No debería jugar como establecimiento del demandante³⁴. En unas ocasiones –por ejemplo, acciones declarativas de ausencia de deslealtad, consideradas acciones torpedo–, porque el demandante presunto infractor estaría invocando su propio establecimiento como foro de competencia a su favor³⁵. En otras ocasiones, porque que el demandante perjudicado observe un perjuicio en uno de sus establecimientos no significa que el litigio se vincule a su explotación.

10. La estrategia señalada, bien en referencia al domicilio, bien al establecimiento, tiene debilidades y fortalezas. Entre las debilidades, destaca que el juez competente probablemente no aplicará su propia ley, sino una ley extranjera que podría ser la ley del mercado afectado o la ley del lugar del daño³⁶. Además, se obliga al perjudicado demandante a litigar en el extranjero³⁷. Desde la perspectiva de una empresa española perjudicada que actúa como demandante, está obligada a litigar en el extranjero. Pero podría darse la paradoja de que el juez extranjero tuviera que aplicar la ley española.

A pesar de las debilidades señaladas, no cabe duda de que el foro del domicilio o establecimiento del demandado conserva un gran potencial. Para el demandado, porque resulta un criterio muy adecuado para el ejercicio de su derecho de defensa. Para el demandante, porque un único tribunal conocerá de todo el daño derivado de un acto de competencia desleal, dondequiera que haya producido efectos y aunque estos se localicen en varios Estados³⁸. Además, la noción amplia de domicilio de sociedades

³¹ En el Reglamento “Bruselas I.bis”, cuando el demandado tenga su domicilio en España o en otro Estado miembro la UE, desplazando, por tanto, a la Ley Orgánica del Poder Judicial, que tiene la misma previsión. En el Convenio de Lugano de 2007, cuando el demandado tenga su domicilio en Suiza, Islandia o Noruega. Incluso, en el ámbito de los convenios bilaterales, de los pocos que contemplan normas de competencia judicial, como es el caso del Convenio hispano-salvadoreño, esta posibilidad está prevista si el demandado tiene su domicilio en El Salvador. Fuera de estos casos, cuando una empresa española pretenda demandar a una empresa extranjera en su domicilio, deberá recurrir a la legislación de ese tercer Estado.

³² Artículo 7.5 del Reglamento “Bruselas I.bis”; artículo 5.5 del Convenio de Lugano; art. 22 quinquies.c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este sentido, *vid.*, ya de forma consolidada, desde la STJCE de 22 de noviembre de 1978, asunto 33/78, *Somafer*, ECLI:EU:C:1978:205; y, más recientemente, en relación con el Derecho de la competencia, STJUE de 5 de julio de 2018, asunto C-27/17, *AB flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, en referencia a la sucursal como “prolongación” de una “casa matriz”.

³³ *Vid.*, en el ámbito de la libre competencia, STJUE de 5 de julio de 2018, en el citado asunto *AB flyLAL-Lithuanian Airlines*.

³⁴ *Vid.* M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007, p. 135.

³⁵ En cambio, el infractor aquí demandante podría valerse del foro en materia extracontractual y presentar la demanda ante el tribunal del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, *vid.* STJUE de 25 de octubre de 2012, asunto C-133/11, *Folien Fischer*, ECLI:EU:C:2012:664, y, al respecto, C. ORÓ MARTÍNEZ, “Las acciones declarativas negativas y el art. 5.3 del Reglamento Bruselas I”, *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 185-206, esp. pp. 198 y ss.; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y *forum delicti commisi*. ¿Galgos o podencos?”, *CDT*, vol. 5, 2013, pp. 240-253, esp. pp. 248 y ss.

³⁶ Artículo 6, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, *DOCE* nº L 199, 31-VII-2007. Sobre la ruptura de la relación *forum-ius* en materia de competencia desleal, *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, “Competencia desleal”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (ed.), *Derecho del comercio internacional*, Eurolex, Madrid, 1996, pp. 168-189, esp. pp. 181-182.

³⁷ Además, aparecen costes de información vinculados a la necesidad de identificar qué concreto tribunal de ese Estado es competente, *cf.* A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 281.

³⁸ *Vid.* P. de MIGUEL ASENSIO, “Bienes inmateriales, derecho de la competencia y responsabilidad extracontractual”, en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P. de MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel, 2016, pp. 81-189, esp. p. 162.

y personas jurídicas puede resultar útil para una mejor estrategia procesal³⁹. Así, aunque en la fase declarativa pueda resultar una carga, en la fase ejecutiva, la sentencia sobre obligaciones de hacer o no hacer (acciones preventivas, de cesación o de remoción de efectos) probablemente se va a ejecutar de forma sencilla en el Estado del domicilio del demandado, si este coincide con el lugar de administración central. Del mismo modo, la ejecución de sentencias sobre patrimonio del demandado (acciones de reparación de daños) puede resultar sencilla en el domicilio entendido como centro de actividad principal del demandado, donde existe una probabilidad alta de que el demandado tenga sus bienes. Repárese en que, en todos estos casos, estaríamos ante una ejecución puramente interna de una sentencia propia, sin necesidad de activar las normas sobre ejecución transfronteriza. Esto mismo podría predicarse en relación con las medidas cautelares: el juez que conoce de fondo dictaría medidas cautelares que con gran probabilidad se ejecutarían directamente en ese mismo Estado.

B) Los litisconsorcios pasivos en las acciones de competencia desleal

11. Mención especial merece la posibilidad de que exista un litisconsorcio pasivo en los litigios por competencia desleal. En efecto, existen casos de la práctica internacional que atestiguan que el infractor no siempre realiza directamente el acto desleal, sino que crea un entramado de sociedades a través de las cuales se realizan estas prácticas. Un buen ejemplo en la práctica internacional la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 9 de noviembre de 2017, en el asunto *Tünkers*⁴⁰, en la que se analiza una posible intromisión ilegítima en la clientela del competidor perjudicado a través de dos sociedades interpuestas y no de la sociedad con la que se mantenían relaciones comerciales. En la práctica española, esta misma situación se observó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2017⁴¹, en el asunto *Pipe* contra *Aceduraflo*, donde la violación de secreto empresarial no la hace directamente la empresa demandada, sino un entramado de sociedades que esta fue creando para derivar los secretos que explotaba lealmente a través de un contrato de distribución.

Ante esta situación, es posible presentar la demanda ante el tribunal del domicilio de cualquiera de los demandados⁴². Como estrategia procesal, aparecen determinados condicionantes. Para los codemandados extranjeros, habrá que activar las normas de ejecución transfronteriza de sentencias. Lo mismo ocurrirá con las medidas cautelares de aseguramiento, prevención o cesación que adopte el juez que esté conociendo del fondo⁴³. Afortunadamente, para paliar este último efecto, los jueces de todos los demás Estados pueden adoptar medidas ejecutables en su propio territorio, esto es, respecto de bienes o conductas desleales que se estén realizando en dicho territorio⁴⁴. La medida cautelar en estos casos no tendrá efectos extraterritoriales, si los bienes se desplazan posteriormente a otros Estados o si la conducta desleal comienza a realizarse desde otro Estado⁴⁵.

12. Afirmada la operatividad de los tribunales del domicilio de uno de los codemandados, quedan por determinar los requisitos para el juego de esta competencia. Algunos de estos requisitos están totalmente justificados, pero otras exigencias añadidas por la jurisprudencia no. Entre los requisitos exigibles, será necesario que el demandado del foro no sea un “falso demandado”, es decir, una perso-

³⁹ *Vid.* esta definición amplia en el artículo 63 del Reglamento “Bruselas I.bis”; y en el artículo 60 del Convenio de Lugano.

⁴⁰ Asunto C-641/16, ECLI:EU:C:2017:847.

⁴¹ ECLI:ES:TS:2017:3025.

⁴² Artículo 8.1 del Reglamento “Bruselas I.bis”, para codemandados domiciliados en la UE; artículo 6.1 del Convenio de Lugano, para los domiciliados en Suiza, Islandia o Noruega; artículo 22 ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para codemandados domiciliados en terceros Estados.

⁴³ En el marco del Reglamento “Bruselas I.bis”, las medidas cautelares tendrán efectos extraterritoriales si han sido dictadas por un juez competente para conocer del fondo, bien con citación para comparecencia del demandado, bien con notificación de dicha adopción antes de su ejecución [art. 2.1.a)].

⁴⁴ Artículo 35 del Reglamento “Bruselas I.bis”; artículo 31 del Convenio de Lugano; artículo 22 sexies de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁴⁵ *Cf.* el ya citado artículo 2.1.a) del Reglamento “Bruselas I.bis”. Aunque otros instrumentos no lo establezcan expresamente, debería realizarse una interpretación en parecidos términos. En la doctrina, sobre la ejecución transfronteriza de medidas cautelares, *vid.* F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGraw Hill, 1996, esp. pp. 132-158.

na requerida solo por el hecho de que su domicilio sirva para atraer al pleito a empresas extranjeras⁴⁶. Así, por ejemplo, la presentación de la demanda en el Estado del domicilio de una sociedad, por el mero hecho de que pertenece al mismo grupo que la sociedad extranjera infractora, es una conexión débil para afirmar la competencia sobre el conjunto de demandados. Habría que tratar de demostrar que la sociedad domiciliada en el foro tiene algún tipo de participación o responsabilidad en el acto de competencia desleal.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha añadido otros requisitos que no están tan justificados. El requisito de que las acciones contra los codemandados sean de la misma naturaleza, todas contractuales o todas extracontractuales, no debe exigirse si se acredita una fundamentación vinculada de acciones de distinta naturaleza y un riesgo de resoluciones inconciliables⁴⁷. Tampoco debe exigirse el requisito de que todos los presuntos infractores demandados hayan actuado en un mismo mercado⁴⁸. Se trata de un requisito adicional no previsto en la normativa que beneficia en exceso a los presuntos infractores. Bastaría crear un entramado de sociedades en cada mercado donde se pretende materializar un mismo acto desleal para impedir una causa única.

3. Estrategia específica: el lugar de localización del acto desleal

A) Funcionalidad del lugar del hecho dañoso

13. Junto con la posibilidad genérica de demandar en el domicilio o un establecimiento del demandado, los distintos instrumentos procesales internacionales coinciden en permitir demandar ante el tribunal del lugar donde se produce el hecho dañoso. Así se contempla en el Reglamento “Bruselas I.bis”, aplicable si el demandado tiene su domicilio en la Unión Europea⁴⁹. En el Convenio de Lugano, si el demandado tiene su domicilio en Suiza, Islandia o Noruega⁵⁰. Y en la Ley Orgánica del Poder Judicial, si el demandado tiene su domicilio en un tercer Estado distinto a los señalados⁵¹.

Se trata de una estrategia alternativa a la presentación de la demanda en el domicilio del demandado y, precisamente, por ello, tienen ventajas e inconvenientes contrapuestos a los señalados con anterioridad. Ciertamente, la principal ventaja de presentar la demanda ante el tribunal del lugar del hecho dañoso es que aumentan las posibilidades de que el demandante perjudicado pueda reclamar en un Estado que le sea próximo por desarrollar en su mercado la actividad afectada por la deslealtad. Asimismo, el tribunal del lugar del hecho dañoso puede ser especialmente idóneo para la mejor administración del proceso y para la mejor práctica de la prueba. Por último, demandar en el lugar del hecho dañoso aumenta las probabilidades de que el juez aplique su propia ley, ya que, de conformidad con el Reglamento “Roma II”, debe aplicarse la ley del lugar de producción del daño o la ley del mercado afectado, en función de que se trate de un acto que afecte exclusivamente a un competidor o a una colectividad de competidores⁵². Repárese, no obstante, en que la probabilidad de que el juez aplique su propia ley aumenta notablemente pero no está exenta de excepciones. A las dificultades de determinar el lugar del hecho dañoso que se verán a continuación, se une la posibilidad de que, para actos relacionados con los

⁴⁶ Cf. M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 215. En la jurisprudencia, *vid.* STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, *Cartel Damage Claims*, ECLI:EU:C:2015:335.

⁴⁷ *Vid.*, en sentido distinto, STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-51/97, *Réunion européenne*, ECLI:EU:C:1998:509. Apuntando, no obstante, la necesidad de contextualizar este pronunciamiento sin elevarlo a interpretación general, *vid.* M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 213.

⁴⁸ *Vid.*, en otro sentido, STJCE de 13 de julio de 2006, asunto C-539/03, *Roche Nederland BV y otros*, ECLI:EU:C:2006:458; STJCE de 12 de julio de 2012, asunto C616/10, *Solvay SA*, ECLI:EU:C:2012:445, esta última recordando que el litisconsorcio se tiene que formar en torno a hechos que ocurran en un mismo territorio.

⁴⁹ Artículo 7.2.

⁵⁰ Artículo 5.2.

⁵¹ Artículo 22 quinquies.b). Cuando el demandado tenga domicilio en El Salvador, los tribunales españoles serán competentes si el hecho generador del daño se produce en España, de conformidad con el artículo 4.3 del Convenio hispano-salvadoreño.

⁵² Artículo 6, apartados 1 y 2, del Reglamento “Roma II”.

intereses de un único competidor, se elija ley por las partes⁵³ o que el juez busque una ley más estrechamente vinculada distinta a la del mercado afectado⁵⁴.

14. Precisamente lo que en la estrategia de demandar en el domicilio del demandado eran fortalezas, se convierten en debilidades en la estrategia de demandar en el lugar del hecho dañoso. En efecto, la ejecución de una sentencia dictada en el lugar del hecho dañoso puede obligar a activar las normas de ejecución transfronteriza. Del mismo modo, las medidas cautelares que adopte el juez que conoce de fondo podrán necesitar de ejecución transfronteriza, a salvo de que se solicite la adopción de la medida directamente a los tribunales del lugar donde se quiere ejecutar esta⁵⁵.

B) Actos desleales y disociación del hecho dañoso

15. El lugar del hecho dañoso como criterio de competencia judicial se puede disociar en el lugar donde se produce el hecho causal del acto de competencia desleal y en el lugar donde se manifiestan los resultados de dicho daño⁵⁶. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha entendido que, en materia extracontractual, ambos lugares muestran una proximidad suficiente con el litigio y son adecuados para la mejor organización del procedimiento y práctica de la prueba⁵⁷. La cuestión a resolver es si esa jurisprudencia, creada básicamente a partir de casos sobre daños medioambientales –vertido en un Estado que provoca daños en otro–, que poco tienen que ver con la competencia desleal, puede ser operativa en este ámbito.

Sin negar las múltiples diferencias entre daños medioambientales y daños por prácticas desleales, la interpretación favorable al lugar de producción del hecho causal y al lugar de manifestación del resultado puede tener su operatividad en el marco de la competencia desleal⁵⁸. Así se destacó, entre otras, en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de octubre de 2017, en el asunto *Bolagsupplysningen*⁵⁹. En esta Sentencia, y en relación con unos comentarios denigrantes hechos en una página web, el Tribunal señala que tendrían competencia el tribunal del lugar de manifestación del resultado denigratorio o el tribunal del lugar donde se realizaba el hecho causal desleal⁶⁰.

16. En este contexto, el lugar desde donde se realiza el hecho causal desleal puede convertirse en un criterio de competencia adecuado para el ejercicio de acciones que exijan obligaciones de hacer o de no hacer por parte del infractor. Piénsese, así, en las acciones de cesación de la conducta desleal, así como en las acciones preventivas, ejercidas incluso antes de que la conducta desleal se haya manifestado. Incluso este foro puede ser muy útil para las acciones de remoción de los efectos producidos por el acto de competencia desleal o de rectificación de informaciones engañosas, incorrectas o falsas. En

⁵³ En relación con actos de competencia desleal que afecten a un único competidor, se da una situación confusa: el artículo 6 remite a las reglas generales del artículo 4 del Reglamento “Roma II”, pero sin aclarar si puede jugar la elección de ley recogida en el artículo 14. *Vid.* J. I. PAREDES PÉREZ, “Sobre la conveniencia de una norma de conflicto bilateral sobre competencia desleal”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 427-440, esp. p. 440; T. BAUERMANN, *op. cit.*, pp. 77-80; C. WADLOW, “The New Private International Law of Unfair Competition and the Rome II Regulation”, *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 4, 2009, pp. 789-797, esp. p. 795.

⁵⁴ Artículo 4.3 del Reglamento “Roma II”, por remisión de su artículo 6.2.

⁵⁵ *Vid. supra* II.2 sobre esta posibilidad. Las medidas cautelares adoptadas en el Estado donde se encuentran los bienes o las personas sobre las que recaen serían directamente ejecutables en el Estado en el que se dictan. Es más, no tendrían eficacia extraterritorial, de conformidad con el artículo 2.a) del Reglamento “Bruselas I.bis”.

⁵⁶ Con la excepción ya adelantada del artículo 4.3 del Convenio hispano-salvadorenño, que solo se refiere al tribunal del lugar del hecho generador y no al del lugar de manifestación del resultado.

⁵⁷ *Vid.* la ya citada STJCE de 30 de noviembre de 1976, *Mines de potasse d'Alsace*.

⁵⁸ *Cf.* S. BARONA VILLAR, *op. cit.*, p. 996; P. RODRÍGUEZ MATEOS, *loc. cit.*, p. 181; A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Competencia judicial internacional y competencia desleal a la luz del caso *Repsol v. YPF*”, *International Journal of Procedural Law*, vol. 4, 2014, pp. 4-30 (versión consultada pre-print), § III.C.2; P. de MIGUEL ASENSIO, “Bienes inmateriales...”, *loc. cit.*, p. 162; A. PUTTEMANS, “Le droits intellectuels et la concurrence déloyale dans le Code de droit international privé”, *TBH*, n° 6, 2005, pp. 615-627, esp. p. 619.

⁵⁹ Antes citada.

⁶⁰ Más adelante (*infra* III.1) se volverá sobre esta Sentencia porque, en el caso, resultaba difícil identificar tales lugares.

todos estos casos, obtener una resolución en el Estado donde se ejecuta la conducta desleal es muy positivo y será de rápida ejecución, sin necesidad de activar los mecanismos de ejecución transfronteriza⁶¹.

Lo expuesto no obsta a reconocer que el lugar de producción del hecho causal puede solaparse con otros criterios de competencia. Así, y aunque este no es el criterio interpretativo de la norma de competencia judicial sobre extracontractuales, puede ser habitual que el infractor tenga un establecimiento o incluso su domicilio en el lugar del hecho causal, desde el que ejecuta esa conducta desleal⁶². Además, no debe perderse de vista que presentar la demanda ante el tribunal del hecho causal puede obligar al juez a aplicar una ley extranjera, la de manifestación del daño, ya sea como regla para actos que afectan a un competidor, ya como ley del lugar del mercado afectado, aplicable a los actos que afectan a una colectividad de competidores o consumidores⁶³.

17. En contraposición al tribunal del lugar donde se produce el hecho causal, se encuentra el tribunal del lugar donde se manifiesta el resultado del acto de competencia desleal o, en otros términos, el mercado afectado por dicho acto⁶⁴. No cabe duda de la importancia de este foro, en la medida en que el tribunal tiene muchas probabilidades de aplicar su propia ley, ya como ley del lugar de manifestación del daño individual de un competidor, ya como ley del mercado afectado por la conducta desleal⁶⁵. No cabe duda tampoco de la importancia que puede tener este lugar para las acciones por resarcimiento de daños y perjuicios o por enriquecimiento injusto, pues será un lugar muy adecuado para la prueba y cuantificación de estos aspectos. En cualquiera de los casos, la decisión de fondo precisará con mayor probabilidad de una ejecución transfronteriza, del mismo modo que las decisiones cautelares que haya adoptado dicho juez, y a salvo de solicitar medidas cautelares directamente en los Estados donde se pueden ejecutar.

Pero, además, atribuir competencia al juez del mercado afectado por el acto desleal encaja con la finalidad de ordenación del mercado que puede encontrarse en la regulación de la competencia desleal⁶⁶. Piénsese, sobremanera, en las ventajas competitivas adquiridas por la violación de normas de un determinado mercado. En la práctica internacional un buen ejemplo se encuentra en la contratación de trabajadores extranjeros incumpliendo las normas de extranjería y sin obtener las autorizaciones de trabajo preceptivas⁶⁷. El tribunal del mercado donde va a prestar sus servicios el trabajador extranjero y cuyas normas de extranjería han sido violadas es el afectado por las ventajas competitivas obtenidas.

C) Actos desleales y plurilocalización del hecho dañoso

18. Junto con la disociación del hecho dañoso provocado por los actos desleales, es posible que este hecho dañoso se manifieste en distintos lugares. El Tribunal de Justicia, a estos efectos, ha considerado competente a los tribunales de todos los lugares de producción del hecho dañoso, respecto al daño producido en cada Estado⁶⁸. Se produce, pues, una limitación territorial del alcance de la acción. Ello origina una posible pluralidad de demandas, que, en ocasiones, puede suponer una carga para las partes. Para el demandante, obligado a diseñar un mosaico de demandas. Para el demandado, obligado

⁶¹ A estos efectos de eficiencia procesal, cobra sentido el requisito fijado por la jurisprudencia de que el demandado haya actuado realmente, y no a través de persona interpuesta no demandada, en el territorio donde se produce el hecho causal, *cf.* STJUE de 5 de junio de 2014, asunto C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318. Al margen de los casos de competencia desleal, *vid.* STJUE de 16 de mayo de 2013, asunto C228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305.

⁶² *Vid.*, en este sentido, la STJUE de 19 de abril de 2012, asunto C-523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220.

⁶³ Artículo 6, apartados 1 y 2, del Reglamento “Roma II” antes citado. En la doctrina, *vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *loc. cit.*, pp. 181-182. Solo, excepcionalmente, y en relación con actos que afectan a competidores individuales, el juez del lugar del hecho causal podría aplicar su propia ley si entiende que se trata de una ley más estrechamente vinculada, *vid.* la ya mencionada remisión al artículo 4.3 del Reglamento “Roma II”.

⁶⁴ *Vid.*, en referencia a la libre competencia, STJUE de 5 de julio de 2018, asunto *AB flyLAL-Lithuanian Airlines*, *cit.*

⁶⁵ *Vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *loc. cit.*, pp. 181-182.

⁶⁶ *Vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *Sistema de mercado y tráfico internacional de mercancías*, Madrid, La Ley, 1992, pp. 66 y ss.

⁶⁷ Artículo 15.3 de la Ley 3/1991.

⁶⁸ *Vid.* STJCE de 7 de marzo de 1995, asunto C68/93, *Shevill y otros*, ECLI:EU:C:1995:61. *Vid.*, proyectando esta jurisprudencia en la competencia desleal, P. de MIGUEL ASENSIO, “Bienes inmateriales...”, *loc. cit.*, p. 161; A. PUTTEMANS, *loc. cit.*, p. 619.

a defenderse en cada uno de esos Estados. No obstante, esta interpretación favorable a la pluralidad de tribunales competentes puede tener alguna ventaja a la hora de practicar la prueba. En todo caso, conviene destacar que la plurilocalización del hecho dañoso desleal puede dar lugar a distintos escenarios⁶⁹.

19. El primero de esos escenarios sería aquel en el que el resultado dañoso del acto desleal se manifiesta en distintos Estados⁷⁰. Ello da lugar a varios mercados afectados por la deslealtad. Especialmente, en acciones de reparación del daño o por enriquecimiento injusto, cada tribunal podría aplicar su propia ley, ya como ley del lugar del daño individual (salvo otra ley más vinculada), ya como ley del mercado afectado. En la práctica de competencia desleal es el caso que más concurre, como puede constatarse en relación con las actuaciones procesales contra *Uber*. Las demandas contra la compañía en España por violación de normas como actos desleales han concurrido con otras interpuestas en distintos Estados, ya miembros de la UE, ya terceros países⁷¹. En cada una de ellas se reclama por el daño causado en cada Estado, de forma que todas las acciones son compatibles entre sí y sin que exista ningún supuesto de litispendencia internacional. Aunque el demandado pueda ser el mismo, los demandantes son distintos, así como la causa de pedir, pues en cada demanda se reclama por los daños acaecidos en un determinado país.

20. Un segundo escenario es aquel en el que el hecho causal de la conducta desleal se produce en distintos Estados, por ejemplo, la denigración de un competidor se hace desde varios establecimientos del infractor. La posibilidad de demandar en los distintos lugares de producción del hecho causal puede ser útil para las acciones preventivas o de cesación, más que para las acciones de reparación. En efecto, cada acción de prevención o cesación se interpone allí donde debe tomar efecto la prevención o la cesación. Es más, cada juez competente para el fondo podrá adoptar medidas que muy probablemente se ejecutarán en su propio territorio.

21. Estas situaciones de evidente complejidad se ven agravadas porque las normas de competencia judicial internacional de la UE sobre el lugar del hecho dañoso establecen, además, la competencia interna⁷². Puede ocurrir que en un mismo Estado concurren varios lugares relacionados con la conducta desleal. Aunque se trata de un supuesto discutible, quizá podrían acumularse territorialmente todas las reclamaciones de un mismo Estado ante el tribunal del lugar donde de forma principal y más significativa se manifieste la conducta desleal. Podría pensarse *prima facie* que esta situación está presente en España en el asunto *Uber*, en el que se interpusieron demandas por competencia desleal en los juzgados mercantiles tanto de Madrid como de Barcelona⁷³. Sin embargo, lo cierto es que, como en un juzgado se demandó a la sociedad matriz estadounidense y en el otro a la sociedad filial española, no se produjo

⁶⁹ *Vid.*, en concreto respecto de derechos de propiedad industrial, A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *Litigios transfronterizos sobre derechos de propiedad industrial e intelectual*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 105 y ss.

⁷⁰ *Vid.* N. DETHLOFF, *op. cit.*, pp. 86 y ss.

⁷¹ Para una visión del escenario judicial internacional de *Uber*, *vid.* C. GÓRRIZ LÓPEZ, “Competencia desleal de Uber en España”, en A. BOIX PALOP, A. M. DE LA ENCARNACIÓN Y G. DOMÉNECH PASCUAL (eds.), *La regulación del transporte colaborativo*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 153-181, esp. pp. 155-158; *id.*: “Reflexiones sobre *Uber* a propósito de la decisión de la Court of Appeals for the Seventh Circuit”, *Revista de Derecho del Transporte*, nº 19, 2017, pp. 232-240. Una de esas reclamaciones derivó en una cuestión prejudicial ante el TJUE, dando lugar a su importante Sentencia de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, *Uber*, ECLI:EU:C:2017:981, que afirma que esta empresa no presta un servicio de la sociedad de la información, sino un servicio en el ámbito del transporte, por lo que debe respetar esta normativa.

⁷² Sobre los problemas de coordinación de competencia interna e internacional en el ámbito de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia territorial y competencia judicial internacional en el marco de la competencia desleal”, *Derecho de los Negocios*, nº 103, 1999, pp. 16-23. Afortunadamente, muchos de esos problemas han sido resueltos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece la competencia territorial del tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, en su defecto, su domicilio o lugar de residencia. Cuando ninguna de estas conexiones se halle en España, será territorialmente competente el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante (art. 52.1.12ª).

⁷³ *Vid.*, como ejemplos, el Auto 15/2017 de la AP de Madrid de 23 de enero de 2017, respecto de las medidas cautelares contra *Uber Technologies INC*, con domicilio en Estados Unidos, disponible en http://cdn.elindependiente.com/wp-content/uploads/2017/02/auto_uber.pdf (última consulta 17-7-2018); y la SJMer de Barcelona de 10 de abril de 2018, ES:JMB:2018:38, contra *Uber Systems Spain* con domicilio en España.

ninguna acumulación. Tampoco coincidían los demandantes. Además, en ambos juzgados se alegaron los daños ocasionados en cada una de las ciudades.

D) Actos desleales y difuminación del daño

22. Además de los problemas de disociación y plurilocalización del hecho dañoso, la última cuestión vinculada a la determinación del lugar del daño está relacionada con la difuminación de este. Se trata de valorar si el lugar donde se manifiestan daños o perjudicados colaterales puede convertirse en un foro de competencia judicial internacional. A este respecto, existen tendencias contradictorias.

La más acertada es la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aunque no se ha referido en concreto a las prácticas desleales, en términos más generales sobre responsabilidad extracontractual, ha entendido que el lugar de manifestación del daño colateral o de afectación de un perjudicado colateral no puede entenderse como un foro de competencia judicial⁷⁴. Se produce una difuminación del daño, sin observarse una relación directa y estrecha con el acto desleal. Por tanto, no existen razones favorables a la buena administración del proceso y a la práctica de la prueba que avalen esta atribución de competencia. Es más, podría debilitarse la posición del demandado y su derecho de defensa, por la falta de previsibilidad que puede concurrir en estos lugares, que muchas veces pertenecen a la esfera interna del demandante.

23. A pesar de lo expuesto, existe una segunda tendencia favorable a la competencia de los tribunales españoles si el daño colateral se manifiesta en España y no se ve afectado el Derecho de la Unión Europea, sino la Ley Orgánica del Poder Judicial⁷⁵. Así se plasmó en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de 5 de julio de 2013, en el asunto *Repsol contra YPF*⁷⁶. Cuando Argentina expropia a *Repsol* participaciones de *YPF*, se inicia un arbitraje ante el CIADI, acompañado de una acción judicial ante los tribunales españoles por la competencia desleal que suponía la expropiación mediante la violación de normas⁷⁷. Aunque tiempo después se alcanzó un arreglo amistoso que implicó la retirada de todas las demandas, el Auto citado fue una apuesta clara de un juez español por entender que el daño del acto de competencia desleal se manifestaba en España, de una forma, a mi juicio, equivocada. En efecto, no cabía duda de que el hecho causal, la violación de normas, había ocurrido en Argentina, donde se produjo la expropiación. Pero también en Argentina se había manifestado de forma directa el resultado dañoso, esto es, la pérdida de la propiedad y del control de *YPF* por parte de *Repsol*⁷⁸. En España solo se manifestaba un daño colateral, las pérdidas económicas que la expropiación causaba al accionista mayoritario, a la sociedad matriz. Aquí, pues, se manifestaba ya un daño más difuso e insuficiente para afirmar la competencia de los tribunales españoles⁷⁹.

⁷⁴ *Vid.*, sobre perjudicados colaterales, STJCE de 11 de enero de 1990, asunto C-220/88, *Dumez*, ECLI:EU:C:1990:8; y, sobre daños colaterales, STJCE de 19 de septiembre de 1995, asunto C-364/93, *Marinari*, ECLI:EU:C:1995:289; STJCE de 10 de junio de 2004, asunto C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364. En este concepto de perjudicados colaterales, cabría incluir a asociaciones y corporaciones que no sufren un daño directo sino que ejercen acciones colectivas en nombre de perjudicados individuales, *vid.* STJUE de 21 de mayo de 2015, en el citado asunto *Cartel Damage Claims*. Aplicado al ámbito de la competencia desleal, *vid.* S. BARONA VILLAR, *op. cit.*, p. 996.

⁷⁵ *Vid.*, no obstante, A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, § II.B, destacando la necesidad de una interpretación del Derecho interno conforme al Derecho de la UE.

⁷⁶ *AEDIPr* 2013-11.

⁷⁷ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, § I.

⁷⁸ *Cf.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal. El retorno del imperialismo jurisdiccional”, *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 1001-1009; A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, § III.C.3.

⁷⁹ De hecho, la cuestión latente en el litigio no era tanto el lugar de manifestación del acto desleal como la elusión de los tribunales argentinos, que podrían estar influenciados por el hecho de que el Estado al que pertenecían había sido demandado ante el CIADI. Pero este tipo de consideraciones no debe servir para forzar la interpretación del lugar donde se produce el daño. *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “Competencia judicial internacional y demandas por competencia desleal...”, *loc. cit.*, pp. 1008-1009. Tampoco parece oportuno recurrir al “foro de necesidad” de los tribunales españoles, por imposibilidad de interponer la demanda en el extranjero. En verdad, la controversia no estaba relacionada con la “falta de competencia” del juez extranjero sino con una hipotética “falta de independencia”, *cf. ibidem*, pp. 1008-1009.

III. Estrategias procesales internacionales y morfología de los actos desleales

24. Se deduce de lo expuesto hasta ahora que las normas de competencia judicial internacional se construyen en torno a la dogmática del Derecho de daños. Pese a que se ha demostrado su funcionalidad y utilidad para las conductas desleales, es necesario proyectar estas normas genéricas, sin la más mínima mención a los actos desleales, en la distinta morfología de dichas conductas. A tal fin se ha adoptado una clasificación según las esferas de interés de los competidores perjudicados: sus activos, sus relaciones en el mercado y sus grupos de interés (clientes, proveedores, trabajadores...)⁸⁰.

1. Deslealtad con los activos intangibles de los competidores

A) Daños a la imagen y signos distintivos de la empresa

25. La adaptación de las normas de competencia judicial internacional a la morfología de actos desleales tiene un test importante en relación con los activos intangibles del competidor. Entre ellos, cabe destacar los daños a la imagen, reputación y signos distintivos de las empresas. En este sentido, cabría destacar los actos de confusión o asociación con la actividad, prestaciones o establecimientos ajenos, así como los actos de imitación que impiden u obstaculizan la presencia en el mercado del perjudicado⁸¹. Junto con los actos de confusión e imitación, cabría referirse a los actos de denigración o manifestaciones que menoscaban la reputación del competidor en el mercado, salvo que sean exactas, pertinentes y verdaderas⁸². En este mismo concepto de protección de la imagen, cabría referirse a los actos desleales de comparación entre bienes o servicios de distinta finalidad, o realizada de modo subjetivo o presentada como réplica⁸³. También, a la explotación de la reputación ajena industrial, comercial o profesional⁸⁴.

Respecto de este tipo de ilícitos, el tribunal del lugar donde se produce el resultado sería el del mercado al que se ha dirigido la campaña de confusión o de denigración, o el del mercado en el que se han comercializado los productos que inducen a tal confusión, imitación o explotación de la reputación ajena. Existiría una coincidencia entre lugar de manifestación del daño y mercado afectado por la deslealtad.

Al efecto de determinación del lugar de producción del resultado dañoso, será irrelevante el domicilio de dicho perjudicado. Aunque allí se observe un perjuicio económico para el competidor, se tratará de un daño colateral, una vez producido el acto de confusión en un mercado. También será irrelevante que el competidor perjudicado por la confusión o la denigración no actúe en el mercado afectado por el hecho desleal, donde se manifiesta el resultado. Se trata de un aspecto que ha suscitado cierto interés en la práctica, siendo uno de los casos más destacados el de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de septiembre de 2003, en el asunto *Pret a Manger* contra *Delinas Ibéricas*⁸⁵. Ante una demanda por actos de imitación de la filosofía empresarial y de la imagen de la parte actora, la demandada recuerda que la actora no es competidora porque no actúa en España. Faltaría, en su opinión, la legitimación activa y un mercado afectado por la competencia desleal. Aun cuando la problemática de la legitimación activa trasciende a este estudio, muchos de los argumentos de la Sentencia son útiles para entender que hay un foro de competencia a favor del tribunal del lugar del mercado potencialmente afectado por el acto, aunque se constate que el demandante no actúa en él.

⁸⁰ La mejor clasificación para entender la estructura del sistema de competencia desleal es la funcional según la cual se observan actos frente a los consumidores, actos frente a los competidores y actos de mercado, *cf.* A. MENÉNDEZ, *La competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 122-132. De hecho, es la más adecuada a los efectos de la ley aplicable, *cf.* M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 59-61. Sin embargo, a los efectos de la competencia judicial internacional, y ante la ausencia de una regulación específica, puede ser oportuno seguir una clasificación que adapte el foro genérico en materia de daños a las distintas formas que adopta la deslealtad con los competidores.

⁸¹ *Vid.*, por ejemplo, en España, artículos 6 y 11 de la Ley 3/1991, y, en su proyección internacional, M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 83-88.

⁸² *Vid.* artículo 9 de la Ley 3/1991 y, al respecto, M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 91-93.

⁸³ *Vid.*, por ejemplo, artículo 10 de la Ley 3/1991.

⁸⁴ *Vid.* artículo 12 de la Ley 3/1991 y, respecto de su dimensión internacional, M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 89-91.

⁸⁵ AC 2003\1724.

26. Junto con el tribunal del resultado dañoso, la demanda se podría presentar ante el tribunal donde se produce el hecho causal, esto es, donde el infractor gesta su acto. Se trataría principalmente de atribuir competencia al tribunal del lugar desde donde se vierten las manifestaciones de confusión, denigración, comparación o explotación de la reputación ajena. También sería el lugar donde se materializa la imitación, esto es, el lugar de fabricación del infractor, o el lugar donde se hace efectiva la explotación de la reputación ajena, por ejemplo, allí donde se etiquetan unos productos aprovechando signos distintivos ajenos acompañados de expresiones como “modelo”, “sistema”, “tipos”... En el caso de que estos actos sean fruto de la gestación de una campaña publicitaria, este lugar sería allí donde se diseñó la campaña con la firma de un contrato⁸⁶. Aunque ya se ha destacado que el tribunal del hecho causal tiene una probabilidad alta de aplicar una ley extranjera, puede resultar especialmente idóneo para las acciones preventivas, de cesación y de remoción. Una sentencia estimatoria de estas acciones sería ejecutada directamente en ese Estado, cesando las manifestaciones de confusión, denigración, comparación o explotación de reputación ajena, así como la fabricación de productos de imitación o el etiquetado con signos distintivos ajenos. No se activarían *grosso modo* las normas de ejecución transfronteriza.

B) Secretos empresariales internacionales

27. Los secretos empresariales e industriales son un activo intangible de la empresa, cuyo espionaje, divulgación o explotación se consideran desleal⁸⁷. La demanda se puede presentar allí donde se produjo el hecho causal de la conducta desleal. En este sentido, y de nuevo conforme a la *causa petendi* de la acción, habrá que determinar cuál es exactamente la conducta desleal que alega el actor. Conviene distinguir dos tipos de acciones, las basadas en la divulgación o explotación de un secreto y las basadas en el acceso mismo ilegítimo a este derecho⁸⁸.

28. Así, cabe referirse, en primer lugar, a acciones basadas en la divulgación o explotación de un secreto⁸⁹. El hecho causal en estos casos conduce al tribunal del lugar donde el infractor decide la divulgación o la explotación del secreto. Coincidirá, probablemente, con algún establecimiento del demandado. Repárese en que en muchas de estas acciones no se persigue el conocimiento de, o el acceso a, tal secreto. Por ello, será irrelevante el lugar donde se adquiere el conocimiento de dicho secreto. La cuestión fue planteada ante el Tribunal de Justicia en el asunto *Brogstetter*⁹⁰, cuando una de las partes entendía que el hecho causal de la violación del secreto se localizaba en el Estado donde se ejecutaba el contrato, que fue el vehículo que le permitió acceder al secreto⁹¹. Lamentablemente el Tribunal de Justicia no entra en la valoración de este planteamiento.

29. La cuestión del hecho causal se presenta de forma distinta respecto de acciones por espionaje industrial o por la obtención de secretos empresariales. En estos casos, el propio espionaje o el propio acceso al secreto, y no la divulgación o explotación del secreto, pueden ser el hecho causal mismo del daño⁹². Por tanto, será competente el tribunal del lugar donde se realice el espionaje, como lugar donde

⁸⁶ *Vid.*, en referencia a la libre competencia, STJUE de 5 de julio de 2018, asunto *AB flyLAL-Lithuanian Airlines*, *cit.* Téngase en cuenta que, por ejemplo, en contratos sobre diseños de campañas publicitarias, el lugar donde se diseña esa campaña no tiene por qué coincidir con el mercado al que se dirige. *Vid.* R. ESPINOSA CALABUIG, *La publicidad transfronteriza*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 213-221; A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Régimen jurídico de la comercialización internacional de mercancías”, *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria*, 2016, pp. 271-348, esp. pp. 287-289.

⁸⁷ *Vid.* el Proyecto de Ley de secretos empresariales de 28 de mayo de 2018 (121/000023, BOCG, serie A, núm. 23-1, 1-VI-2018), que modifica el artículo 13 de la Ley 3/1991, pero que seguirá considerando la violación de secretos empresariales como acto desleal, sin perjuicio de que se rijan por su ley especial.

⁸⁸ *Cf.* A. FONT SEGURA, *La protección internacional del secreto empresarial*, Madrid, Eurolex, 1999, p. 189.

⁸⁹ Repárese en que la explotación de un secreto puede incluir la producción, oferta o comercialización de mercancías infractoras o su importación, exportación o almacenamiento. *Vid.* artículo 3 del Proyecto de Ley de secretos empresariales antes citado.

⁹⁰ STJUE de 13 de marzo de 2014, asunto C548/12, *Brogstetter c. Fräβdorf y Fabrication de Montres Normandes*, ECLI:EU:C:2014:148.

⁹¹ *Cf.* apartado 11 de la Sentencia.

⁹² *Vid.* artículo 3 del Proyecto de Ley de secretos empresariales, antes citado.

se materializó el hecho causal⁹³. Nótese, en este sentido la posible concurrencia de foros, si el espionaje se realiza materialmente en un Estado donde la empresa perjudicada tiene un establecimiento a cuya explotación se vincula el espionaje. En cualquiera de los casos, lo que más interesa destacar ahora es que el tribunal del lugar del hecho causal va a ser un foro de competencia muy propicio para el demandante, pues le permite reclamar allí donde tiene un establecimiento propio.

30. En todos estos supuestos, es decir, tanto en la deslealtad en la obtención del secreto como en su revelación o divulgación, puede concluirse que el tribunal del lugar donde se desvela o explota el secreto, como mercado afectado, tiene competencia. Allí se manifiesta el daño⁹⁴. Será irrelevante que sea un mercado donde la empresa perjudicada no actúa y que el infractor desvíe los secretos hacia otros mercados para que su deslealtad permanezca oculta. A este respecto, un caso interesante es el resuelto por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de julio de 2017, en el ya citado asunto *Pipe contra Aceduraftlo*. Tras la resolución del contrato que las unía, la demandada continúa explotando el *know-how* de la empresa estadounidense a través de un entramado de sociedades y, entre otras cuestiones, alega que no existe mercado afectado por la presunta deslealtad porque el demandante no tiene presencia en el mercado español ni es, por tanto, un competidor. Aunque la alegación se hace como cuestión de fondo, lo resuelto por el Tribunal Supremo puede extenderse a la competencia para concluir que la no presencia de la empresa perjudicada en un determinado mercado no quiere decir que allí no se manifieste un daño. Por el contrario, allí donde la empresa perjudicada sufre los perjuicios económicos, por ejemplo, su domicilio, ya se consideraría una manifestación colateral e indirecta del daño que no atribuiría competencia.

C) El test de eficiencia en internet

31. Uno de los principales problemas de estos actos desleales contra los activos intangibles es que se pueden realizar en internet dificultando enormemente la determinación del lugar del daño.

La competencia del tribunal del hecho causal, desde donde se gestiona la web donde se publicita la información, puede resultar útil, especialmente, para acciones preventivas, de rectificación o de cesación⁹⁵. La futura sentencia de condena sería directamente ejecutable en ese Estado. No obstante, este lugar resulta difícilmente identificable⁹⁶; a lo sumo, puede coincidir con el domicilio o establecimiento del infractor⁹⁷.

32. Por otro lado, la eficiencia del tribunal del lugar donde se manifiesta el resultado es más relativa. Para empezar, cabe asumir que los daños a la imagen o a los signos distintivos en internet tienen una potencial manifestación en cualquier parte del Mundo (tesis de la ubicuidad)⁹⁸. A partir de ahí son imaginables varias estrategias, una centralizadora y otra descentralizadora.

La estrategia centralizadora sería aquella a partir de la cual en una única demanda se reclama por todo el daño derivado del acto. A estos efectos, el Tribunal de Justicia ha considerado que tal lugar es donde se halla el centro de intereses de la empresa perjudicada⁹⁹. Allí se puede reclamar por la totalidad

⁹³ Cf. A. FONT SEGURA, *op. cit.*, p. 183.

⁹⁴ Cf. A. FONT SEGURA, *op. cit.*, p. 185.

⁹⁵ El Tribunal se ha referido al lugar desde donde se desencadena el proceso técnico de publicitación en internet y donde se toman y ejecutan las decisiones de poner en línea los contenidos, *vid.* STJUE de 22 de enero de 2015, asunto C-441/13, *Pez Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28.

⁹⁶ STJUE de 19 de abril de 2012, asunto *Wintersteiger*, *cit.*, apartado 36, sobre la nula previsibilidad de estar al establecimiento del servidor.

⁹⁷ *Vid.* el citado apartado 36 de la STJUE de 19 de abril de 2012, en el asunto *Wintersteiger*. En la doctrina, *vid.* A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 368; P. de MIGUEL ASENSIO, "Reputación de las sociedades: tutela frente a la difusión de información lesiva a través de internet", *La Ley. Unión Europea*, nº 53, 2017, pp. 1-7, esp. p. 2.

⁹⁸ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 368, en referencia a la verificación del daño en cualquier Estado.

⁹⁹ Resulta fundamental, a estos efectos, la STJUE de 17 de octubre de 2017, en el asunto *Bolagsupplysningen* antes citado. Se trata de una acción de rectificación de una información inexacta en un sitio web sueco, así como de los comentarios visibles en la página, que incluyen acusaciones de fraude y engaño. En el caso se pide, además, una reparación del perjuicio sufrido por parte de una sociedad estonia.

del daño¹⁰⁰, porque este se manifiesta de forma más significativa. No en vano, en tal lugar se materializa de la forma más intensa la reputación empresarial¹⁰¹. Aunque también es cierto que el demandante va a poder demandar en un foro muy próximo, coincidente en muchas ocasiones con su propio domicilio, ello no se fundamenta en una protección al actor como parte más débil¹⁰². De hecho, al demandado no le resulta un foro imprevisible. Este puede prever razonablemente que su ataque a la reputación de una empresa va a afectar a esta en su centro de intereses principales.

Ahora bien, no resulta fácil determinar cuál es el centro de intereses principales del perjudicado por un acto de competencia desleal por internet. Para responder a esta pregunta debe buscarse el lugar en el que la empresa ejerce “la parte esencial de su actividad económica”, porque allí es donde su reputación comercial es mayor¹⁰³. Así pues, dicho centro de intereses puede coincidir con el centro de actividad principal o establecimiento principal¹⁰⁴. Si no se pudiera identificar un lugar concreto donde se desarrolla esa parte esencial de la actividad, esto es, si no hay un centro de actividad o un establecimiento principal, podría llegarse a la conclusión de que la empresa perjudicada no tendría un centro de intereses principales¹⁰⁵. El demandante, por tanto, no tendría derecho a presentar una acción por la totalidad de los daños en el lugar de manifestación del resultado. Solo le quedaría recurrir al domicilio del infractor o al lugar donde se produce el hecho causal de la competencia desleal.

33. La segunda estrategia, que podría denominarse descentralizadora, consiste en demandar en cada Estado desde el que el acto de competencia desleal estuvo accesible *on line*¹⁰⁶. A estos efectos el Tribunal ha establecido una distinción en función del tipo de acción ejercitada. Se trata de una distinción novedosa pues antes no se habían vinculado con tanta rotundidad dos variables distintas como eran la causa de pedir y la competencia judicial. Las acciones de reparación de daños se podrían interponer en cada Estado donde la información estuvo accesible¹⁰⁷. Por el contrario, las acciones de cesación de conducta o de rectificación de información no pueden plurilocalizarse. El actor podrá demandar en el domicilio del demandado o en el centro de intereses del perjudicado, pero no podrá ir Estado por Estado donde la información está accesible¹⁰⁸. Lo que está implícito en esta distinción es la mínima efectividad de demandar Estado por Estado para una acción de cesación o de rectificación¹⁰⁹.

¹⁰⁰ STJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos C509/09 y C161/10, *eDate Advertising y otros*, ECLI:EU:C:2011:685.

¹⁰¹ Cf. apartados 32 y 33 de la STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen OÜ*, *cit.*

¹⁰² Cf. apartado 38 de la misma Sentencia.

¹⁰³ Cf. apartado 41 de la misma Sentencia. En la doctrina, *vid.* P. de MIGUEL ASENSIO, “Reputación de las sociedades...”, *loc. cit.*, p. 4.

¹⁰⁴ En cualquiera de los casos, el concepto de centro de los intereses de la sociedad perjudicada se aleja de otros criterios. Para empezar, no es el mismo criterio que el del centro de intereses principales (COMI) utilizado en Derecho concursal. Pese a la misma denominación, en el Derecho concursal dicho centro se corresponde con el lugar de administración de las actividades del deudor. Aunque tiene un componente de manifestación en el mercado, pues debe ser reconocido por terceros, no tiene como finalidad principal la imagen comercial proyectada en el mercado como ocurre en estos actos desleales, que obliga a estar al centro de actividad o establecimiento principales. De hecho, conviene reparar en una gran diferencia: mientras que el centro de intereses a efectos de lugar de manifestación del resultado lesivo puede no identificarse en un caso concreto, el centro de intereses a los efectos de Derecho concursal debería identificarse en todo caso para abrir el concurso. *Vid.* artículo 3 del Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, *DOUE* n° L 141, 5-VI-2015.

Del mismo modo, el centro de intereses de la empresa perjudicada como lugar de manifestación del resultado dañoso puede coincidir con su domicilio, pero este no es el criterio decisivo. Ciertamente no tiene nada que ver con el domicilio social que consta en el Registro Mercantil. Pero tampoco necesariamente con el domicilio asimilado a administración central de la sociedad. *Vid.*, en este sentido, apartados 41 y 42 de la STJUE de 17 de octubre de 2017, en el asunto *Bolagsupplysningen*, *cit.* De hecho, en el caso enjuiciado se daba la circunstancia de que la sociedad estonia demandada realizaba la mayoría de sus actividades en Suecia.

¹⁰⁵ Cf. apartado 43 de la STJUE de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen*, antes citado.

¹⁰⁶ *Vid.* P. de MIGUEL ASENSIO, “Reputación de las sociedades...”, *loc. cit.*, pp. 4-5.

¹⁰⁷ STJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos *eDate Advertising y otros*, antes citado. En relación con los derechos de propiedad intelectual, *vid.* STJUE de 3 de octubre de 2013, asunto C-170/12, *Peter Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635.

¹⁰⁸ Puede criticarse esta distinción porque el Tribunal ha actuado como creador de Derecho más que como intérprete y ha establecido una distinción que en modo alguno está presente en la norma. Pero también es cierto que el Tribunal moldea una jurisprudencia que nace en 1995 (asunto *Shevill* antes citado) y que no estaba pensada para internet.

¹⁰⁹ Y ello por lo que el Tribunal llama la “naturaleza ubicua” de la información en línea y su alcance universal, *cf.* apartado 48 de la STJUE de 17 de octubre de 2017, asunto *Bolagsupplysningen*, *cit.*

En términos generales, esta interpretación del Tribunal de Justicia contraria a tantas acciones de cesación o rectificación como lugares con resultados dañosos debe ser bienvenida. No obstante, si existe un lugar principal de manifestación del daño, distinto al centro de actividad del perjudicado, porque las actividades se dirigen precisamente a un concreto mercado, no debería negarse la posibilidad de presentar allí la demanda, en relación con ese daño principal¹¹⁰. En ese caso, en el lugar del centro de intereses del perjudicado realmente se puede observar un daño secundario o menor y no debe tener un “efecto bloqueo” del tribunal de un mercado digital en el que claramente se manifieste el daño¹¹¹.

2. Deslealtad en las relaciones con los competidores

A) La explotación internacional de la situación de dependencia

34. Junto con conductas desleales en torno a activos intangibles de la empresa, otro grupo importante de actos se materializa en el propio funcionamiento de las empresas y en las relaciones entre competidores. Cabría referirse aquí a la explotación de la situación de dependencia económica de empresas clientes o proveedoras sin alternativa equivalente, y a la ruptura de una relación comercial sin un previo aviso con una antelación mínima.

En referencia a la explotación de la situación, la práctica más habitual es aquella donde el proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, se ve obligado a conceder a su cliente de forma regular ventajas adicionales distintas a las de compradores similares. Así pues, el tribunal del lugar desde donde se exigen ventajas adicionales podría considerarse el tribunal del lugar de localización del hecho causal de la explotación de la empresa perjudicada. Este lugar puede cambiar según el contrato se haya celebrado entre presentes o entre ausentes. Entre presentes, el lugar donde se ha celebrado el contrato es aquel donde se incluyen las ventajas adicionales¹¹². Entre ausentes, ese lugar podría coincidir con el lugar desde donde la infractora realiza una invitación a negociar o una contraoferta, en ambos casos incluyendo las ventajas adicionales. No obstante, esta ubicación del hecho causal pertenece a la esfera interna de la empresa infractora y coincidirá normalmente con un establecimiento o con el domicilio del infractor. Por ello, podría proponerse el lugar donde se produce la aceptación de las ventajas adicionales por parte del proveedor como lugar donde el último acto del proceso causal se manifiesta externamente¹¹³. En este caso, se trata de un foro sumamente útil porque conducirá a un tribunal muy próximo al demandante. Probablemente haya aceptado las ventajas adicionales o la contraoferta con estas desde el Estado donde tenga un establecimiento o incluso su propio domicilio¹¹⁴.

35. Al margen de los problemas que provoca el lugar del hecho causal, podría considerarse que el lugar donde el perjudicado cumple su relación contractual con el infractor es el lugar de manifestación del hecho dañoso. Allí es donde cumple efectivamente esas ventajas adicionales obtenidas de forma desleal. Así pues, por esta vía, lugar de manifestación del resultado y lugar de cumplimiento del contrato coincidirían. En cualquiera de los casos, no parece que el lugar donde el perjudicado observa las

¹¹⁰ Cf. A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 368; P. de MIGUEL ASENSIO, “Reputación de las sociedades...”, *loc. cit.*, p. 3; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 121. Desde la perspectiva del Derecho aplicable, *vid.* P. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 5ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2015, p. 453. En esta línea, *vid.* STJUE de 18 de octubre de 2012, asunto C-173/11, *Football Dataco II*, ECLI:EU:C:2012:642, destacando la intención de un infractor de dirigirse al público de un determinado Estado miembro. No obstante, la STJUE de 3 de octubre de 2013, asunto *Peter Pinckney*, *cit.*, recuerda que el Estado al que se dirige la actividad no es un parámetro de interpretación en materia extracontractual, a diferencia de lo que ocurre en relación con los contratos de consumo.

¹¹¹ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 368, en referencia a que en el mercado del centro de intereses del perjudicado pueden producirse escasos daños. Volviendo al asunto *Bolagsupplysningen*, no eran hechos menores que los comentarios e informaciones se hicieron en sueco, en una web de dominio sueco, o que el propio perjudicado indicaba su volumen en coronas suecas con una clara intención de operar en el mercado sueco.

¹¹² *Vid.*, en este sentido, STJUE de 5 de julio de 2018, asunto *AB flyLAL-Lithuanian Airlines*, *cit.*

¹¹³ *Vid.*, al respecto, M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 191.

¹¹⁴ *Vid.*, sin embargo, en contra de estas interpretaciones que pueden conducir al domicilio del demandante, STJCE de 27 de octubre de 1998, en el citado asunto *Réunion européenne*.

pérdidas económicas por esas ventajas adicionales, esto es, donde presenta sus cuentas y tiene su centro de intereses, sea una conexión suficiente como para atribuir competencia.

B) La ruptura repentina de relaciones comerciales internacionales

36. Junto con la explotación de la situación de dependencia, otro de los actos desleales relacionados con el funcionamiento de la empresa y las relaciones entre competidores es el relativo a la ruptura repentina de relaciones comerciales, normalmente salvo fuerza mayor o incumplimiento grave de la contraparte. A estos efectos, resulta complejo identificar el lugar donde se produce el hecho dañoso por una ruptura repentina de relaciones comerciales.

Si la acción se basa en la obtención de condiciones favorables por la amenaza de ruptura, podría seguirse una interpretación parecida a la expuesta para la explotación de la dependencia económica. El lugar donde se ha celebrado un nuevo contrato o se ha modificado el anterior es el lugar donde se localiza el hecho causal de la obtención de ventajas por amenaza¹¹⁵. Este lugar podría ser donde la empresa perjudicada acepta las condiciones obtenidas por amenaza, si el contrato se celebra entre ausentes. Por otra parte, el lugar donde el perjudicado cumple su relación con las condiciones obtenidas por amenaza es el lugar de manifestación del hecho dañoso.

Cuando el acto desleal sobre el que se basa la demanda ya no se trata de una simple amenaza, sino de una ruptura efectiva de relaciones con deslealtad, quizá pueda considerarse competente al tribunal del lugar donde se venía cumpliendo o se tenía que cumplir la relación de no existir dicha ruptura. Este sería el tribunal del lugar de manifestación del daño. Más dudas plantea la competencia del tribunal del hecho causal. Allí donde la empresa infractora decide la ruptura es un lugar de la esfera interna de dicha empresa, que, además, probablemente se solape con el domicilio o con un establecimiento del demandado¹¹⁶. Tal vez el primer lugar donde se exterioriza el hecho causal sea el lugar donde el perjudicado recibe la comunicación de la ruptura.

3. Deslealtad a través de los grupos de interés de los competidores

A) Prácticas desleales con clientes y consumidores

37. Ciertas prácticas de comercialización a clientes y consumidores en el mercado pueden convertirse en actos de competencia desleal perjudiciales para el competidor¹¹⁷. La competencia judicial debe adaptarse a la morfología de estos actos asumiendo que el tribunal del hecho dañoso es, con carácter general, el tribunal del lugar al que se dirige la práctica comercial, esto es, el tribunal del mercado afectado. No siempre será posible una disociación entre el hecho causal y la manifestación del resultado.

38. Así sucede con las demandas por actos de competencia desleal relacionados con las ventas a pérdida, con el fin de inducir a error a los consumidores, de eliminar competidores, o de desacreditar su imagen y productos¹¹⁸. Dichas demandas podrán presentarse ante el tribunal del lugar del mercado

¹¹⁵ Siguiendo la línea avanzada en la ya citada STJUE de 5 de julio de 2018, asunto *AB flyLAL-Lithuanian Airlines*.

¹¹⁶ Recuérdese que por domicilio cabe entender el lugar de administración principal de una sociedad (art. 63 Reg. “Brussels I bis”), de modo que será desde ese lugar desde el que se adopte la decisión de ruptura.

¹¹⁷ Vid. M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 61 y ss. No debe confundirse el aspecto aquí tratado en el que el perjudicado directo por el acto desleal es el competidor, con las prácticas desleales contra los consumidores y usuarios en las que los perjudicados directos y actuantes son los propios consumidores y usuarios. Vid. J. MASSAGUER, *El nuevo Derecho contra la competencia desleal...*, esp. pp. 38-48. En este último caso, las acciones en defensa de intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores se califican como extracontractuales, *vid.* STJCE de 1 de octubre de 2002, asunto *Henkel*, *cit.* Los legitimados muchas veces no han contratado con el infractor y, de hecho, son asociaciones de consumidores y usuarios o entidades públicas de protección. De este modo, las acciones serán calificadas como extracontractuales y podrán presentarse ante el tribunal del lugar donde se produce el hecho dañoso. De nuevo, con carácter general será competente el tribunal del mercado en el que se realizan o al que se dirigen las prácticas comerciales.

¹¹⁸ Sobre este acto desleal, *vid.* artículo 17 de la Ley 3/1991; y la STJUE de 19 de octubre de 2017, asunto C-295/16, *Europamur*, ECLI:EU:C:2017:782, declarando que la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas desleales con los consumidores se

adonde se dirigen estas ventas, porque es allí donde la empresa infractora lanza la oferta de sus productos de venta a pérdida. En estos casos, puede considerarse que el hecho causal y la manifestación del daño coinciden en un mismo lugar. Allí es donde el acto puede ser susceptible de inducir a error a los destinatarios sobre el nivel de precios de otros productos y servicio de la misma empresa. Allí es donde puede darse el primer efecto de desacreditar la imagen de un producto o de un competidor ajeno, y ello por más que el competidor no opere en dicho lugar. Allí es donde se materializa cualquier estrategia encaminada a eliminar a uno o varios competidores.

39. Pero no solo cabe referirse a las ventas a pérdida, sino que el no desdoblamiento de tribunales ocurre en otras prácticas, como los actos de engaño y las prácticas agresivas. En relación con los actos de engaño¹¹⁹, el tribunal del lugar del mercado afectado, a donde se dirigen dichos actos, es donde se manifiesta el hecho causal, pero también el resultado dañoso para alterar el comportamiento económico de los destinatarios. Lo mismo ocurre con las omisiones engañosas¹²⁰, por ocultación de información necesaria para comportarse económicamente con conocimiento de causa o por poca claridad o ambigüedad, etc. El hecho causal se localiza en el Estado al que se dirige la práctica y en ese mercado afectado se pretende alterar el comportamiento económico de los destinatarios.

40. Algo similar ocurre con las prácticas agresivas por acoso, coacción o influencia indebida¹²¹. El lugar a donde se dirigen o donde se ejercen evidencia un nexo muy importante, que aúna el hecho causal y la primera manifestación del daño, aunque el elemento intencional se diseñe desde otro lugar.

41. Si, con carácter general, no es posible el desdoblamiento entre tribunal donde se produce el hecho causal y tribunal donde se manifiesta el resultado, excepcionalmente pueden identificarse supuestos de desdoblamiento de tribunales, especialmente, en algunos actos de engaño. En la práctica internacional cobra especial relevancia el incumplimiento de los compromisos de códigos de conducta internacionales por los que el infractor se halla vinculado¹²². El hecho causal y la manifestación del daño no siempre coinciden y pueden conducir a una distinción clásica entre lugar de fabricación y lugar de comercialización. En efecto, el hecho causal se manifiesta en el lugar de fabricación si el código de conducta se refiere a condiciones sociales o laborales o a la responsabilidad social de la empresa en este ámbito. Sin embargo, el resultado dañoso se manifiesta allí donde se distorsiona el comportamiento económico, en el lugar de comercialización, por alegar el falso cumplimiento de los códigos de conducta. También es verdad que el lugar de fabricación puede ser un tercer Estado en vías de desarrollo, y no un Estado miembro, al que el Derecho de la UE no va a atribuir competencia¹²³.

B) Inducción a la infracción contractual de trabajadores, proveedores y clientes

42. Otra forma de materializar la deslealtad por medio de grupos de interés es la inducción a la infracción contractual de trabajadores, proveedores o clientes (*stakeholders*) de los competidores¹²⁴. En este tipo de actos desleales se puede distinguir claramente la localización del hecho causal de la localización del resultado dañoso.

opone a la prohibición general de la venta a pérdida recogida en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE n.º 15, 17-I-1996).

¹¹⁹ Desde la perspectiva española, estos actos no solo se consideran de competencia desleal para competidores perjudicados, sino también para los propios consumidores, *vid.* artículos 5.1 y 19 de la Ley 3/1991. Repárese, también, en que las prácticas de publicidad pueden ser consideradas desleales, aunque no son objeto principal de este trabajo por su régimen especial.

¹²⁰ Respecto de los que también los perjudicados no solo serán los competidores, sino los propios consumidores, *vid.* artículos 7 y 19 de la Ley 3/1991.

¹²¹ También tipos ambivalentes para competidores y consumidores, *vid.* artículos 8 y 19 de la Ley 3/1991.

¹²² Igualmente, tipos que pueden perjudicar a competidores y consumidores, *vid.* artículos 5.1 y 19 de la Ley 3/1991.

¹²³ *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema del comercio internacional*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 50 y ss.

¹²⁴ *Vid.*, desde la perspectiva española, artículo 14 de la Ley 3/1991, y en su dimensión internacional, M. VIRGÓS SORIANO, *op. cit.*, pp. 101-105; A. DYER, *loc. cit.*, pp. 409 y ss.

43. En efecto, podría considerarse juez competente al del lugar donde se produce la inducción, esto es, donde el infractor contacta con los clientes, proveedores o trabajadores, incitándoles a la infracción. Este lugar es fácilmente identificable si la inducción se ha producido de forma presencial. En el caso de una inducción a distancia, parece tener más relevancia el lugar donde el *stakeholder* recibe la incitación a la infracción contractual.

44. Por otra parte, también tendría competencia el juez del lugar donde se produce o podría producirse la infracción contractual por parte del *stakeholder*, como consecuencia de la inducción. Este lugar sería aquel en el que el cliente, proveedor o trabajador tenía que cumplir con la obligación respecto del demandante, competidor perjudicado. En el caso de clientes, sería el lugar donde tenía que pagar el precio de la mercancía o servicio adquiridos. En el caso de proveedores, sería el lugar donde este tenía que suministrar al empresario perjudicado. En el caso de trabajadores, tal lugar se correspondería con el lugar donde, o desde el cual, el trabajador presta habitualmente sus servicios. Si no hubiera un lugar de prestación habitual, podría entenderse que la infracción se localizaría en el establecimiento del demandante para el cual desempeña su labor el empleado¹²⁵.

En este contexto, debe notarse en que este foro es altamente impredecible para el demandado infractor, pues le resulta totalmente ajeno ya que se mueve en la esfera de relaciones del demandante y el *stakeholder*, y no del infractor. No obstante, esa imprevisibilidad deriva del propio acto de competencia desleal imputado –la inducción a la infracción de un contrato ajeno en el que el demandado no es parte–, y no del criterio de competencia. En cualquier caso, debe controlarse que no exista un posible fraude procesal y que el lugar de cumplimiento por el *stakeholder* se corresponda con un lugar efectivo y real, no ficticio o forzado por el demandante o dicho *stakeholder*. Este último puede actuar de conformidad con el demandante si no ha aceptado la inducción a la infracción.

45. Delimitada la competencia judicial internacional para esta conducta de inducción a la infracción, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que se presenten cuestiones incidentales. En el marco del litigio entre empresario perjudicado y empresario infractor, puede plantearse si realmente ha existido un incumplimiento del contrato. A este respecto, el juez que esté conociendo de la acción por competencia desleal tiene capacidad de pronunciarse sobre si efectivamente existe o no una infracción en un contrato. Pero esa competencia será incidental, exclusivamente con efectos en el litigio abierto y entre las partes litigantes, no siendo oponible fuera del litigio ni al *stakeholder* que pudo infringir el contrato. El incumplimiento contractual como cuestión principal, y teniendo como demandado al *stakeholder* contratante y no al inductor de la infracción, se someterá a las reglas de competencia aplicables al contrato en cuestión con el proveedor, con el cliente o con el trabajador¹²⁶.

C) Intromisión en la clientela ajena

46. Respecto de la intromisión en la clientela ajena (*encroachment*) o a la inducción a la terminación regular de los contratos, cuando se hace con una finalidad desleal, por ejemplo, la eliminación de competidores¹²⁷, por lugar de manifestación del daño podría entenderse aquel donde el competidor perjudicado realiza las funciones propias a su condición, esto es, la comercialización de bienes y servicios. Es en tal lugar donde los clientes dejarán de adquirir productos al competidor por el eventual acto de competencia desleal. Allí es donde se produce la pérdida efectiva o potencial de la clientela como

¹²⁵ En una línea similar a lo dispuesto en el artículo 21.1 del Reglamento “Bruselas I.bis” respecto de los litigios sobre contratos de trabajo.

¹²⁶ Incluso, de existir una decisión previa que declare el incumplimiento contractual, esta deberá ser reconocida de forma incidental en el procedimiento sobre competencia desleal. Si no se concede dicho reconocimiento, el juez del procedimiento sobre competencia desleal tendrá un margen de valoración más amplio sobre si efectivamente ha existido o no ese incumplimiento, sin perjuicio de que pueda dar por ciertos y probados los hechos relatados en la decisión no reconocida.

¹²⁷ *Vid.* artículo 14.2 de la Ley 3/1991, sobre la inducción a la terminación regular del contrato con fines de eliminación de competidores. En España la intromisión ilegítima en la clientela no se encuentra regulada como tal como un acto de competencia desleal, a salvo de que se vulnere la cláusula genérica de buena fe, *vid.* J. I. RUIZ PERIS, *Intromisión en la Clientela Ajena y Redes de Distribución (Encroachment)*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2007, esp. pp. 175 y ss.

consecuencia de la intromisión en su negocio. Este foro es muy provechoso para las empresas perjudicadas que normalmente suelen tener un establecimiento comercial relevante en el territorio donde realizan la comercialización. Incluso, en muchas ocasiones tendrán en dicho territorio su domicilio, pues no se olvide que los proveedores mundiales suelen actuar a través de una red de distribuidores “locales”, es decir, empresarios cuyas conexiones relevantes se ubican en un único Estado, aquel donde llevan a cabo la distribución¹²⁸.

47. Aparte del lugar donde se manifiesta el resultado, no es fácil identificar el lugar donde ocurre el hecho causal. El lugar desde donde se decide la intromisión ilegítima probablemente permanezca en la esfera interna del infractor, coincidente con otros posibles foros como su domicilio o el establecimiento. No será, además, fácilmente identificable por el demandante. Por ello, convendría estar al lugar donde los clientes reciben la incitación a la contratación con el presunto infractor. Si se trata de clientes locales, que operan allí donde el perjudicado realiza la comercialización, lugar del hecho causal y del resultado dañoso coincidirá. Solo si se trata de clientes transfronterizos, se produciría el desdoblamiento entre ambos lugares, pues donde recibe la incitación a la intromisión no tiene por qué coincidir con el lugar donde el perjudicado comercializa sus bienes y servicios.

48. En este contexto, no existe mucha práctica internacional a este respecto, aunque es una cuestión que aparece de forma colateral en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2017, en el asunto *Expert France c. Tünkers*¹²⁹. La primera de las sociedades es una distribuidora que actúa en Francia y sufre una intromisión en su clientela contraria a la buena fe por parte de un grupo de sociedades que también se presentan a los clientes como el nuevo distribuidor del proveedor. En el caso concreto, el lugar donde se manifiesta el resultado sería territorio francés como lugar donde la empresa perjudicada opera en el mercado. Se convertía en un foro especialmente útil para el distribuidor que actúa como demandante, que está domiciliado en Francia. Más difícil es determinar el hecho causal del acto de competencia desleal, que sería el lugar de recepción de las cartas comerciales invitando a los clientes del antiguo distribuidor a comprar las mercancías a quien se presentaba como nuevo distribuidor¹³⁰.

IV. Interferencias en las estrategias procesales internacionales

49. Analizadas las estrategias procesales en materia de competencia desleal y proyectadas en la morfología de los principales actos desleales, queda por analizar las interferencias con otras estrategias procesales. En efecto, las normas de competencia judicial por prácticas desleales tienen zonas limítrofes con otras normas de competencia en materia de contratos, en materia de propiedad industrial y en materia concursal.

¹²⁸ Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *El contrato de distribución comercial internacional*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2018, esp. pp. 43 y ss. En la jurisprudencia, puede verse la STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/15, *Concurrence SARL*, ECLI:EU:C:2016:976. No obstante, debe repararse en que este lugar puede ser de fácil identificación si se trata de un distribuidor en exclusiva, al que se le asigna un determinado territorio en el que puede realizar políticas activas de comercialización. En cambio, tal lugar puede resultar más difícil de determinar cuando no exista esa exclusividad territorial. Habrá que estar al principal lugar de comercialización por parte de la empresa perjudicada.

¹²⁹ Antes citada.

¹³⁰ Cabe descartar otras interpretaciones. Si se entiende que el hecho causal se materializa en el lugar donde las sociedades demandadas deciden realizar esta labor de captación del cliente, este lugar pertenece a la esfera interna del demandado. Además, coincidirá con mucha probabilidad con el foro general del domicilio del demandado, dada la definición amplia de este y su posible correspondencia con el lugar donde se encuentra la administración central. Otra posible interpretación sería entender que el hecho causal se concreta en el lugar desde el que se envían materialmente los escritos. A estos efectos, la dirección del remitente quizá sea fácilmente identificable, pero también puede coincidir con el domicilio del demandado o con uno de sus establecimientos. Además, esta dirección del remitente tampoco parece clave para que en tal lugar exista una mejor organización del procedimiento y una mejor práctica de la prueba. Vid. A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Acciones de competencia desleal y procedimientos de insolvencia transfronterizos”, *La Ley UE*, n° 56, 2018, pp. 1-10, esp. pp. 6-7.

1. Juez del contrato

A) Concurrencia de acciones e intereses protegidos

50. Las acciones de competencia desleal pueden estar muy relacionadas con la lesión de derechos subjetivos derivados de un contrato, protegidos mediante el ejercicio de acciones contractuales. A los efectos de la calificación de la acción, habrá que valorar la *causa petendi* de la acción ejercitada. Si en ella se discute de manera fundamental la infracción de una norma contractual de la ley rectora del contrato, por ejemplo, la buena fe contractual, la acción debería calificarse como contractual. Por el contrario, si se discute la infracción de una norma del mercado conforme a la ley rectora de la competencia desleal, por ejemplo, la buena fe en la comercialización, la acción se calificaría como extracontractual pese a que exista una relación jurídica previa. Repárese a estos efectos que lo que el Tribunal de Justicia considera “calificación uniforme”, tiene un alcance más limitado de lo que a veces parece. Ciertamente, la acción ejercitada se basará en un Derecho nacional al que remita la norma de conflicto (*lex causae*). Lo que puede hacer el Tribunal es valorar en qué norma europea se subsume esa acción basada en un Derecho nacional y todas las demás que se puedan parecer al caso-tipo. Pero no puede prescindir de ese Derecho nacional en el que se basa la acción.

51. En la práctica aborda esta problemática la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de julio de 2016, en el asunto *Granarolo c. Ambrosi*¹³¹, respecto de una acción por daños derivados de la ruptura repentina de relaciones consolidadas durante más de veinticinco años. Si tal acción se consideraba contractual, la demanda debía presentarse en Italia, como lugar de cumplimiento de la obligación que servía de base a la demanda y lugar entrega de las mercancías conforme al *Incoterm Ex works*. Pero tal acción también se podía considerar extracontractual por violar la buena fe necesaria en el mercado contrariada por la ruptura repentina de relaciones contractuales. Así lo sostenía el demandante, de modo que la acción podía interponerse en Francia como lugar donde se produjo el hecho dañoso, por ser allí donde se dejaron de comercializar los productos. En la práctica la cuestión era muy relevante porque implicaba la posibilidad de que el actor demandara en su propio domicilio.

Ante esta situación, el planteamiento del Tribunal de Justicia no es del todo preciso. Se limita a señalar que si existe un contrato entre las partes la acción es contractual¹³². A partir de esta premisa inicia todo un razonamiento sobre cuándo existe una relación contractual tácita. Señala, entre otros aspectos, que esas relaciones no se presumen sino que deben acreditarse por indicios tales como la existencia de relaciones comerciales de larga duración, la buena fe, la regularidad de las transacciones, su evolución cuantitativa y cualitativa en el tiempo, los acuerdos sobre precios y descuentos, la correspondencia mantenida...¹³³.

La crítica al planteamiento de la Sentencia es tanto a su premisa menor como a la mayor. En cuanto a la premisa menor, no cabe duda de que una acción sobre la existencia de un presunto contrato es materia contractual. Este aspecto es más o menos pacífico con lo que es innecesario todo el razonamiento del Tribunal sobre cuándo entender que puede existir esta relación tácita. Es más, corresponde a la ley rectora del hipotético contrato, y no a una interpretación uniforme del Tribunal de Justicia, concluir positiva o negativamente la existencia del contrato¹³⁴.

Pero, sobre todo, aquí interesa negar la premisa mayor del Tribunal en el asunto *Granarolo*. Ciertamente, no se trata solo de determinar si existe un contrato, sino de concluir si la acción se fundamenta o no en Derecho contractual¹³⁵. No es suficiente, pues, identificar un contrato sino valorar si la *causa petendi* se basa en el contenido contractual¹³⁶. Expuesto en otras palabras, cuando la acción,

¹³¹ Asunto C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559.

¹³² Cf. apartados 23 y 24. *Vid.*, desde una perspectiva crítica, I. ANTÓN JUÁREZ, “Los retos de la litigación transnacional en la Unión Europea: ¿se ha extendido demasiado la noción de materia contractual en el Reglamento Bruselas I?”, *CDT*, vol. 10, 2018, pp. 525-533.

¹³³ Cf. apartados 26 a 28.

¹³⁴ Cf. artículo 10 del 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”).

¹³⁵ *Vid.* P. de MIGUEL ASENSIO, “Bienes inmateriales...”, *loc. cit.*, p. 163.

¹³⁶ *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, p. 476.

conforme a la *lex contractus*, se fundamenta en la buena fe en el presunto contrato, la acción por ruptura repentina de relaciones es contractual. Pero cuando la acción, según la ley rectora de la competencia desleal, se fundamenta en la buena fe y en la lealtad en el mercado, la acción por ruptura de relaciones es extracontractual¹³⁷. Nada obsta a que, en determinadas circunstancias, pueda ser necesario probar la existencia de esas relaciones contractuales. Pero ello debe hacerse desde una lógica de competencia principal y competencia incidental. De este modo, el juez de la competencia desleal tiene una competencia incidental, sin efecto de cosa juzgada ni frente a terceros, para pronunciarse sobre la existencia de relaciones previas¹³⁸.

B) Incompatibilidad de normas de competencia judicial

52. Esta delimitación entre materia contractual y extracontractual por desleal en el fondo pone de manifiesto que pueden existir acciones conexas, estrechamente vinculadas, pero calificadas de forma distinta. Ambas serán juzgadas de forma separada, pero ello no quiere decir que exista total compatibilidad entre ellas.

Esta realidad puede verse en el marco de la citada ruptura repentina de relaciones. En efecto, si la ruptura se justifica en el Derecho contractual, podría haber lugar a una indemnización por incumplimiento contractual. Si la ruptura se justifica en una conducta de competencia desleal, podría haber lugar a una indemnización por daños. Pero ello no quiere decir que ambas indemnizaciones sean totalmente compatibles. Tal sería el caso de un ordenamiento que estableciera una condena extracontractual porque no hay condena contractual. A la inversa, ocurriría lo mismo con el ordenamiento que fija una condena contractual porque no existe una condena extracontractual. Así pues, ambas condenas podrían considerarse incompatibles y dar lugar a un enriquecimiento injusto de juzgarse por separado.

53. Pero lo curioso es que estas acciones incompatibles pueden juzgarse por separado necesariamente¹³⁹. En un contrato podría elegirse tribunal para las acciones contractuales sin extenderse a las extracontractuales. En defecto de pacto, también puede ocurrir que el juez de la obligación que sirve de base a la demanda contractual sea distinto al juez del lugar donde se produce el hecho dañoso. En ambos casos, se rompería la concentración de acciones ante un mismo juez¹⁴⁰.

Para solucionar la imposible acumulación de acciones o las dificultades de una interpretación uniforme que no puede abstraerse de la *causa petendi* se han propuesto soluciones interesantes *de lege*

¹³⁷ Así se constata en la propia jurisprudencia del Tribunal, pues basta referirse al asunto *Brogstetter* previamente citado. En este, y a mi juicio con más acierto que en el caso aquí tratado, se discutía si la acción era o no contractual pese a que no había duda de que existía un contrato entre las partes.

¹³⁸ La delimitación entre contractual y extracontractual también es necesaria en relación con los consumidores. Quizá en estos la calificación como extracontractual sea más nítida en los casos de acciones colectivas por intereses difusos o generales, porque las asociaciones representativas, al no ser firmantes de los contratos, actúan en un marco extracontractual. Incluso serían acciones extracontractuales las interpuestas por asociaciones en materia claramente contractual, como la de cesación de uso de cláusulas abusivas, *vid.*, desde una perspectiva crítica, L. CARBALLO PIÑEIRO, "Derecho de competencia...", *loc. cit.*, pp. 465-495. Pero la distinción entre contractual y extracontractual es menos nítida cuando el consumidor individualmente o un conjunto de consumidores por intereses concretos lesionados o una asociación en su representación ejercitan acciones procesales. En estos casos, deberá valorarse si la acción se basa en la buena fe en el mercado según la *lex causae* o en derechos subjetivos contractuales según la *lex contractus*. Un buen ejemplo se encuentra en la práctica de los premios señuelos. En el caso de los premios falsamente automáticos, premios inexistentes o premios, bienes y servicios falsamente gratuitos, las acciones se calificarán como extracontractuales si se basan en la legislación sobre prácticas de comercialización desleales, *vid.*, por ejemplo, arts. 22.5 y 22.6.b) de la Ley 3/1991. Por el contrario, si estas acciones nacen del ejercicio individual de derechos contractuales de los consumidores, la acción será contractual. En este sentido, la reclamación de la "concesión automática" de un premio, sin supeditación a pagos o gastos, se ha considerado una acción contractual por parte del Tribunal de Justicia, al entenderla como un contrato genérico en sí mismo, aunque no de consumo. *Vid.* STJCE de 20 de enero de 2005, asunto C-27/02, *Engler*, ECLI:EU:C:2005:33. Si la acción se basa en una "concesión condicionada" del premio, de forma que el obsequio depende de la firma de un contrato, la reclamación no solo será contractual, sino que también será calificada como de consumo. *Vid.* SSTJCE de 11 de julio de 2002, asunto C-96/00, *Gabriel*, ECLI:EU:C:2002:436; y de 14 de mayo de 2009, asunto C-180/06, *Ilseger*, ECLI:EU:C:2009:303.

¹³⁹ También es verdad que ambas demandas podrían concentrarse ante el juez del domicilio del demandado.

¹⁴⁰ Es más, en caso de pendencia de procesos ni siquiera sería posible la acumulación ante el juez que conoce en primer lugar, por la sencilla razón de que no siempre sería competente para las dos acciones.

ferenda. Principalmente, la de atribuir competencia al juez del contrato, incluso para acciones extracontractuales, cuando estas se vinculan a una relación contractual previa y existe una identidad de partes¹⁴¹. Se trataría de extender al ámbito de la competencia judicial internacional, la solución que ya se ha dado en el ámbito del Derecho aplicable, cuando la ley más estrechamente vinculada a la responsabilidad por daños puede ser la ley de la relación contractual previa que une a las partes¹⁴².

2. Juez de los derechos de propiedad industrial

A) Competencia desleal y juez de la nulidad de la propiedad industrial

54. Las acciones en materia de competencia desleal pueden coincidir con acciones en materia de propiedad industrial. Los ordenamientos pueden establecer relaciones complementarias, subsidiarias o acumulativas en función de los distintos intereses a proteger¹⁴³. Muchos, de hecho, reservan la protección de derechos subjetivos al Derecho de propiedad industrial y dejan para la normativa de competencia desleal intereses más generales o difusos, presentes en el mercado¹⁴⁴.

Precisamente los distintos fines de uno y otro sector pueden condicionar la configuración de la competencia judicial internacional. La cuestión más dudosa es qué ocurre si el demandado alega falta de violación de la propiedad industrial porque esta es nula. Tal sería el supuesto en el que un infractor es demandado por actos de imitación en el mercado y argumenta como excepción la nulidad de la marca del sujeto presuntamente perjudicado¹⁴⁵. Literalmente, el Reglamento “Bruselas I.bis” y el Convenio de Lugano obligan a respetar la competencia exclusiva de los tribunales del Estado de registro de la propiedad industrial, “*independientemente de que la cuestión se haya suscitado (...) por vía de excepción*”¹⁴⁶. De este modo, se bloquea el procedimiento sobre competencia desleal hasta que se dirima la nulidad de la marca ante el juez exclusivamente competente. Sin embargo, convendría hacer una interpretación restrictiva de esta regulación, para permitir que el juez de la competencia desleal tenga una competencia incidental para valorar la eventual validez de esa propiedad industrial presuntamente imitada¹⁴⁷. Dos argumentos avalarían esta interpretación restrictiva, si bien ciertamente forzada al hilo de la dicción literal de las normas. Uno, sistemático, pues el Reglamento “Bruselas I.bis” solo se refiere a la obligación de abstenerse de oficio si se plantea una cuestión de competencia exclusiva –y la nulidad de la propiedad industrial lo es– “a título principal”¹⁴⁸. Que incidentalmente surja la cuestión de la nulidad en el marco de una acción de competencia desleal no debería afectar a su competencia. El segundo argumento a favor de la competencia incidental para valorar la nulidad de la propiedad industrial por parte del juez de la competencia desleal sería funcional. No en vano, la protección de la propiedad industrial en el marco de las acciones de competencia desleal se hace en términos de intereses más generales y difusos, es decir,

¹⁴¹ Cf. A. FONT SEGURA, *op. cit.*, pp. 205-211; S. SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, p. 478.

¹⁴² Artículo 4.3 del Reglamento “Roma II”.

¹⁴³ *Vid.*, desde la perspectiva de Derecho mercantil, J. MASSAGUER, *Comentario a la Ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1999, esp. pp. 81-85; y, desde la perspectiva de Derecho internacional privado, P. de MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property and of Unfair Competition Practices: Convergence or Divergence”, en S. LEIBLE y A. OHLY (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2009, pp. 137-190 (versión consultada pre-print), esp. §§ 1-4. *Vid.* STJUE de 5 de junio de 2014, en el asunto antes citado *Coty Germany*, destacando cómo las acciones sobre marcas de la UE son compatibles con acciones sobre competencia desleal basadas en las legislaciones nacionales.

¹⁴⁴ *Vid.* P. RODRÍGUEZ MATEOS, *loc. cit.*, pp. 169-171.

¹⁴⁵ *Vid.* P. de MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property...”, *loc. cit.*, § 6.

¹⁴⁶ Cf. artículo 24.4 del Reglamento “Bruselas I.bis” y 22.4 del Convenio de Lugano y, al respecto, P. de MIGUEL ASENSIO, “The Private International Law of Intellectual Property...”, *loc. cit.*, § 6. Este tenor literal arranca de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el caso *GAT*, STJCE de 13 de julio de 2006, asunto C-4/03, ECLI:EU:C:2006:457.

¹⁴⁷ Esta interpretación, que ya ha sido puesta en entredicho en el propio sector de la propiedad industrial, con más motivo debe ser descartada en el marco de la competencia desleal. *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Nulidad e infracción de patentes en Europa después de *GAT* y *Roche*”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, pp. 269-284, esp. p. 284, señalando como mejor solución un pronunciamiento incidental sin efecto de cosa juzgada sobre la validez del bien inmaterial, en el marco del litigio sobre violación en la explotación de este bien. *Vid.*, asimismo, P. de MIGUEL ASENSIO, “Bienes inmateriales...”, *loc. cit.*, p. 114, destacando que el juez que conoce de la infracción de derechos podría presumir la validez del bien inmaterial mientras no haya sido desvirtuada en un proceso al efecto.

¹⁴⁸ Cf. artículo 27. *Vid.*, en la misma línea, artículo 25 del Convenio de Lugano.

en términos de protección del mercado. Por tanto, no hay razón para negar esa competencia incidental del juez de la competencia desleal para valorar la validez de la propiedad industrial.

B) Competencia desleal y juez de las licencias

55. Como se observa, el ejercicio de acciones de competencia desleal no debería verse afectado por la nulidad o no de la propiedad industrial, pues juegan en planos distintos. Como también se mueve en un plano distinto el ejercicio de acciones derivadas de los contratos de licencia de propiedad industrial, que también quedan al margen de la competencia desleal.

Las acciones contractuales se someterán a los tribunales elegidos por las partes y, en su defecto, ante un tribunal del Estado del domicilio del demandado o ante el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación contractual que sirve de base a la demanda¹⁴⁹. No debería de haber interferencias ni excesivas coincidencias con el juez competente para la competencia desleal, por razón del lugar donde ocurre el hecho dañoso. A lo sumo puede plantear algún problema aquellos casos en los que el contrato de licencia se convierte en el “vehículo” a través del cual se realiza la revelación de secretos. En esos casos ya se ha señalado que el juez de la competencia desleal es competente si la acción, basada en un Derecho nacional (*lex causae*), se justifica en la buena fe o en la confidencialidad en el mercado, y no en la buena fe o confidencialidad contractual. No obstante, si incidentalmente surgiera alguna cuestión en torno al contrato que ha servido de instrumento para la deslealtad, el juez de la competencia desleal tendría una competencia incidental, con meros efectos *inter partes* en su proceso y sin efecto de cosa juzgada.

56. En este sentido, resulta de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 2014, en el asunto *Brogstetter c. Fräbendorf y Fabrication de Montres Normandes*¹⁵⁰, en un supuesto de violación del secreto comercial y abuso de confianza. A juicio del demandante, los tribunales alemanes eran competentes por ser, en materia extracontractual, los tribunales del lugar de producción del hecho dañoso. A juicio del demandado, lo eran los tribunales franceses, por tratarse de materia contractual y tener que ejecutarse el contrato en Francia. La Sentencia tiene luces y sombras. El Tribunal acierta en su planteamiento inicial, al distinguir veladamente entre confidencialidad contractual y confidencialidad en el mercado. De esta forma, la mera existencia de un contrato entre las partes no es motivo para calificar la acción como materia contractual¹⁵¹, a diferencia de lo apuntado erróneamente en el asunto *Granarolo* antes citado. Debe ocurrir, además, que el contrato, y el Derecho contractual que lo sustenta, sea indispensable para que la conducta sea ilícita¹⁵². Por el contrario, si la conducta fuera ilícita según la ley rectora de la competencia desleal –confidencialidad exigida en el mercado y al margen de la existencia o no de un contrato–, la acción por competencia desleal debe calificarse como extracontractual¹⁵³. En este último caso, el contrato puede ser un vehículo para acceder al secreto comercial pero la ilicitud deriva de la violación misma de tal secreto, y no de que así se disponga en el propio contrato. En cualquiera de los casos, si el planteamiento inicial de la Sentencia *Brogstetter* es aceptable, no lo es su desarrollo y conclusión. Por mucho que el Tribunal intente una interpretación uniforme, necesariamente debe referirse a la fundamentación jurídica de la acción para determinar ese carácter contractual o extracontractual. Y esa fundamentación se hace con base en un determinado Derecho nacional (*lex causae*) y no en unos hipotéticos principios sustantivos europeos que no existen¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Vid. artículo 7.1 del Reglamento “Bruselas I.bis”; artículo 5.1 del Convenio de Lugano; y artículo 22 quinquies.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

¹⁵⁰ Antes citado. Tras firmar un contrato para el desarrollo de mecanismos de relojería, el maestro relojero presenta de forma paralela un mecanismo similar en un salón mundial.

¹⁵¹ Cf. apdo. 23. En la doctrina, vid. M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Estrategia procesal y litigación internacional en la Unión Europea: distinción entre materia contractual y extracontractual”, *CDT*, vol. 6, 2014, pp. 315-329; A. MUÑOZ FERNÁNDEZ, “Nuevas perspectivas en la calificación como contractual o extracontractual de las acciones de responsabilidad en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *ADC*, vol. XIX, 2016, pp. 437-475, esp. p. 464.

¹⁵² Cf. apdo. 25.

¹⁵³ Vid. A. FONT SEGURA, *op. cit.*, pp. 166-180; P. de MIGUEL ASENSIO, “Bienes inmateriales...”, *loc. cit.*, p. 163.

¹⁵⁴ Cf. S. SÁNCHEZ LORENZO, *loc. cit.*, p. 476. Gráficamente señala el autor que, para la calificación contractual, no es suficiente la presencia de un contrato, sino que se necesita un Derecho contractual que fundamente la demanda. Vid., más en general, R.

C) Competencia desleal y juez de la violación de derechos de propiedad industrial

57. La última interacción entre Derecho de propiedad industrial y competencia desleal podría encontrarse entre las acciones de violación de derechos de propiedad industrial y acciones por competencia desleal, precisamente, a partir de la violación de aquellos. Se trataría en ambos casos de acciones en materia extracontractual.

Al margen de los casos más o menos infrecuentes de sumisión¹⁵⁵, el demandante puede interponer las acciones ante los tribunales del domicilio del demandado. Estos tribunales serán competentes tanto para las acciones basadas en propiedad industrial como para acciones basadas en competencia desleal. La cuestión no se presenta exactamente igual cuando se interpone la demanda ante el tribunal del lugar donde se ha producido el hecho dañoso. En estos casos, el bien jurídico protegido es distinto según se trate de acciones de Derecho de la propiedad industrial o de acciones sobre competencia desleal. De esta forma, el hecho dañoso, al menos excepcionalmente, podría no coincidir en un mismo lugar. Podría ocurrir, de hecho, que el tribunal competente para la acción en materia de propiedad industrial no fuera competente para la acción en materia de competencia desleal o viceversa.

58. Lo expuesto puede verse en relación con los actos desleales de imitación¹⁵⁶. Cuando el bien inmaterial está registrado donde se produce la imitación, los jueces de ese Estado podrían ser competentes tanto para las acciones basadas en Derecho de propiedad industrial (tribunal del lugar donde el bien inmaterial está protegido), como para las basadas en competencia desleal (tribunal del mercado afectado). Sin embargo, la cuestión se presenta de forma distinta cuando el acto de imitación se materializa en un mercado en el que el bien inmaterial no está registrado. La competencia de los tribunales del lugar de comercialización de productos imitados es indudable respecto de acciones por actos desleales, pero es más discutible para acciones en materia de propiedad industrial¹⁵⁷.

3. Juez del concurso

A) Acciones de competencia desleal ajenas a la legislación concursal

59. La apertura de un procedimiento de insolvencia merece una especial atención en el marco de la competencia desleal. Por razones cuantitativas, una de las prácticas desleales más habituales, la venta piramidal, puede terminar en el concurso de la parte infractora¹⁵⁸. Por razones cualitativas, el Tribunal de Justicia se ha ocupado en concreto de la relación entre la competencia del juez del concurso y el ejercicio de las acciones de competencia desleal en su importante Sentencia, ya citada, de 9 de noviembre de 2017, en el asunto *Tünkers*¹⁵⁹. Una sociedad demanda en Francia por intromisión ilegítima en su clientela, valiéndose del foro del domicilio del demandado. Pero los demandados impugnan la competencia sosteniendo que son competentes los tribunales alemanes, como tribunales del Estado donde se abrió el

ARENAS GARCÍA, “La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales...”, *loc. cit.*, esp. pp. 414 y ss.

¹⁵⁵ Normalmente, al no existir una relación jurídica previa entre las partes, la sumisión surgirá una vez producido el hecho dañoso con lo que, si consta por escrito, sería muy recomendable precisar para qué tipo de acciones se alcanza un acuerdo. No es necesario seguir esta recomendación cuando se trata de una sumisión tácita, que se produce por la comparecencia para un litigio concreto sin impugnación de la competencia.

¹⁵⁶ Sobre las relaciones entre actos de imitación y protección de bienes inmateriales, *vid.* E. DOMÍNGUEZ PÉREZ, *Competencia desleal a través de actos de imitación sistemática*, Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pp. 83 y ss.

¹⁵⁷ *Vid.*, con rotundidad, a favor de los tribunales del Estado en cuyo territorio está registrado el bien inmaterial, STJUE de 3 de octubre de 2013, en el citado asunto *Pinckney*; y STJUE de 22 de enero de 2015, asunto *Pez Hejduk*, *cit.* En la misma línea, *vid.* la STJUE de 19 de abril de 2012, asunto *Wintersteiger*, *cit.*, aunque el Tribunal reconoce aquí que la competencia de los tribunales del Estado donde está registrada la marca no excluye la competencia de otros tribunales (apdo. 30). En la doctrina, *vid.* P. de MIGUEL ASENSIO, “Bienes inmateriales...”, *loc. cit.*, pp. 116-118; *id.*, “The Private International Law of Intellectual Property...”, *loc. cit.*, § 5; A. L. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *loc. cit.*, § III.C.2; A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 106 y ss.

¹⁵⁸ Artículo 24 de la Ley 3/1991, aunque, en este caso, en el Derecho español se trata de una práctica desleal en relación con los consumidores.

¹⁵⁹ Antes citado.

concurso al proveedor, cedente de una parte de su negocio a las demandadas.

60. En este contexto, una acción en materia de competencia desleal no puede calificarse como concursal, aunque una sociedad vinculada al caso esté en concurso, y, por tanto, debe someterse a las normas procesales generales. El test para comprobar el carácter concursal o no de una acción es doble, sustantivo y procesal. Desde una perspectiva sustantiva, la acción debe estar fundamentada en la legislación nacional sobre insolvencia. Desde una perspectiva procesal, la acción debe estar estrechamente vinculada a dicho procedimiento concursal.

En este marco, las acciones en materia de competencia desleal no se fundamentan en la legislación de insolvencia, aunque pueda concurrir con el concurso del infractor. Al contrario, se fundamenta en la normativa sobre comportamiento en el mercado, que debe cumplir todo competidor, esté concursado o no, y sin prerrogativa alguna de Derecho concursal. Baste volver al asunto *Tünkers* en el que se observa que la acción está basada en el intento de apropiarse de la clientela del distribuidor, en perjuicio de los intereses de este. De esta forma, la conducta de las sociedades demandadas se rige por reglas ajenas al procedimiento concursal. Corroborra esta conclusión el hecho de que se está cuestionando el comportamiento efectuado únicamente por el grupo de sociedades del cesionario. Aunque no lo explicita el Tribunal, lo interesante de este indicio es que la actuación y comportamiento de la administración concursal y del propio concursado es totalmente irrelevante a estos efectos.

La falta de fundamentación en la legislación concursal también se evidencia atendiendo a los intereses del concurso y a los intereses de la política jurídica de competencia desleal. Así, no cabe duda de que la demandante en el asunto *Tünkers* actúa en defensa de sus propios intereses y no en defensa de la masa concursal. Prueba de ello es que cualquier indemnización concedida por competencia desleal no engrosaría la masa activa del concurso, sino el patrimonio de la sociedad damnificada por tal acto desleal¹⁶⁰.

B) Acciones de competencia desleal desvinculadas del procedimiento de insolvencia

61. Además de no basarse en la legislación sobre insolvencia, en las acciones de competencia desleal no está presente un segundo requisito exigible para que el juez del concurso asuma competencia, a saber: la estrecha relación entre la acción y el procedimiento de insolvencia¹⁶¹.

En efecto, un parámetro para medir la vinculación entre la acción y el procedimiento concursal es el momento y forma en el que se puede ejercer la acción. Si solo se puede ejercer durante el desarrollo del procedimiento de insolvencia y en el marco de una pieza procesal de dicho concurso según la ley nacional, cabría encontrar una relación intensa entre acción y concurso. Sin embargo, si la acción se puede ejercitar antes o después del proceso concursal, y, por tanto, se puede tramitar como un procedimiento autónomo y propio, existe un indicio intenso de calificación como acción común. Así ocurre con el tipo de acción enjuiciada en el ya citado caso *Tünkers*, pero también en las ventas piramidales, pues evidentemente la competencia debe ser leal en todo momento, exista o no concurso, se haya concluido este o no. Una acción para restituir esa competencia leal y reparar los daños causados por la deslealtad se puede plantear en un procedimiento autónomo y propio. Que concurra la acción con el momento de desarrollo del concurso es una cuestión puramente coyuntural y este carácter circunstancial es el que no tiene relevancia.

¹⁶⁰ En este sentido debe entenderse la expresión del Tribunal cuando se refiere en el apartado 26 a que “*las eventuales consecuencias de una acción de este tipo no pueden tener influencia alguna en el procedimiento de insolvencia*”. A mi juicio, la fundamentación del Tribunal es clara y convincente. No obstante, el argumento de que la indemnización no sea para la masa concursal debe tomarse con cuidado. Tiene un peso importante en sentido negativo, esto es: si la condena dineraria en un procedimiento no incrementa la masa concursal de activos, existe un indicio de que no hay fundamentación en la legislación concursal. Pero tiene un peso menor en sentido positivo, esto es: el hecho de que la indemnización concedida engrosara el inventario de bienes del concurso no es un indicio definitivo para entender que la acción debe calificarse como concursal. *Vid.* A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, *loc. cit.*, pp. 2-4.

¹⁶¹ Volviendo al asunto *Tünkers*, el Tribunal debería haber señalado como indicio relevante que ni el concursado ni su administración concursal tenían posición procesal alguna en el proceso por competencia desleal. No eran ni demandantes ni demandados. Por ello, acertó el Tribunal al destacar que el vínculo entre la acción de competencia desleal y el procedimiento de insolvencia no es ni directo ni lo suficientemente estrecho.

V. Conclusiones

- 1ª. La elección expresa de un tribunal o el sometimiento a arbitraje, antes del nacimiento del litigio, solo es posible si existe una relación previa entre competidores y si la cláusula de arreglo de controversias se redacta de forma amplia, no estrictamente limitada a obligaciones contractuales. Esta sumisión o arbitraje no vincula a las asociaciones y corporaciones de profesionales que presenten acciones colectivas por intereses generales y difusos.
- 2ª. Como estrategia procesal genérica, demandar en el Estado del domicilio del demandado (o de uno de sus establecimientos a los que se vincula el litigio), aunque probablemente implique la aplicación de una ley extranjera, tiene de positivo que puede conducir a una posterior ejecución de la sentencia puramente interna. Así ocurriría con sentencias sobre obligaciones de hacer o no hacer (acciones preventivas, de cesación o de remoción de efectos) dictadas en el Estado de domicilio equiparado a administración central del infractor. También, con sentencias sobre el patrimonio del demandado (acciones de reparación de daños) dictadas en el domicilio equiparado al centro de actividad principal del infractor.
- 3ª. En caso de litisconsorcio pasivo, la competencia del tribunal del domicilio de cualquiera de los codemandados no debe depender de que todos los codemandados hayan actuado deslealmente en un mismo mercado ni de que las acciones sean de la misma naturaleza. Es criticable, pues, la jurisprudencia que exige estos requisitos adicionalmente a los previstos en las normas.
- 4ª. Como estrategia procesal específica, y contrapuesta a la anterior, demandar ante el tribunal del lugar donde ocurre el hecho dañoso aumenta las probabilidades de que el actor se beneficie de un tribunal más próximo y de que el juez aplique su propia ley (a salvo de la disociación del hecho causal y de supuestos tasados de elección de ley y de leyes más estrechamente vinculadas).
- 5ª. En este sentido, el tribunal del mercado afectado, en donde se realiza la comercialización, será competente como lugar de manifestación del daño relacionado con la imagen y signos distintivos del competidor, con la revelación de secretos empresariales, con las prácticas de comercialización a clientes y consumidores (ventas a pérdida, actos de engaño, omisiones engañosas, prácticas agresivas...), y con actos desleales por intromisión ilegítima en clientela. Esta interpretación debe extenderse a las acciones de cesación o rectificación respecto de los actos desleales *on line*, si es posible apreciar un mercado principal afectado (distinto al lugar del centro principal de intereses del perjudicado). Pero el tribunal del mercado afectado también puede equipararse al tribunal del lugar donde debe cumplirse un contrato, en casos de explotación de una situación de dependencia, de amenaza de ruptura de relaciones comerciales, o de inducción a la infracción de contratos del competidor con sus clientes, proveedores o trabajadores. En todos los casos, el tribunal del mercado afectado es competente, aunque el competidor perjudicado no opere en dicho mercado.
- 6ª. El tribunal del lugar donde ocurre el hecho causal desleal también es competente pero tiene manifestaciones más heterogéneas según el tipo de acto desleal. Puede equipararse, en primer lugar, al tribunal del lugar de realización material de conductas desencadenantes de la deslealtad (desde donde se vierten las manifestaciones de confusión, denigración, comparación o desde donde se realiza el espionaje). Puede equiparse, en segundo lugar, al tribunal del lugar de fabricación y etiquetado de productos (casos de imitación, de incumplimiento de códigos de conducta de fabricación o de explotación de la reputación ajena). Puede equipararse, en tercer lugar, al tribunal del lugar de celebración de un contrato (explotación de la situación de dependencia o amenaza de ruptura repentina de relaciones).
- 7ª. La estrategia procesal en materia desleal puede interferir con otro tipo de acciones. Solo si la acción se basa en la buena fe o confidencialidad “en el contrato” según la ley rectora de dicho contrato (*lex causae*), y no en la buena fe o confidencialidad “en el mercado”, deberá calificarse como contractual.

- 8ª. El juez que conoce de la competencia desleal debería tener una competencia incidental (sin efecto de cosa juzgada ni frente a terceros) para las cuestiones previas sobre la validez o nulidad de la propiedad industrial, a pesar de la literalidad de las normas. El juez de la competencia desleal también tiene competencia para acciones por actos desleales relacionados con la propiedad industrial, aunque dicha propiedad no esté registrada en el mercado afectado.
- 9ª. No debería haber interferencias entre las acciones de competencia desleal y el juez que conoce de un procedimiento de insolvencia. A pesar de que prácticas desleales como la venta piramidal incrementan cuantitativamente el riesgo de insolvencia, las acciones por competencia desleal no están fundamentadas en la legislación nacional sobre insolvencia, ni están estrechamente vinculada a dicho procedimiento concursal.
- 10ª. Como valoración final, debido al silencio de las normas de competencia judicial internacional en materia de actos desleales, se depende en exceso de la construcción jurisprudencial del TJUE, la cual tiene luces y sombras. Entre los aspectos más positivos, destaca la consolidación de la competencia del tribunal del lugar hecho causal y del lugar de manifestación del resultado dañoso, equiparado al mercado afectado. Entre los más negativos, cabe citar las trabas adicionales a los litisconsorcios pasivos y la inadecuada delimitación de la competencia con el juez del contrato y de la propiedad industrial.

NULLITÀ E CONFORMAZIONE DEI CONTRATTI DI IMPRESA AD OPERA DELLE AUTORITÀ INDIPENDENTI

NULLITY AND CONFORMATION OF BUSINESS CONTRACTS BY AUTHORITIES

DOMENICO FAUCEGLIA

*Lawyer and PhD student in Private Law
University of Rome Tor Vergata*

Recibido: 12.04.2018 / Aceptado: 09.05.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4379>

Riassunto: Sin dall'avvento nel sistema istituzionale italiano delle c.d. Autorità indipendenti, alle quali è attribuito il potere di regolare settori sensibili del mercato (*domain sensibles*), si è posta l'attenzione sulla particolare interferenza tra regolazione del mercato e disciplina dei contratti. In particolare, le Autorità indipendenti godono di un potere re-golamentare abbastanza variegato: la legge attribuisce alle Authorities i poteri di definire i procedimenti di formazione e conclusione, nonché la forma e il contenuto minimo dei contratti. In relazione a questi ultimi poteri, si cercherà, con tale contributo, di esaminare le ipotesi di nullità negoziale derivanti dalla difformità dei contratti rispetto ai regolamenti delle Autorità Indipendenti, nonché le ipotesi di eteroregolamentazione dei contratti ad opera dei regolamenti delle Autorità Indipendenti.

Parole chiavi: contratto, mercato, autorità indipendenti, nullità dei contratti, integrazione contrattuale, contratti d'impresa, contratti bancari, contratti finanziari.

Abstract: Since the inclusion in the Italian institutional system of the c.d. Independent authorities, which are given the power to regulate sensitive sectors of the market (*domain sensibles*), attention has been focused on the particular interference between market regulation and contract discipline. In particular, the Authorities have quite a varied regulatory power: the law gives the Authorities the power to define the starting and conclusion procedures, as well as the form and minimum content of the contracts. In relation to these last powers, we will try, with this contribution, to examine the hypothesis of negotiation nullity deriving from the non-conformity of the contracts with the regulations of the Independent Authorities, as well as the hypothesis of external regulation of the contracts by the regulations of Independent Authorities.

Keywords: contract, market, independent authorities, nullity of contracts, contractual integration, business contract, banking contracts, financial contracts.

Sommario: I. Inquadramento del problema nell'ottica delle relazioni tra contratto e mercato; II. L'avvento delle Autorità indipendenti e il fenomeno di regolazione nel sistema costituzionale; III. Difformità dei contratti ai regolamenti delle authorities: nullità ed eterointegrazione del contratto; IV. La sanzione di nullità ad opera dei regolamenti della Banca d'Italia; V. La nullità "in bianco" e il problema della nullità di protezione; VI. I diversi meccanismi di integrazione cogente del contratto. I differenti ambiti applicativi degli artt. 1419, II co., cod. civ. e 1339 cod. civ.

I. Inquadramento del problema nell'ottica delle relazioni tra contratto e mercato

1. Sin dagli anni Novanta¹ si è assistito, a seguito della privatizzazione di imprese pubbliche, ad una proliferazione delle c.d. Autorità indipendenti volte a realizzare politiche di liberalizzazione dei mercati sensibili. Il fenomeno di regolamentazione di tali mercati ha posto il problema della conformazione dei *contratti di impresa*², si tratta –in particolare– della c.d. amministrativizzazione dei contratti di impresa³ (c.d. *contratto amministrato*)⁴. A tal riguardo, occorre chiarire che la contrattazione d'impresa non avviene solo tra imprenditori (c.d. contratti bilateralmente di impresa), ma anche tra imprenditore e utente o consumatore (c.d. contratti unilateralmente di impresa) e, in quest'ultimo caso, nell'esaminare i rapporti contrattuali, ci si imbatte nella situazione di chi imprenditore non è, ma si trova vincolato ad un contratto d'impresa autoritativamente regolato. In questi termini, la questione della eteroregolamentazione autoritativa non riguarda solo l'autonomia contrattuale di impresa⁵, ma anche l'autonomia contrattuale di qualunque altro soggetto di diritto che si inserisce nel traffico mercantile dei settori sensibili regolati dalle Autorità indipendenti.

2. È in quest'ottica che il contratto svela come non mai la sua natura di operazione economica⁶ che non resta affatto insensibile ai meccanismi di regolamentazione del mercato⁷, anzi, risulta essere proprio lo strumento principale della regolazione delle Autorità indipendenti, perché è proprio il contratto ad essere l'unico strumento mediante il quale è possibile creare condizioni di concorrenza. La concorrenza è, infatti, la veste indossata da più iniziative economiche. Senza concorrenza non può esistere contratto, né risulta possibile decidere delle regole: solo all'interno di un mercato concorrenziale possono svolgersi corretti rapporti di scambio. La concorrenza è – in questi termini- “statuto normativo” dell'iniziativa privata e del mercato⁸. È chiaro, dunque, che la concorrenza è principio che protegge l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno. Solo la condizione di assoluta eguaglianza tra i soggetti crea un mercato concorrenziale nel quale possono svolgersi corretti rapporti di scambio. Nel mercato la libertà economica è regolata dal principio di uguaglianza per tutti i soggetti che vi operano. Sicché è proprio nei contratti d'impresa che si avverte una diseguaglianza tra i contraenti.

¹ In Italia, ad eccezione per la Banca d'Italia, le Autorità indipendenti sono state costituite in netto ritardo rispetto agli altri ordinamenti delle democrazie occidentali. Così F. MERUSI, M. PASSARO, *Le Autorità indipendenti*, Mulino, Bologna 2003, 9.

² Sulla integrazione dei contratti di impresa: V. RICCIUTO, *L'integrazione dei contratti di impresa. Dilatazione o estinzione della fattispecie?*, *Riv. Dir. Impr.*, 2017, 2, 313; G. FAUCEGLIA, *L'integrazione dei contratti di impresa: profili generali ed introduttivi*, in *Giur. Comm.*, 2017,1, 55 ss.

³ Sui contratti delle imprese commerciali restano fondamentali i contributi di A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova 1962; ID., «*Contratti d'impresa*», in *Enc. giur.*, IX, Treccani, Roma, 1988. Sui contratti d'impresa in generale, cfr. C. ANGELICI, *La contrattazione d'impresa*, in AA.VV., *L'impresa*, a cura di Libonati-Ferro Luzzi, Giuffrè, Milano, 1985, 183 ss.; F. GALGANO, *I contratti d'impresa. I titoli di credito. Il fallimento*, Zanichelli, Bologna, 1980; B. INZITARI, *L'impresa nei rapporti contrattuali*, in Tratt. Galgano, Cedam, Padova, 1978, 309; G. OPPO, *Note sulla contrattazione d'impresa*, *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I, 629 SS.; G.C.M. RIVOLTA, *Gli atti d'impresa*, *Riv. Dir. civ.*, Cedam, 1994, I, 107; nonché i lavori raccolti in AA.VV., *Il diritto europeo dei contratti d'impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato* (Convegno di studio, Siena, 22-24 settembre 2004), a cura di Sirena, Giuffrè, Milano, 2006. Cfr., inoltre e in particolare, la approfondita riflessione di V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I, 1; ID., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, Giuffrè, Milano, 2000; ID., *Presentazione del Trattato*, in Tratt. Buonocore, Torino, 2001; quale consuntivo di questa elaborazione, ID., *Le nuove frontiere del diritto commerciale*, Esi, Napoli, 2006. Nell'ultima letteratura, va segnalato il saggio di P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, *Riv. Dir. Comm.*, 2006, II, 415 ss.; A. GENTILI, *Senso e Consenso*, vol. II, Giappichelli, Torino 2015, 628 e ss.

⁴ G. ALPA, *Le stagioni del contratto*, Mulino, Bologna 2012, 160.

⁵ Sull'autonomia contrattuale d'impresa si veda G. ALPA, *Le autonomie contrattuali tra mercato e persona*, in *La vocazione del giurista*, V. Roppo e G. Alpa (a cura di), Laterza, Bari 2013, 204 e ss.

⁶ Sul concetto di contratto come operazione economica si veda E. GABRIELLI, “*Operazione economica*” e *teoria del contratto*. *Studi*, Giuffrè, Milano 2013, 159 e ss.

⁷ Scrive Oppo che “è il contratto che deve comporre domanda e offerta moralizzando il mercato”, (G. OPPO, *Contratto e mercato*, in *Vario diritto. Scritti giuridici*, VII, Cedam, Padova, 2005, 193).

⁸ N. IRTI, *La concorrenza come statuto normativo*, in Lipari - Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Bari, 2000, *passim*. Sussiste un rapporto circolare tra il contratto, l'iniziativa economica e la concorrenza. L'autonomia contrattuale genera l'iniziativa economica e, quale potere di dettare le regole per se medesimo, non può esprimersi senza la possibilità di una scelta che consenta alla domanda e all'offerta di chiudersi in un accordo. Così A. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, Regolazione del mercato*, in *Diritto Civile*, N. Lipari e P. Rescigno (diretto da) vol. III, *Obbligazioni*, t. 2, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano 2009 p. 55.

3. L'impresa – in quanto attività- è costituita da contratti, di conseguenza il mercato è costituito da contratti. L'imprenditore scambia (contratta) nel mercato ripetutamente, è – pertanto- inevitabile la semplificazione di tale operazione economica attraverso i c.d. *contratti standard*⁹. Proprio in relazione a questi ultimi tipi di contratti si avverte, oltre che il superamento di una dimensione bilaterale del fenomeno contrattuale (che prescinde dalla partecipazione di entrambi i contraenti), anche l'intimo rapporto tra i contratti e il sistema mercato. La predisposizione unilaterale del contenuto contrattuale ad opera dell'imprenditore permette a quest'ultimo di dare preminenza ai propri interessi e, in quanto aventi contenuto standardizzato, permette una unitaria e conforme regolazione dei rapporti che l'impresa ha non solo con l'utenza (o i consumatori), ma anche con altri imprenditori. È chiaro, dunque, che la conclusione seriale di contratti aventi il medesimo contenuto, permettono all'impresa di regolare la propria posizione all'interno del mercato e conformarlo a proprio gradimento. Con evidenti pericoli che, in assenza di regole, determinati imprenditori abusino della propria posizione a danno di altri, i quali si troveranno costretti ad uscire dal mercato di riferimento.

4. Ancora, con i contratti standard si attuano gli abusi dell'imprenditore (contraente forte) a danno dell'aderente (parte debole). Il pericolo di disegualianza tra i contraenti e l'esercizio di una libertà contrattuale impari non giova ad uno stato concorrenziale. Difatti, se da un lato, la concorrenza si ottiene con un eguale esercizio della libertà contrattuale, che si esplica in un confronto (accordo) che consuma l'autonomia negoziale delle parti; dall'altro lato, i contratti di impresa si concludono per moduli o formulari, espressivi dell'attività di *routine*¹⁰. Quest'ultima pratica di conclusione dei contratti ha comportato un progressivo allontanamento dagli schemi tradizionali dell'istituto del contratto che, attualmente si presenta «spogliato di molti dei suoi connotati di volontarietà e visto essenzialmente nella sua funzione oggettiva, nello scambio contrattuale, sindacabile alla stregua dei criteri di buona fede nella formazione, nell'interpretazione e nella esecuzione del contratto»¹¹. Sicché, mentre il liberalismo ottocentesco intendeva il contratto come incontro di volontà di soggetti liberi ed autonomi che, senza alcun vincolo di sorta, regolano un dato rapporto, l'età contemporanea, caratterizzata da mercati sempre più strutturati e sviluppati, consegna un contratto “seriale”, offerto alla massa dei consumatori, che permette all'impresa il compimento di operazioni sempre più simili tra loro. Tali tipi di contratto, hanno posto in profonda “crisi” il ruolo dell'autonomia negoziale dei privati. In particolare, tali contratti della vita commerciale ha indotto a convincersi che, lungi dall'essere espressione dell'esercizio di autonomia negoziale, essi fossero *scambi senza accordo*¹². Ebbene, al fine di recuperare la natura di atto di autonomia delle contrattazioni commerciali, si è considerato che l'autonomia si riduce ad un potere di scelta sull'*an* del contratto. A ben vedere, nella sua maggiore espansione l'autonomia negoziale comprende sia la libertà di concludere il contratto che quella di determinare il contenuto; ma, per autorevole dottrina, potrebbe continuarsi a parlare di autonomia dei privati anche nel caso in cui la libertà di decidere del contenuto contrattuale sia limitata. Ancora, non potrebbe concludersi nello stesso senso qualora a mancare dovesse essere la libertà di decidere del *se del contratto*¹³. Ma, nell'esercizio della libertà di scegliere il “se” del

⁹ Sono contratti in cui una delle parti non esercita pienamente la libertà negoziale, ma si presta esclusivamente ad aderire al programma negoziale unilateralmente predisposto dal proponente. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei Contratti in generale artt. 1321-1352*, in *Commentario del Codice Civile*, Scialoja Branca (a cura di), *sub art. 1341*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1970, 242 ss.

¹⁰ Su questa complessa realtà fenomenologica è sempre attuale G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Mulino, Bologna 1988, 278 e ss. Tale pratica ha inaugurato l'era della *commercializzazione* del diritto privato, caratterizzata dal bisogno di assicurare l'uniformità di contenuto di tutti i rapporti di identica natura, la difficoltà che si oppone alle trattative coi clienti inducono l'imprenditore a prestabilire moduli il cui testo non può essere discusso dal cliente, se il cliente non voglia rinunciare all'affare (così Relazione Illustrativa al codice civile § 612).

¹¹ Così F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, 926.

¹² Così N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss.

¹³ G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Id.*, *Le anamorfosi del diritto civile attuale*, Cedam, Padova, 1994, p. 281. Ancora, «i contratti di massa subiscono, per effetto della configurazione delle forze economiche della transazione, il massimo di compressione, ma essi conservano la possibilità di essere ‘scelti’. Essi non smettono di essere contratti» così V. RICCIUTO, *Regolazione del mercato e funzionalizzazione del contratto*, in *Diritto dell'economia*, Picozza, Ricciuto (a cura di), Giappichelli, Torino 2017, 282.

contratto, sussiste serio pericolo che l'aderente possa vincolarsi a condizioni contrattuali particolarmente onerose in cui si perpetra l'abuso di autonomia negoziale da parte del predisponente¹⁴.

5. Il codice civile, pur essendo il primo in Europa a disciplinare il contratto con condizioni unilateralmente predisposte agli artt. 1341, 1342 e 1370 cod. civ., non risulta essere particolarmente efficace in relazione alla tutela apprestata all'aderente (ex art. 1341, I e II co.)¹⁵, la quale si presenta solo "formale", tale da non consentire al giudice di effettuare una valutazione sostanziale del rapporto negoziale, per cui rileva la debolezza del codice ad apprestare una tutela "sostanziale" all'aderente. Ancora, tale fenomeno di massificazione e spersonalizzazione del contratto ha indotto il legislatore a trovare strumenti di tutela dell'autonomia privata non nel negozio giuridico (del quale è stato dato giusto necrologio¹⁶), quanto nella disciplina del mercato¹⁷. Il contratto, dunque, rappresenta un "elemento ontologico del mercato e, al tempo stesso, concorre alla sua regolamentazione"¹⁸. A fronte di tale incapacità del codice civile di apprestare una tutela sostanziale all'aderente e della difficoltà di trovare una tutela dell'autonomia contrattuale nel contratto; si rileva, appunto, necessaria la regolazione autoritativa, che assume una rilevante importanza nell'ottica di una sostanziale tutela dell'aderente, che agisce quale operatore economico nei mercati sensibili. Si avverte così, che il contratto d'impresa si inserisce non solo nell'attività di impresa ma nel mercato ed è proprio nel mercato che le imprese e la loro "iniziativa" entrano in contatto con interessi della collettività e con l'utilità sociale. L'interesse dell'impresa deve relazionarsi al mercato, e in questo frangente deve rispettare gli equilibri normativi. Però, il mercato, da un lato, aggiunge potenza alle imprese di produzione e di distribuzione, dall'altro lato, sottrae potenza ai singoli fruitori (siano essi utenti, investitori, consumatori ecc.) e la via per riequilibrare il confronto tra imprese e fruitori deve essere ricercata al di fuori dell'economia. Questa via è tracciata dall'etica che si fa diritto¹⁹. In questo contesto si coglie l'intima funzione dell'*ordine giuridico del mercato*²⁰ che si struttura in una politica *antitrust* dove il mercato è luogo di interessi – anche se contrastanti- interagenti e le condotte anticoncorrenziali sono repressi e sanzionate per tutelare una duplice esigenza: il gioco della concorrenza e gli interessi degli utenti o consumatori²¹.

7. L'agire prepotente dell'impresa all'interno del mercato al fine di ottenere maggiore dominio, ha posto – dunque- l'attenzione sugli interessi contrapposti e minacciati. Questi ultimi garantiti e tutelati dall'e-

¹⁴ In tale prospettiva, l'abuso di autonomia negoziale è strettamente connesso al fenomeno della vessatorietà delle clausole. G. D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, VI, 625 ss.

¹⁵ Più specificamente, l'art. 1341 c.c., disciplinante le condizioni generali di contratto e le clausole vessatorie, è stato considerato inadeguato a disciplinare rapporti negoziali iniqui caratterizzati da una fisiologica disparità di posizioni contrattuali. A ben vedere, ai sensi dell'art. 1341, comma 2, c.c., è sufficiente una doppia sottoscrizione dell'aderente per attribuire incontrovertibilità e piena efficacia alla clausola vessatoria.

¹⁶ G. GILMORE, *The Death of Contract*, Columbus, 1974, trad. It. Giuffrè, Milano, 1988.

¹⁷ Così N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 347 ss., in particolare 359. Nel tempo si è assistito al declino della concezione ottocentesca del negozio giuridico, si è assistito alla progressiva erosione della teoria volontaristica. Ebbene se in precedenza al centro dell'autonomia negoziale vi era il soggetto in rapporto con gli altri, ora è presente il consumatore in rapporto coi beni.

¹⁸ L'insegnamento circa il nesso sussistente tra contratto e mercato ci è dato da P. PERLINGIERI in *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Liber amicorum per Angelo Luminoso: Contratto e Mercato*, II, Giuffrè, Milano, 2013, 275 ss., Id., *La contrattazione tra imprese*, in *Riv. dir. impr.*, 2006, 326 ss. Ancora, si veda anche G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Le anamorfosi del diritto civile attuale: saggi*, Cedam, Padova, 1994, 284 ss.

¹⁹ Così A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Giuffrè, Milano 2008, VI ed., 8 e ss. come scrive, d'altronde Pietro Perlingieri: «la sfrenata libertà del mercato si traduce in lotta e conflitto, rischiando di affogare nell'acqua gelida del calcolo egoistico i santi fremiti dell'esaltazione religiosa ed etica, di relegare la dignità personale a semplice valore di scambio esponendo i soggetti deboli, sopraffatti o sfruttati, alla marginalità. In tal modo il mercato si configura come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali che condice gli uomini ad una mercantilizzazione ed al conflitto continuo che non può trovare una riduzione o una mediazione nella politica senza restringere le libertà economiche», si spera di aver fatto sintesi del pensiero dell'autorevole giurista, per un approfondimento si veda P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Diritto dei contratti tra persona e mercato*, P. Perlingieri, Esi, Napoli 2003, 240 e ss.

²⁰ Locuzione di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998 *passim*.

²¹ Che la concorrenza sia una forma di competizione, relativa non solo agli imprenditori ma tutti gli operatori del mercato, idonea a recare beneficio agli "acquirenti finali", è intuizione di Cesare Vivante. Vd. C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Vallardi, Milano 1929, 64. Sempre attuale resta T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e interesse del consumatore*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1954, 673 e ss.

tica che ispira il diritto positivo. Sono dunque maggiormente meritevoli di tutela i diritti degli altri contraenti (considerati “deboli”) – siano essi imprese o utenti- che vengono garantiti, sostanzialmente, da regole della concorrenza. Ed è proprio in questo contesto che si avverte una particolare fluidità tra contratto e mercato, il contratto di impresa non è più quello oggettivamente o soggettivamente tale, il contratto di impresa ha perso la sua valenza dommatica nel momento in cui è stato considerato nel suo operare all’interno del mercato, «contratto e mercato interferiscono e si influenzano a vicenda. È difficile stabilire, sul piano logico, giuridico ed economico, una priorità o una prevalenza. Il mercato – lungi dal sostituire il contratto- è fatto di contratti, i contratti nascono dal e nel mercato. Non si possono disciplinare gli uni indipendentemente dall’altro e viceversa; gli interessi che presiedono ai primi dagli interessi che fondano l’ordine del mercato»²².

8. Il mercato non è solo luogo di scambi ma anche luogo di produzione e lavoro che non può essere insensibile all’esigenza di socialità e solidarietà sia nei rapporti tra imprese, sia nei rapporti imprese-utenti. In quest’ottica, il mercato non è *locus naturalis*, ma *locus artificialis*. Non è spontaneo affermarsi del movimento economico, ma statuto normativo posto al centro di progetti pubblici e politici di enorme ambizione, come testimoniato anche dall’avvento delle Autorità indipendenti che - nel regolare il mercato - *conformano* gli atti dello stesso (i contratti), ma non solo. Non è solo il contratto ad essere costantemente funzionalizzato ad un ulteriore interesse, diverso da quello dell’impresa, ma è l’attività dell’imprenditore - caratterizzata da qualsiasi atto giuridico o materiale - ad essere costantemente *omologata* ai precetti autoritativi. Difatti, anche nella fase antecedente della conclusione del contratto, i singoli imprenditori debbono tenere condotte trasparenti e corrette nella prestazione dei servizi offerti; si veda, a proposito, il Regolamento Consob del 15 febbraio 2018 n. 20307 (meglio conosciuto come “*Regolamento Intermediari*”). Rileva, dunque, la finalità di queste Autorità: quella di creare le condizioni di concorrenza in settori sensibili della nostra economia (bancario, finanziario, assicurativo, energetico ecc.), in cui sussiste pur sempre un timore sui pericoli dovuti all’abuso contrattuale e le insidie perpetrate a danno degli utenti da parte di imprese che, seppure prestino beni ed erogino servizi di pubblica utilità, siano state oggetto di privatizzazione. Ciò ha determinato, nel panorama economico-giuridico, l’avvento dello Stato regolatore. L’attività dello Stato, di prevenzione dei fallimenti del mercato e garanzia della concorrenza, è funzionale alla massimizzazione del benessere economico collettivo e alla realizzazione di uno stato di eguaglianza sociale²³. Difatti, la regolamentazione delle Autorità indipendenti si poggia sul presupposto che solo uno stato di equilibrio tra i contraenti e un eguale esercizio della libertà contrattuale possa creare uno stato di concorrenza all’interno del mercato. In pratica, lo Stato regolatore (che non è più solo il legislatore, ma anche le autorità indipendenti) è chiamato a regolare determinati mercati affinché si conservi o si raggiunga una situazione di concorrenza.

9. Ma la concorrenza, come si è detto, è parità dei contraenti nell’esercizio della libertà contrattuale. Sicché, sovente, la regolazione autoritativa è volta a smentire il principio di parità (eguaglianza) formale degli operatori, al fine di attuare un altro tipo di eguaglianza: l’eguaglianza sostanziale. La eguaglianza sostanziale viene attuata, in questi casi di pericolo di abuso dell’impresa, attraverso la disparità giuridica, cioè attribuendo posizioni giuridiche privilegiate a soggetti che sostanzialmente sono più deboli²⁴. Si rammenta così quella dottrina comparatistica²⁵ che avvertiva nella libertà contrattuale un’*utopia*, un modello immaginario in quanto essa ha per base l’eguaglianza economico-sociale tra le parti; il che potrebbe avvenire solo nei rapporti tra grandi imprese che si *fronteggiano ad armi pari*. E, in questo senso, l’originario disequilibrio delle posizioni tra i contraenti, non può che essere appianato dalle regole della concorrenza²⁶. In questo contesto e con la innovata consapevolezza del *modo* con cui

²² G. OPPO, *Categorie contrattuali e statuti del rapporto obbligatorio*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 46 e ss.

²³ L’attività dello Stato regolatore (il cui avvento si inserisce nel contesto di una particolare partecipazione al mercato unico europeo e delle esigenze di tutela della concorrenza e del mercato) è caratterizzata da una delicatissima funzione: selezionare, tra le possibili scelte imprenditoriali, quelle capaci di garantire un equilibrio di mercato ed una efficienza produttiva.

²⁴ P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Jovene, Napoli, 1973, 240.

²⁵ K. ZWIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione del diritto comparato*, Giuffrè, Milano 1998, *passim*.

²⁶ Così C. W. CANARIS, *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, trad. it. a cura di G. De Cristofaro, Cedam, Padova 2003, *passim*.

garantire la concorrenza nei mercati, si inserisce il diritto speciale (anche i provvedimenti delle *Authorities*) funzionale a ritagliare un contratto modellato sulla posizione sociale delle parti o sull'appartenenza dei soggetti interessati ad una determinata classe economico sociale che rende percepibile una politica legislativa di ritorno allo *status*.

10. In questi termini, si avverte che solo ed esclusivamente l'autonomia contrattuale dell'impresa privatizzata è soggetta a regolamentazione dell'Autorità indipendente. È in questo contesto - di prassi contrattuale eccessivamente standardizzata e particolarmente insidiosa per l'utente, nonché per la rilevante importanza del bene o servizio offerto dalle imprese regolate - che si apprezza l'opera delle Autorità indipendenti. Pur essendo la funzione di tali Autorità quella di dettare regole ordinatrici volte a prevenire, nonché reprimere, comportamenti inefficienti degli operatori economici, tali regole alimentano - di riflesso- quella vocazione efficientistica del contratto di distribuire equamente la ricchezza e i rischi di mercato e solo in questo contesto il contratto, in quanto scambio, è perfetto. Sicché, in questi termini, la regolazione mira a correggere il funzionamento del mercato, il che non è possibile farlo ignorando il contraente "debole" che riceverà -pur sempre- una indiretta tutela dalla regolazione autoritativa dei mercati. Ai fini della concorrenza, infatti, è inevitabile non apprestare la tutela ad una classe di contraenti, perché - si ricorda- che solo l'eguale esplicazione della libertà contrattuale degli operatori economici può garantire uno stato di concorrenza ²⁷.

11. La regolazione dei mercati se, da un lato, è volta a soddisfare esigenze di ordine pubblico di direzione, dall'altro, soddisfa anche esigenze di ordine pubblico economico di protezione²⁸. In particolare, se è vero che le Autorità indipendenti - attraverso la regolazione dei mercati - rispondono ad esigenze non nuove di garanzia dei diritti e dei soggetti economicamente più deboli (utenti e consumatori)²⁹, è altrettanto vero che ha assunto primaria importanza la concorrenza dei mercati. L'intervento indiretto dello Stato volto a prevenire i fallimenti del mercato e a garantire la concorrenza, è funzionale alla massimizzazione del benessere economico collettivo e alla realizzazione di uno stato di eguaglianza sociale³⁰. Solo la parità degli operatori economici (garantita dal buon funzionamento del mercato in regime di perfetta concorrenza e dalla parità di forza contrattuale tra imprese e consumatori) può attribuire al contratto quella vocazione efficientistica in grado di distribuire equamente la ricchezza e i rischi di mercato. Solo in questo contesto il contratto è perfetto e completo. In questi termini si pongono i due obiettivi delle Autorità indipendenti: *giustizia* e *efficienza* dei rapporti economici (nel nostro caso contrattuali). Dove l'efficienza economica è risultato della giustizia contrattuale. Un rapporto ingiusto è sostanzialmente inefficiente, mentre un rapporto giusto dà affidamento sulla regola da applicare e agevola le contrattazioni. Qui occorre però una precisazione. Un conto è la giustizia all'interno del rapporto,

²⁷ In quest'ottica, nonché in relazione al difficile esplicarsi dell'autonomia privata della persona all'interno del mercato, assume importante funzione la regolazione autoritativa, chiamata - nel contesto delle operazioni economiche- a collocare equamente il rischio contrattuale con finalità di salvaguardare gli interessi dei soggetti e preservare il mercato.

²⁸ È da notare che nell'ordinamento francese, là dove si è coniata l'espressione di ordine pubblico di protezione, cui si riconducono discipline dirette a tutelare interessi di rango individuale mentre l'interesse generale è perseguito dalle discipline di ordine pubblico di direzione, la contrarietà all'ordine pubblico di protezione è sanzionata con la *nullité relative*, a grandi linee corrispondente alla nostra annullabilità. Per lo studio della materia avevo fatto principale riferimento a M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité: étude historique et comparée des nullités contractuelles*, Paris, 2002, 248 ss. Ci si può interrogare se la distinzione tra *ordre public de direction* la cui violazione porta alla *nullité absolue* e *ordre public de protection* la cui violazione procura una *nullité relative* sia messa in crisi dalle pronunce della Corte di Giustizia (Corte di Giustizia UE 4 ottobre 2007) che assegnano il visto ruolo di assoluto ed indispensabile rilievo alla posizione del giudice che deve intervenire d'ufficio a tutelare la posizione del consumatore e quindi sottolineano l'interesse anche generale della disciplina, accanto a quello di protezione del consumatore.

²⁹ Cfr. G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 50. Lo stato regolatore, nel selezionare - tra le possibili scelte imprenditoriali- quelle capaci di garantire un equilibrio del mercato ed una efficienza produttiva, ha inaugurato una nuova *stagione del contratto* d'impresa, stimolata non solo da esigenze socio-giuridiche (come la concorrenza e la tutela dei soggetti più deboli), ma anche dal successo di una particolare teoria economica, c.d. *teoria dei costi di transazione*, di Ronald Harry Coase.

³⁰ L'attività dello Stato regolatore (il cui avvento si inserisce nel contesto di una particolare partecipazione al mercato unico europeo e delle esigenze di tutela della concorrenza e del mercato) è caratterizzata da una delicatissima funzione: selezionare, tra le possibili scelte imprenditoriali, quelle capaci di garantire un equilibrio di mercato ed una efficienza produttiva.

riguardante l'equilibrio giuridico-normativo del rapporto contrattuale. Altro, invece, è la giustizia del contratto intesa dal punto di vista della comunità, la quale intende il contratto non come un affare privato concluso tra persone che decidono indifferentemente rispetto ai valori sociali, ma come un'operazione che deve tutelare le categorie deboli: vengono in emersione i diritti fondamentali e gli scopi sociali. Non dunque soltanto la concorrenza, ma anche la tutela della persona, della salute, dell'ambiente e così via³¹. Questa giustizia è la *giustizia sociale* che risponde ad una politica del diritto non individualistica ed egoistica, ma per l'appunto collettiva e comunitaria³². In questi termini rileva, appunto, la *funzionalizzazione sociale* dell'autonomia privata e dell'attività economica privata. Si assiste, soprattutto nel mercato regolato, ad una funzionalizzazione del contratto e questa è la prospettiva che "sembra da assumere se si vuole ancora dare un senso all'autonomia privata in presenza di fenomeni come quello dell'intervento dello Stato negli affari economici"³³.

12. In conclusione, si è visto come i contratti amministrati seguono una disciplina del tutto diversa da quella generale, prevista dal codice civile. Le due diverse discipline allarmano su una crescente crisi del codice civile che sembra essere emarginato a fronte dell'erompere di una disciplina di ispirazione europea. Si distingue così, *prima facie*, una disciplina di ordinamento mercantile, dove ruolo principale è assunto dal contratto i cui valori sono efficienza, eguaglianza sostanziale, giustizia contrattuale e giustizia del contratto, che rende sempre più anacronistico il concetto di contratto quale negozio giuridico, relegato ad un semplice rapporto giuridico, avulso dalla sua portata economica. Si ribadisce: il contratto è la principale manifestazione dell'autonomia privata. Si è di fronte ad un ordinamento fondato sul mercato³⁴. E la concorrenza svolge il ruolo di proteggere l'uguale libertà di iniziativa economica di ciascuno e (al contempo) giova alla prosperità collettiva. Al fine di creare un mercato in cui vi sia libera concorrenza, inevitabilmente, l'autonomia negoziale soffrirà di alcune limitazioni volte a garantire eguaglianza tra le diverse libertà contrattuali esercitate. La necessaria limitazione della libertà contrattuale in nome di una eguaglianza tra le individuali libertà economiche e di una, più generale, giustizia sociale risulta posta a fondamento di principi di ordine pubblico economico non solo di protezione ma anche di direzione. In questo contesto, le norme statali dirigono (con forza imperativa) gli esiti e le dinamiche del mercato nonché sanzionano le distorsioni dei rapporti concorrenziali. Le norme dettate dallo Stato- regolatore presuppongono norme superiori che le fondano, unite tutte dal limite dell'utilità sociale determinata dal patto sociale (*Grundnorm*) che si pone al vertice di una gerarchia di valori dell'ordinamento giuridico³⁵.

II. L' avvento delle Autorità Indipendenti e il fenomeno di regolazione nel sistema costituzionale

13. In ritardo rispetto agli altri ordinamenti, si è assistito ad una proliferazione di alcuni enti comunemente chiamati "autorità amministrative indipendenti", il loro avvento è legato ad una rinuncia

³¹ Così G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie e metodi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu, Messineo, Milano 2014, p. 417

³² Così G. ALPA, *Il contratto in generale. Fonti, teorie e metodi*, Giuffrè, Milano 2014, p. 417- 418. Per cui, stando alla tesi degli Illuministi e dei codici ottocenteschi, non è la giustizia sociale a richiedere la buona fede nelle contrattazioni. Il generico dovere di buona fede assolve ad un compito all'interno del contratto, e obbedisce alle dinamiche della singola operazione economica. L'ordine pubblico, il buon costume, riflettono – invece- una giustizia collettiva, così come le norme imperative che il legislatore pone per arginare la libertà delle parti che vorrebbe espandersi al di là dei valori tutelati dalla collettività.

³³ Così F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1970, 189.

³⁴ A. DI MAJO, *L'accordo*, in *Lezioni sul contratto*, raccolte da Orestano, Giappichelli, Torino, 2009, 1

³⁵ Secondo autorevole dottrina, il mercato è un luogo, anche solo figurativamente inteso, in cui si realizzano scambi organizzati: è dunque un *locus artificialis* che non potrebbe esistere senza un nucleo di regole che in qualche modo lo conformino. Il mercato sarebbe *locus artificialis* e non *naturalis* perché «fatto con l'arte del legiferare». Prevarrebbe dunque l'aspetto giuridico della regolamentazione su quello socioeconomico dell'aggregazione spontanea e della necessità di commerciare. Sembra tuttavia che sia più rispondente alla realtà ritenere che entrambi gli aspetti possano e debbano convivere. Così N. IRTI, *Concetto giuridico di mercato e dovere di solidarietà*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 185, il mercato è il luogo degli scambi in cui ogni parte dà in quanto e perché riceve.

dello Stato ad un intervento dirigista all'interno del mercato³⁶ e ad una difficoltà da parte dello stesso a risolvere in modo puntuale e corretto particolari conflitti che si presentavano all'interno di settori sensibili dell'economia, la cui risoluzione e prevenzione richiedeva non solo una particolare competenza tecnico-specialistica, ma anche una posizione di neutralità e di terzietà rispetto agli interessi in gioco e al potere politico³⁷. I poteri attribuiti a tali enti devono essere ricondotti ad una più generale funzione di garanzia e promozione della concorrenza e della libertà di iniziativa economica al fine di rendere efficiente e razionalizzare il mercato. Il carattere comune di tali autorità di settore si rintraccia nell'indipendenza delle stesse, da intendersi come totale insensibilità ed estraneità al circuito politico-amministrativo³⁸. Lo spiccato carattere di autonomia ed indipendenza di tali autorità costituisce la legittimità delle stesse a svolgere particolari funzioni «giustiziali», funzioni consultive e di collaborazione con organi rappresentativi, funzioni di vigilanza e garanzia, nonché funzioni di regolamentazione in determinati settori del mercato.

14. Di particolare interesse appare la funzione di regolamentazione dei *domain sensibles* del mercato, in base alla quale è possibile delineare una distinzione tra Autorità di garanzia destinate alla repressione degli illeciti concorrenziali e le Autorità di regolazione del settore economico e merceologico. Le prime operano al solo fine di reprimere le pratiche distorsive della concorrenza, mentre le seconde (Autorità di settore) disciplinano le condotte dei soggetti del mercato attribuite allo loro competenza. È autorità destinata alla mera prevenzione, repressione di illeciti concorrenziale, ad esempio, l'Autorità Garante del Mercato (AGCM istituita con Legge n. 287 del 1990) alla quale sono affidati poteri di natura tecnico-discrezionale. Sono generalmente Autorità di regolazione la Consob, l'Ivass, l'Autorità per le Garanzie delle Comunicazioni e l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico³⁹. È discussa la natura di Autorità di regolazione della Banca d'Italia. L'attribuzione di una potestà regolamentare a tali Autorità di settore rientra nel più diffuso fenomeno di *deregulation*. Le Autorità di regolazione pongono le norme contenenti precetti volti a dar assetto agli interessi dei soggetti regolati, attraverso il regolamento amministrativo⁴⁰. Ma, differentemente dai regolamenti delle Autorità, i tradizionali regolamenti

³⁶ In quegli anni si è registrata una forte ed inarrestabile ondata di privatizzazione delle imprese e di liberalizzazione dei mercati, esso ha rappresentato il principale terreno di elezione dell'intervento pubblico nell'economia alla regolazione del mercato, e vede ora concretizzato nelle funzioni delle Autorità indipendenti il perseguimento del fine ultimo di instaurazione della concorrenza, di eliminazione delle storture e degli abusi connaturati ai regimi di monopolio, nonché di riequilibrio delle asimmetrie che caratterizzano le posizioni dei contraenti. Sul virtuoso nesso tra privatizzazione e liberalizzazione si veda N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 1998, p. 155. Mentre in tema di liberalizzazioni e regolazione, con prospettive diverse, anche comparatistiche, G. TESAURO, M. D'ALBERTI, *Regolazione e concorrenza*, Mulino, Bologna 2005.

³⁷ Sulle ragioni politiche dell'avvento di tali enti si veda F. MERUSI, *Introduzione*, in *Le Autorità indipendenti. Un potere senza partito*, F. Merusi e M. Passaro, Mulino, Bologna 2003, 7 e ss. Sulle ragioni di economia, R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Giappichelli, Torino 2012, 6 e ss.; C. FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1988, 551.

³⁸ Alla luce della totale indipendenza dal circuito politico-amministrativo e delle eterogenee funzioni a loro affidate; nonostante le varie incertezze circa la collocabilità delle stesse all'interno del tradizionale sistema amministrativo, occorre evidenziare che tali enti - pur essendo totalmente innovativi e sconosciuti alla Carta Costituzionale del 1948, in quanto non assoggettati al potere di direzione e di responsabilità del Governo sull'azione amministrativa di cui all'art. 95 Cost.- sembrano essere riconosciuti e previsti alla luce del combinato disposto agli artt. 97 e 98 Cost. che delineano degli apparati autonomi di amministrazione estranei al circuito politico e regolati dalla legge. L'introduzione di tali enti neutrali [così definiti da A. SANDULLI, *Funzioni pubbliche neutrali e giurisdizione*, in *Studi in onore di A. Segni*, Giuffrè, Milano 1967, 241] è giustificata dall'esigenza «di sottrarre all'influenza del potere esecutivo la regolamentazione di specifici settori, per affidarla ad enti caratterizzati dall'imparzialità rispetto ai contendenti e ai diversi interessi dei quali quest'ultimi siano portatori. E proprio per consentire alle autorità amministrative indipendenti di poter svolgere efficacemente il ruolo *super partes* loro assegnato, le stesse non devono trovarsi collocate in un rapporto di tipo gerarchico nei confronti dell'esecutivo e, più in generale, del potere politico. Ed infatti la stessa espressione "amministrazione indipendente" ha trovato rapida diffusione ed è utilizzata soprattutto per indicare la non dipendenza da direttive politiche delle amministrazioni indipendenti, l'alto tasso di imparzialità che caratterizza tali organi e la neutralizzazione o neutralità tecnica e politica della funzione da essi svolta» così R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione*, Giappichelli, Torino 2012, 18.

³⁹ Sull'argomento si veda D. FERRARA, *Il potere regolamentare delle Autorità indipendenti*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 21-27; D. CROCCO, *Le autorità amministrative indipendenti di regolazione e vigilanza dei mercati*, Jovene, Napoli 2012, 82 e ss.

⁴⁰ Occorre, a tal proposito, effettuare una - seppur breve- distinzione tra atti amministrativi ed atti normativi. Gli atti della Autorità rispondono a requisiti di generalità ed astrattezza, in virtù dei quali essi sono destinati a regolare in astratto, per il futuro, una serie indefinita di fattispecie [così A. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, II, Cedam, Padova 1957, p. 454]. Diversamente dagli atti amministrativi che, pur

della Pubblica Amministrazione sono, invece, diretti a regolare i rapporti amministrativi, ossia i rapporti tra amministrazione ed amministrato. A ben vedere, sono le stesse leggi istitutive delle singole autorità indipendenti ad attribuire a queste ultime il potere di disciplinare il settore devoluto alla loro competenza. La potestà regolamentare delle Autorità di settore non è del tutto libera, ma risulta vincolata all'attuazione dei principi dettati dalle leggi istitutive di queste. Dunque, è la legge che individua gli obiettivi, assegnando il compito di perseguirli. Mentre in passato la regolazione dei particolari settori erano oggetto di disciplina legislativa, ora il legislatore affida il potere regolamentare alle Autorità di settore mediante il trasferimento di funzioni normative, dando vita al fenomeno della deregolamentazione⁴¹.

15. La potestà regolamentare affidata alle Autorità dalla legge non è volta alla gestione di un interesse pubblico perché resta indifferente a quest'ultimo, bensì risulta essere rivolta al miglior contenimento di interessi (pubblici e privati) che risultano coinvolti nel settore. A tal proposito, occorre rilevare che l'interesse pubblico tutelato dalle Autorità Indipendenti, assume una forma e posizione del tutto nuova che si discosta da quella dell'essere superiore rispetto agli interessi privati, sviluppandosi una nuova conformazione di interesse pubblico inteso come «sintesi ed attuazione equilibrata dei valori delle persone consociate», ossia come interesse da soddisfare « affinché altri interessi individuali siano a loro volta soddisfatti »⁴², l'azione delle Autorità è volta a controbilanciare, dunque, interessi diversi e tra loro confliggenti. La regolazione autoritativa muove dalla considerazione di un coacervo di interessi diversi e (persino) confliggenti tra loro, fra i quali tende a garantire un concreto bilanciamento. In questi termini, nello specifico, si individua la funzione regolativa dell'Autorità dell'Energia Elettrica e del Gas che risulta essere funzionale alla promozione della libera concorrenza nel mercato, della qualità, dell'efficienza, dell'economicità, della redditività e della omogenea diffusione dei servizi e, contestualmente, alla tutela degli interessi degli utenti e dei consumatori (cfr. art. 1, co. 1, L. 14 novembre 1995 n. 481)⁴³. Gli interventi regolatori sono funzionali alla correzione di relazioni commerciali nei settori sensibili della nostra economia: non si tratta solo di debolezza contrattuale che colpisce gli utenti-consumatori, ma anche di difficoltà di ingresso e “sopravvivenza” in settori precedentemente monopolistici, ciò richiede sostan-

potendo rivolgersi ad una pluralità di destinatari (peraltro esattamente determinati in base al contenuto dell'atto), esauriscono i propri effetti una volta portati ad esecuzione, le deliberazioni esaminate risultano potenzialmente applicabili ad una pluralità di destinatari e, come tali, sono destinate a trovare ripetuta applicazione. Cfr. anche: F. POLITI, *Regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Enc. Giur.*, Treccani, Roma 2001, 4; A. BARBERA, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo* in A.A. V.V., Giuffrè, Milano, 1997, 88.

⁴¹ La deregolamentazione è fenomeno totalmente diverso dalla delegificazione. La delegificazione attiene ai regolamenti emanati dal governo in forza di una legge di autorizzazione disponente l'abrogazione della previgente normativa primaria e approvati con decreto del Presidente della Repubblica, una volta acquisito il parere del Consiglio di Stato. A ben vedere, nessuna legge istitutiva delle singole Autorità integra la fattispecie tipica della delegificazione (17 L.400/1988); in tali casi viene invece in rilevanza il fenomeno della deregolamentazione, perché lo Stato, rinunciando a disciplinare una materia con norme autoritative, consenta l'espansione – di converso – dell'autonomia privata. Pertanto, il trasferimento della potestà normativa effettuato dalla legge a vantaggio delle Autorità indipendenti non integra un trasferimento del potere legislativo (o, comunque, primario). Un simile effetto sarebbe possibile, infatti, solo in forza di un' apposita previsione costituzionale, posto che la materia delle fonti primarie, al contrario di quelle secondarie, è riservata al legislatore costituzionale. L'ammissibilità costituzionale di una delega del potere normativo primario è preclusa dall'art. 70 Cost. e da tutte le disposizioni, parimenti costituzionali, che prevedono la delega della potestà normativa primaria solo a favore del governo. La Costituzione, dunque, non solo individua l'unico soggetto abilitato a ricevere la delega di potere legislativo ma soprattutto contiene una «riserva di legislazione parlamentare per la determinazione non solo degli elementi esterni che, cioè limitano la competenza del legislatore delegato ma anche di principi e di criteri direttivi che riguardano il merito della disciplina delegata» così A. CERVATI, *Legge delega e delegata*, *Enc. Dir.*, vol. XXIII p. 393 e ss.

⁴² Così P. PERLINGIERI, *L'incidenza dell'interesse pubblico sulla negoziazione privata*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, pp. 933 e ss. Preziosa è la ricostruzione dell'A. che richiama l'insegnamento di Kelsen per cui «ogni norma giuridica serve sempre all'interesse collettivo e a quello individuale allo stesso tempo; perché l'interesse collettivo non è un interesse diverso dall'individuale» [H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925 p. 56], sicché occorre rielaborare il concetto di interesse pubblico, che non può considerarsi come antagonista dell'interesse privato.

⁴³ La competenza tecnica e l'imparzialità di tali Autorità permette l'esercizio di un potere funzionale alla promozione e tutela della concorrenza, qualità ed economicità dei servizi, nonché tutela di utenti e consumatori al fine di una migliore realizzazione di una sostanziale eguaglianza tra soggetti ed equilibrio dei rapporti. Cfr. M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza*, in De Tilla, Alpa, Patti (a cura di), *Diritto dell'Economia*, Giuffrè, Milano 2002, p. 878; per un'analisi sulla regolazione di settore, in particolare sotto il profilo della tutela del consumatore L. FLORE, *La tutela del consumatore nel contratto di fornitura di pubblico servizio*, in *Studium iuris*, 2001, p. 545 e ss.

zialmente l'imposizione di regole di mercato (anche attraverso l'eteroregolamentazione dei contratti) al fine di ricreare un sostanziale equilibrio dei rapporti e un regime concorrenziale dei mercati interessati⁴⁴.

16. Si è osservato che la crisi della statualità del diritto ha indotto al superamento dell'idea dello Stato come unica ed esclusiva fonte di atti aventi forza di legge sul territorio, ponendosi il sistema normativo vigente non più come prodotto esclusivo delle fonti formali di matrice statale, ma come risultato di una duplice fonte normativa che impegnava non solo quelle statali, ma anche quelle di fonte comunitaria o internazionale⁴⁵. Ancora, per quanto attiene ai regolamenti delle Autorità indipendenti si è giunti a parlare di fonti *extra ordinem*, riconoscendo alle stesse fonti autoritative una forza pari a quella della legge⁴⁶ e rinvenendo il relativo fondamento legittimante nel *principio di sussidiarietà* di cui all'art. 118 Cost. Il mutato sistema delle fonti del diritto e le innovative interpretazioni dell'assetto costituzionale, hanno indotto ad ascrivere gli atti di regolamentazione delle Autorità tra le fonti *extra ordinem*⁴⁷. Sicché i regolamenti (pur non previsti tra le fonti che generano il "diritto teorico"), di fatto risultano operanti, spiegando una forza pari a quella legislativa dello Stato⁴⁸.

17. Ascritti gli atti di regolamentazione dei mercati emessi dalle Autorità Indipendenti alla teoria delle fonti *extra ordinem*, si ritiene di individuare il fondamento della potestà normativa di tali Autorità nel principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost. (inserito nel panorama costituzionale a seguito della riforma del Titolo V attuata con L. Cost. n. 3/2001)⁴⁹. L'attuazione del principio di sussidiarietà permette

⁴⁴ Così L. Di BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 20-21.

⁴⁵ In dottrina si è cercato di risolvere la questione della compatibilità della potestà normativa delle A.A.I. attraverso il richiamo alla fonte comunitaria. La legittimazione delle Autorità sarebbe giustificata dal nuovo modello del mercato concorrenziale dell'U.E.: l'adesione all'Unione avrebbe comportato (attraverso lo strumento predisposto dall'art. 11 Cost.) l'affermazione di un modello di intervento dirigitico nell'economia affidato a tali Autorità. Sicché in nome dell'effettiva concorrenzialità si spiegherebbe l'istituzione di tali autorità a sovrintendere e regolare il mercato. F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Mulino, Bologna, pp. 29 e ss.; G. GITTI, P. SPADA, *La regolazione del mercato come strategia*, in Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Mulino, Bologna 2006, pp. 16-17; G. GITTI, *Autorità indipendenti contrattazione collettiva, singoli contratti*, in Id. (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit. p. 91.

⁴⁶ Alcuni autori giungono ad affermare che gli atti normativi delle autorità indipendenti possano essere inquadrati nell'ambito delle norme discendenti da fonti *extra ordinem* ed operanti con una forza pari a quella della legge, laddove non si porrebbe come un ostacolo né la circostanza che le fonti autoritative trovino previsione in una fonte legale (le leggi istitutive attributive della potestà normativa), né il fatto che le stesse producano un complesso sistema di regole sulla produzione giuridica. L. Di BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 95-96.

⁴⁷ Si delinea in tal modo la distinzione tra fonti legali e fonti *extra ordinem*, che talvolta si insinuano tra diritto teorico e diritto vivente, laddove le prime sono regolate e disciplinate da norme sulla produzione giuridica, mentre le seconde – non previste da disposizioni – rappresenterebbero un prodotto immediato del principio di effettività, il quale verrebbe a funzionare direttamente come una norma sulla produzione giuridica, A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 2001, 155 e ss.

⁴⁸ La possibilità di annoverare le fonti autoritative fra quelle *extra ordinem* non sembra preclusa né dalla circostanza che esse trovino previsione in una fonte legale – ossia nelle leggi istitutive – né tantomeno dal fatto che, a loro volta, producano un complesso sistema di regole. Dal primo punto di vista, attesa l'inesistenza di regole procedurali generalmente valide rispetto a questa categoria di fonti, non può escludersi che il relativo procedimento di formazione passi attraverso la mediazione di una fonte legale e, quanto al secondo profilo, egualmente, non può astrattamente escludersi l'eventualità che da una fonte *extra ordinem* venga prodotto addirittura tutto un complesso di norme sulla produzione giuridica tali da istituire o regolare una o più nuove fonti o anche un intero sistema di fonti. Così A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 2001, 543. La dottrina Costituzionalistica (Pizzorusso, *op. ult. cit.*, 154) che, distinguendo fra diritto teorico (coincidente con la fase di predisposizione delle regole volte a disciplinare le fattispecie ritenute degne dal legislatore) e diritto vivente (risultante dalla fase dell'applicazione delle regole alle fattispecie che concretamente si presentano), osserva una discrasia tra teoria e realtà: in teoria, dovrebbe esistere una piena corrispondenza tra i due momenti; nella realtà, sussistono delle difformità. La difformità tra diritto teorico e diritto vivente assume un particolare rilievo nei casi in cui (non avendo carattere occasionale e manifestandosi con una certa costanza su tutta una serie di casi rispetto ai quali si pone in dubbio il fondamento giuridico della norma) non riguarda la sola applicazione della regola, bensì la stessa fonte da cui trae origine nell'ambito del diritto teorico "che viene totalmente o parzialmente sostituita da un'altra fonte produttiva della regola o delle regole applicate nell'ambito del diritto vivente".

⁴⁹ L. Di Bona, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell'energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 106 e ss.

una scelta “qualitativa” tra diverse fonti legittimate –in via teorica- a regolare determinati settori: la preferenza cade sull’organo tecnico che risulta essere più idoneo a regolare determinati fenomeni. Sicché, la sussidiarietà costituisce lo strumento atto a scegliere l’organo deputato a regolare un dato settore, individuato in virtù di fattori determinanti: vicinanza agli interessi, conoscenza e particolare attenzione al settore, capacità di individuare agevolmente gli strumenti atti a garantire l’efficacia e l’efficienza del proprio intervento. La particolare applicazione del principio di sussidiarietà induce, quindi, ad una scelta qualitativa: l’attribuzione del potere di *market regulation* cade sul centro di potere, in particolare sull’ Autorità indipendente di settore, in base al riconoscimento delle qualità di tale organismo e non in base alla posizione che esso occupa nell’apparato statale⁵⁰. Quanto detto, vale a giustificare la veste di legittimità costituzionale al potere di regolamentazione delle Autorità indipendenti: il principio di sussidiarietà, che giustificherebbe una “parità di armi” tra atti normativi delle Autorità e legge formale, attribuendo il potere di regolare i settori di riferimento a quello concretamente più esperto tra due organismi idonei, si decreta l’inefficacia della regole poste dal legislatore (oramai spogliato del potere di legiferare), ciò comportando una incapacità dello stesso a regolare settori ad esso riservati⁵¹.

III. Difformità dei contratti ai regolamenti delle *authorities*: nullità ed integrazione del contratto

18. Il potere regolatorio delle Autorità indipendenti si presenta variegato. Infatti, la legge attribuisce alle *Authorities* i poteri di definire i procedimenti di formazione e conclusione dei contratti; nonché la forma e il contenuto minimo che devono presentare tali contratti⁵². Per questi ultimi poteri sorge, però,

⁵⁰ In tali caratteri si rinviene la differenza tanto con il principio di gerarchia, quanto con quello di competenza, si veda P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale europeo*, in P. Perlingieri e Casucci (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli 2004, pp. 145 e ss.; L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, p. 106.

⁵¹ L. DI BONA, *Potere normativo delle autorità indipendenti e contratto: modelli di eteronomia negoziale nei settori dell’energia elettrica e del gas*, Esi, Napoli 2008, pp. 109-110. L’A. dopo aver ricostruito nei termini descritti il carattere primario degli atti normativi delle amministrazioni indipendenti, evidenzia l’inaccettabilità della attuale situazione in cui la regolazione autoritativa viene a trovarsi in merito all’impossibilità di un sindacato di costituzionalità su di essa, ritenendo urgente una specifica revisione costituzionale dell’art. 134, 1° comma, Cost. che porti all’estensione del controllo di costituzionalità (ora limitato alle sole leggi e atti aventi forza di legge dello Stato e delle Regioni) a qualsiasi atto normativo, indipendentemente dal centro di potere dal quale promani e dalla specifica procedura di formazione dello stesso; tale conclusione, che è dall’A. ritenuta comunque già sostenibile in via interpretativa, renderebbe la norma costituzionale in questione più aderente allo stesso ordinamento nella sua attuale complessità. A favore della sottoposizione dei regolamenti delle *authorities* ad un sindacato diretto di legittimità costituzionale si schierano anche G. GRASSO, *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 302 e ss.; P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e Costituzione italiana*, Esi, Napoli, 2010, p. 230, il quale fonda la propria posizione sulla portata sostanzialmente legislativa dei provvedimenti autoritativi; M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli 2012, pp. 88 e Ss. Sull’argomento si vedano; inoltre, le diverse opinioni espresse da R. MANFRELOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Jovene, Napoli, 2008, pp. 228 e ss.

⁵² A tal riguardo, occorre sottolineare – seppur brevemente- la nota distinzione tra regole di condotta e regole di validità [distinzione che secondo Polidori che appare assumere contorni sempre più incerti S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato: fra disomogeneità del quadro normativo e responsabilità dell’interprete*, in *Mercato ed etica*, a cura di D’Addino Serravalle, Esi, Napoli 2009, 359 ss.]. Ebbene, le regole di condotta riguardano tutte quelle disposizioni che impongono specifici obblighi di comportamento in capo alle parti contraenti, al fine di assicurare la correttezza delle negoziazioni; mentre, le regole di validità attengono all’insieme delle prescrizioni riguardanti la struttura, la forma o il contenuto del futuro atto negoziale, tali da condizionare la validità dell’atto medesimo.[sul punto si veda G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti: Problemi e prospettive*, Di Marzio (a cura di), Giuffrè, Milano 2011, 51 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, 599 ss.]. A ben vedere, però, col presente contributo, si sceglie di esaminare esclusivamente i casi in cui vengano stipulati contratti in difformità ai requisiti oggettivi o soggettivi richiesti dalle norme cc.dd. *attizie* (o regole di validità) deliberate dalle autorità indipendenti, riservando prevalente attenzione ai patti che vengano predisposti in modo difforme dai contenuti minimi prescritti. Si è, invece, preferito non entrare nella disamina delle questioni relative alle regole di condotta. Al riguardo, però, si registra ancora un contrasto sia in dottrina che in giurisprudenza basti sapere che non è ancora sopito il dibattito che vede la giurisprudenza e la dottrina fronteggiarsi su posizioni antitetiche. Sicché, da un lato, si sostiene che l’inottemperanza alle norme di comportamento generi semplice responsabilità risarcitoria; dall’altro, si ravvisa un’ipotesi di invalidità del contratto, evocando la figura della nullità per inosservanza di norme imperative [si veda per tutti F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova 2008, 510 ss.]. Tale contrasto ha trovato origine da una importante pronuncia delle Sezioni Unite della S.C.

il problema di delineare gli specifici rimedi contrattuali in caso di difformità del contratto al paradigma legale individuato e specificato dal regolatore. Tra i diversi rimedi occorre rilevare il ruolo svolto dalla nullità contrattuale nel caso di inosservanza delle prescrizioni autoritative dettate dalla Consob e dalla Banca d'Italia in tema di forma dei contratti di intermediazione finanziaria (art. 23, co. I, T.U.F.) e bancari (art. 117, co. II e III, T.U.B.). Qualora la normativa regolamentare varata dal soggetto pubblico di regolazione è volta a determinare imperativamente la regola contenutistica da inserire nel regolamento contrattuale, trova attivazione il diverso meccanismo integrativo-sostitutivo, di cui al II co. dell'art. 1419 cod. civ., che assicura la conservazione del contratto posto in essere attraverso un adeguamento del regolamento contrattuale (di fonte volontaria) alle prescrizioni dell'Autorità indipendente (fonte eteronoma).

19. Ulteriore meccanismo, però, avente funzione "correttiva" è l'eterointegrazione definita all'art. 1339 cod. civ., che dispone l'automatica inserzione di clausole o prezzi di legge in sostituzione di quelle difformi apposte dalle parti e disapprovate dall'ordinamento. A ben vedere, l'art. 1339 cod. civ. trova attivazione ogni qualvolta i privati si siano accordati, in modo difforme ai regolamenti autoritativi di un determinato mercato, ciò può avvenire in caso di accordo di un piano tariffario non congruente, di un più breve termine di preavviso del diritto di recesso o di più scarsi livelli qualitativi del servizio o per condizioni più onerose o, comunque, diverse dai contenuti tipici autoritativamente predeterminati (a tal proposito il riferimento è ai contratti di fornitura di energia elettrica e gas, contratti bancari, finanziari o assicurativi). Ma l'art. 1339 cod. civ. non è l'unico meccanismo di integrazione cogente previsto dal legislatore, occorre richiamare l'art. 1374 cod. civ. che, nel delineare la gerarchia delle fonti del contratto, pone al vertice la legge. A bene vedere, a differenza dell'art. 1339 cod. civ., l'art. 1374 cod. civ. trova operatività ogniqualvolta non si renda necessaria (ovvero non sia praticabile) una sostituzione, ma una integrazione pura e semplice del testo contrattuale ritenuto carente. Alla luce di ciò, infatti, tradizionalmente si distinguono due forme di integrazione: integrazione suppletiva ed integrazione cogente. Si ritiene che, mentre l'integrazione suppletiva completa il manufatto contrattuale attraverso il diritto dispositivo, il fenomeno dell'integrazione cogente trova attivazione in presenza di norme imperative, ossia di norme aventi funzione "conformativa"⁵³.

(Cass., sez. un., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725) con specifico riferimento alla violazione dei doveri di informazione e di corretta esecuzione delle operazioni a carico dell'intermediario finanziario, ai sensi del d. legis. n. 58/1998 (t.u.f.). Qui, la Suprema Corte inquadra le prescrizioni in oggetto fra le regole di comportamento e, per l'effetto, riconosce che la loro inosservanza può essere sanzionata soltanto accordando all'investitore il rimedio risarcitorio, ammettendo eccezionalmente venga a determinarsi l'invalidità contrattuale nei soli casi espressamente previsti dalla legge. Più precisamente, afferma: «Le suddette violazioni, se realizzate nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto, danno luogo a responsabilità precontrattuale con conseguente obbligo di risarcimento del danno; se riguardano, invece, le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto, danno luogo a responsabilità contrattuale per inadempimento (o inesatto adempimento), con la conseguente possibilità di risoluzione del contratto stesso, oltre agli obblighi risarcitori secondo i principi generali in tema di inadempimento contrattuale». In relazione alle Autorità indipendenti, si veda M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Esi, Napoli 2012, pp. 163 e ss. A ben vedere, l'attività di eteroregolamentazione può spingersi oltre, fino ad imporre il compimento di negozi giuridici (riguarda il fenomeno del c.d. contratto imposto), addirittura formano – attraverso l'obbligo di contrarre- contratti che le parti non avrebbero spontaneamente stipulato, come accade nel settore delle telecomunicazioni, ad esempio, nella interconnessione e nel c.d. *roaming*. Ma le prescrizioni possono anche avere un contenuto negativo, giungendo a vietare le negoziazioni, tale divieto è rinvenibile nell'art. 39 del regolamento Consob n. 16190 del 2007, il quale – dopo che gli intermediari ricevono dai clienti, che intendano accedere a servizi di investimento o gestione del portafoglio, i c.d. test di adeguatezza- istituisce un preciso obbligo di astensione dal presentare i menzionati servizi laddove le predette informazioni siano state rifiutate o omesse (per tutti si veda F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Giuffrè, Milano 2010 p. 50 e ss.).

⁵³ V. ROPPO, *Il contratto in Trattato di diritto privato* Iudica e Zatti, Milano 2001, pp. 500. In tema di integrazione del contratto, si distinguono tradizionalmente l'integrazione suppletiva e l'integrazione cogente. La prima (ex art. 1374 c.c.) si realizza attraverso il diritto dispositivo/suppletivo; invece il meccanismo della integrazione cogente trova attivazione con riguardo a norme imperative, ed in particolare le norme aventi funzione conformativa. L'integrazione cogente è connessa ad una norma imperativa conformativa che può realizzarsi nei modi di cui agli artt. 1339 e 1419 cod. civ. La norma conformativa pone l'attenzione sul fenomeno della "conformazione" del contratto, indica il fenomeno in cui si realizzi l'inserimento nel regolamento contrattuale della regola legale cogente, volta a correggere il manufatto contrattuale e a soddisfare la più generale esigenza di conservazione del contratto, nonostante la difformità o la nullità di singole clausole contrattuali, ciò può avvenire senza alcuna integrazione (operazione volta a colmare le lacune contrattuali ex art. 1374 c.c.), ma con una correzione (ex artt. 1339 e 1419, II co., c.c.).

20. Secondo l'impostazione classica, l'integrazione cogente può realizzarsi solo attraverso le norme imperative, si tratterebbe (arg. ex artt. 1339 e 1419, II co. cod. civ.) di integrazione "correttiva", in quanto integra il contratto, secondo un sistema di mera chirurgia negoziale, con regole che sostituiscono pattuizioni convenzionali difformi, come tali dichiarate nulle⁵⁴.

Si badi però, che la sanzione di nullità e i vari meccanismi di integrazione del contratto operano, anche in questa ipotesi, solo in presenza di una norma primaria che abiliti l'attività di regolamentazione (secondaria) a sanzionare il negozio o a intervenire, in via cogente o suppletiva, nel contenuto contrattuale⁵⁵. Occorre, insomma, che il potere regolamentare delle Autorità indipendenti sia supportato da una adeguata base legislativa, non limitata alla mera previsione del potere, ma consistente nella specifica indicazione dell'oggetto, degli scopi e degli interessi da curare⁵⁶.

21. In conclusione, occorre rilevare che la giurisprudenza amministrativa nega l'ammissibilità di «poteri impliciti» delle Autorità⁵⁷. Più specificamente, il principio di legalità dell'azione amministrativa, deducibile sul piano interno dall'art. 97 Cost., impedisce di ammettere la configurabilità di poteri impliciti a tali Autorità, di poteri cioè non attribuiti espressamente da alcuna norma ma derivanti direttamente dall'esigenza di garantire il soddisfacimento degli obiettivi posti alle amministrazioni stesse in sede legislativa. La conclusione non muta neppure nel caso in cui gli obiettivi in questione siano stati fissati dalla normativa europea, dal momento che il dovere di ciascuna istituzione statale di contribuire all'attuazione concreta dei principi e delle norme poste dal diritto comunitario non può prevalere sull'esigenza, di rango primario, operante nel diverso campo del principio di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi, che non può che essere inteso in senso restrittivo quando la P.A. agisca, compri-mendole, nel campo delle facoltà riconosciute ai privati anche dalla previsione di cui all'art. 41 Cost.

IV. La sanzione di nullità contrattuale ad opera dei regolamenti emanati della Banca d'Italia

22. Prima di procedere all'analisi della più grave forma di invalidità del contratto conseguente al giudizio comparativo tra negozi e disposizioni dettate dalle Autorità indipendenti, occorre fare cenno – seppur brevemente – alla più antica Autorità indipendente italiana⁵⁸: la Banca d'Italia. L'analisi di tale Autorità e dei poteri ad essa affidati dal D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385 (recante «Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia», da ora TUB), è essenziale al fine dello studio delle nullità.

23. Nel quadro istituzionale italiano, la Banca d'Italia assume particolare importanza, non solo per essere stata la prima Autorità indipendente ma anche per le delicate funzioni che tale ente svolge. La

⁵⁴ In considerazione di ciò, l'integrazione cogente impone la sola norma imperativa: l'unica a non poter essere derogata da una diversa volontà delle parti; non è prospettabile, invece, una imposizione di una norma dispositiva in vista di una diversa volontà delle parti. Infatti, tradizionalmente il diritto dispositivo è sempre stato considerato un «diritto derogabile dall'autonomia privata», sicché non sarebbe configurabile la possibilità di sostituire la volontà delle parti con una norma dispositiva, di per sé derogabile dall'autonomia negoziale dei privati [G. D'AMICO, *L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo in Nullità per abuso ed integrazione del contratto*, di Pagliantini, D'Amico, Giappichelli, Torino 2015, p. 39.]. Si è appena precisato, però, che il diritto dispositivo, in un'ottica evolutiva, ha assunto il ruolo di collocare equamente il rischio contrattuale con finalità di salvaguardare gli interessi dei soggetti e preservare il mercato. Pertanto, se da un lato può essere derogato dalle parti, dall'altro lato non può essere derogato unilateralmente dal solo predisponente per conseguire un vantaggio a scapito dell'aderente, la conseguenza di tale deroga è la nullità di protezione.

⁵⁵ Il richiamo alla «legge» di cui agli artt. 1339 e 1374 cod. civ. va inteso in senso sostanziale che ricomprende sia i provvedimenti muniti della veste di autentici atti legislativi sia regolamenti e finanche atti amministrativi. A bene vedere, l'intervento eterointegrativo – costituendo significativa restrizione alla libertà economica consacrata dall'art. 41 Cost. – deve trovare fondamento e legittimazione in una norma di rango primario volta a delineare gli aspetti essenziali dell'intervento eteronomo e a circoscrivere l'attività discrezionale dell'amministrazione. Così M Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, 184 e ss.

⁵⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in D'Alberti e Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Mulino, Bologna 2010, 78.

⁵⁷ Si veda a riguardo T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 4 aprile 2002, n. 1331, in Foro Amm. – Tar, 2002, p. 1898 e ss., con nota di Bassi.

⁵⁸ M. VALIGNANI, *Manuale di diritto della banca*, Cedam, Padova, 2006, p. 9 ss.

Banca d'Italia gode di poteri normativi in grado di limitare, in modo più o meno incidente, l'autonomia negoziale nell'ottica del perseguimento di una maggiore stabilità degli istituti di credito, della trasparenza dei contratti, della parità di trattamento della clientela e della correttezza della contrattazione. Le finalità dell'azione di vigilanza bancaria si identificano con la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, con la stabilità complessiva, con l'efficienza e la competitività del sistema finanziario, nonché con l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia (art. 5, co. I, T.U.B.)⁵⁹. Ancora - ai sensi dell'art. 127, co. I, T.U.B. - la Banca d'Italia è tenuta a perseguire la trasparenza delle condizioni contrattuali e la correttezza delle relazioni con la clientela. Di particolare importanza appare l'art. 53 T.U.B. che attribuisce alla Banca d'Italia funzioni di «vigilanza regolamentare»⁶⁰ consentendo di esercitare il potere di regolare l'adeguatezza patrimoniale, il contenimento del rischio nelle sue diverse configurazioni, le partecipazioni detenibili, l'organizzazione amministrativa e contabile e i controlli interni e, infine, l'informativa da rendere al pubblico sulle materie appena elencate⁶¹. A ben vedere, tali provvedimenti hanno efficacia diretta, non solo nei confronti dei soggetti vigilati (banche, intermediari finanziari, istituti di moneta elettronica e di pagamento) e anche nei confronti dei soggetti non vigilati, in quanto esplicano indirettamente i propri effetti anche sulle negoziazioni⁶².

24. Particolarmente importanti appaiono le disposizioni del Titolo VI del T.U.B. che dettano regole in relazione alla trasparenza bancaria. A tal proposito, la Banca d'Italia gode di particolari poteri volti ad incidere significativamente i rapporti bancari. Le limitazioni alla libertà contrattuale si spiegano in relazione all'esigenza di garantire maggiore tutela al cliente (parte debole) rispetto all'istituto bancario. Ebbene, la Banca d'Italia ha il potere di determinare gli elementi essenziali del contratto: forma e contenuto minimo⁶³. Per quanto riguarda la forma, di particolare importanza è l'art. 117, co. II, TUB

⁵⁹ Le disposizioni dell'art. 5, che si caratterizza per la sua valenza in certo senso programmatica, devono essere coordinate con il Titolo III del testo unico, in cui i poteri di vigilanza vengono puntualmente precisati. In particolare, la vigilanza si esplica in quattro modi: con il controllo degli statuti (art. 56) (Sulla cui natura, cfr. T.A.R. Lazio, Sez. I, 3 ottobre 1998, n. 2787, in Banca Borsa, 2001, II, 229) a mezzo della tema di vigilanza informativa (art. 51), con la vigilanza ispettiva (art. 54), ed, infine, attraverso la vigilanza regolamentare (art. 53) (T.A.R. Sicilia, Sez. II, 22 luglio 1998, n. 1318; Id. Sicilia, Sez. II, 22 luglio 1998, n. 1573; Cons. di giustizia amm. reg. sic., 7 aprile 1999, n. 143; Cons. di Stato, 5 giugno 1998, n. 936, cit. e T.A.R. Lazio, Sez. I, 9 novembre 1998, n. 3140, pubblicate in Banca Borsa, 1999, II, 343).

⁶⁰ Sui poteri della Banca d'Italia si segnala da ultimo T. TOMASI, *I poteri di vigilanza della Banca d'Italia alla luce delle nuove norme sulla crisi bancaria*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2016, 4, 873.

⁶¹ Nella disciplina dei contratti bancari assume preminente importanza il principio della trasparenza. Ebbene, nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, la trasparenza trova particolare realizzazione attraverso l'imposizione di obblighi della pubblicità, il rispetto di una forma contrattuale predeterminata e attraverso la previsione di una definizione in via amministrativa del contenuto dei contratti e dei titoli bancari. A ben vedere, l'ambito di intervento del legislatore e dell'autorità amministrativa si estende fino a disciplinare il contenuto delle clausole contrattuali, non limitandosi a fissare norme meramente sussidiarie ed operando anche fuori dall'ambito delle condizioni economiche praticate. Tali interventi hanno - nel tempo - contribuito alla scomparsa di tipi non specificamente regolati dalla Banca d'Italia e alla incidenza sul contenuto dei contratti. Con la vigenza del T.U.B., la disciplina generale del contratto, contenuta nel Titolo II del libro IV del codice civile, ha trovato una ulteriore "deroga" a favore di una disciplina generale "di settore" dei contratti bancari (Titolo VI del T.U.B.) e di molteplici discipline relative a singoli tipi contrattuali. Sul punto si veda E. CAPOBIANCO e F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari*, in *Contr. impr.*, 2011, 1142.

⁶² COSÌ B.G. MATTARELLA, *Il potere normativo della Banca d'Italia*, in Caretti (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 1996*, Giappichelli Torino, p. 239. A tal proposito, nell'ambito dell'attività di vigilanza, la Banca d'Italia impartisce istruzioni riguardanti la cessione a banche di aziende, di rami di azienda, di beni e rapporti giuridici individuabili in blocco (58 T.U.B.), la Banca d'Italia ha anche la funzione, in conformità delle deliberazioni del CICR, di determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi, nonché le ipotesi in cui la presenza di precedenti iscrizioni ipotecarie non impedisce la concessione dei finanziamenti (38, II co., TUB).

⁶³ F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, Giuffrè, Milano 2009, 408 e ss. Sottolineano il ridotto potere accordato alle parti L. Pontiroli, *Il declino dell'autonomia privata nei contratti bancari: spunti per una riflessione critica*, in *Contr. Impr.* 1995, 774; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. It.*, 1999, I, p. 229; U. MORERA, *Contratti bancari (disciplina generale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 663 ss.; L. DE ANGELIS, nel *Commentario al T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, Cedam, Padova, 2012, III, sub art. 117, 1687 ss.; G. FAUCEGLIA, *I contratti bancari*, in Buonocore, *Trattato di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 2005, 126; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Giuffrè, Milano, 2014, 228 ss., 520 s.; B. PIACENTINI, *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, I, 355 ss.

che attribuisce alla Banca d'Italia⁶⁴ il potere di prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in una determinata forma a pena di nullità. Si tratterebbe, come si avrà meglio modo di vedere, di una nullità che opera a vantaggio del cliente e che può essere rilevata d'ufficio dal giudice (cfr. art. 127, co. II, TUB).

25. Per quanto riguarda il contenuto minimo dei contratti bancari, il comma VIII art. 117 TUB attribuisce alla Banca d'Italia il potere di «prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato». I contratti difformi alle prescrizioni dell'organo di vigilanza bancaria sono nulli. Le parti, infatti, restano libere di concludere contratti innominati col solo limite della realizzazione di interessi meritevoli di tutela, sicché il principio di trasparenza (soddisfatto dall'attività di connotazione demandata alla Banca d'Italia) impone il solo dovere di «non ingannare il cliente giocando coi nomi», ma non limita l'autonomia contrattuale (e la volontà) dei privati⁶⁵. Risulta chiaro che tali prescrizioni sono destinate ad avere efficacia non solo nei confronti dei soggetti vigilati, ma anche nei confronti degli utenti dei servizi bancari⁶⁶. L'art. 117, co. VIII, T.u.b. attribuisce alla Banca d'Italia un potere normativo, in passato esercitato dal legislatore, che risponde ad una generale incapacità del legislatore di assicurare un costante adeguamento delle disposizioni di legge alle mutevoli indicazioni provenienti dalla prassi. Sicché, proprio in considerazione del fatto che il meccanismo della “*deregulation*” sia la soluzione più funzionale a creare una solida corrispondenza tra l'evoluzione del mercato e le statuizioni del legislatore, il legislatore ha preferito concedere massimo risalto al ruolo dell'autorità indipendente

⁶⁴ A ben vedere il secondo comma art. 117 TUB dispone che «il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.», in realtà il CICR ha tuttavia delegato tale attribuzione alla Banca d'Italia. D'altronde, anche l'art. 127, co. III, TUB, dispone che le deliberazioni di competenza del CICR previste nel Titolo VI sono assunte su proposta della Banca d'Italia d'intesa con la CONSOB.

⁶⁵ Così G. TUCCI, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *I Contratti*, 1995, 3, 331 e ss.

⁶⁶ Per quanto attiene al contenuto minimo dei contratti bancari [sul contenuto del contratto si veda: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffè, Milano, 1966, 34; SACCO, in Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, 3ª ed., in *Tratt. Sacco*, Utet, Torino, 2004, 6; BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffè, Milano, 2000, 320; G. ALPA, F. MARTINI, *Oggetto e contenuto*, in *Trattato di diritto privato*, Tomo 3, diretto da M. Bessone, vol. XIII, Giappichelli, Torino, 1999; IRTI, *Oggetto del negozio giuridico*, in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1963, 803; F. CARRESI, *Il contenuto del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1963, I, 372; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja, Branca, Zanichelli*, Bologna-Roma, 1970, 351; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Jovene, Napoli, 1966, 129], di particolare importanza è la disposizione di cui al comma 8 art. 117 T.U.B.: «La banca d'Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti e i titoli difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia». La disposizione attribuisce alla Banca d'Italia un particolare potere di regolamentazione del contenuto tipico del contratto in relazione al *nomen* dello stesso. Chiarita la legittimazione del soggetto avente il potere di intervenire per dare corpo alle prescrizioni della norma; in riferimento al comma 8 art. 117 T.U.B. occorre sciogliere alcuni dubbi. Il primo attiene alla discussa natura e finalità dell'attività affidata alla Banca d'Italia; e specificamente comprendere se l'attività di tale autorità sia di tipizzazione o di connotazione. Con riferimento all'attività in questione si è parlato costantemente di “tipizzazione”, però, è stato anche osservato che non si tratta di tipizzazione, quanto di “connotazione”, perché la Banca d'Italia non è chiamata a predisporre una disciplina tipica cui assoggettare gli strumenti già utilizzati dal mercato, né ha il potere di creare lei stessa tali strumenti [A ben vedere, si registra una difformità di tesi in dottrina in relazione ai poteri della banca d'Italia di determinare il contenuto minimo dei contratti. È presente l'orientamento il quale, anche valorizzando la collocazione delle disposizioni di cui trattasi nell'ambito della disciplina di trasparenza (così G. DE NOVA, *Trasparenza e connotazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civile*, 1994, p. 937;), evidenzia piuttosto la finalità proconcorrenziale dell'intervento amministrativo che discende dall'uniformità del linguaggio e dalla conseguente maggiore comparabilità delle offerte contrattuali da parte della clientela, sia attuale che potenziale (De Nova op. cit., 937 e ss. parla appunto di connotazione). Altro orientamento sostiene una tipizzazione dei contratti (V. BUONOCORE, *Riflessioni a margine al nuovo testo unico in materia e creditizia*, in *Banca impr. Soc.* 1994, p. 182)]. Il suo compito consisterebbe nell'individuare e fissare le clausole tipiche che consentono di attribuire a quel dato schema un determinato nome. Difatti, a ben vedere, una attenta lettura del comma 7 art. 117 TUB induce a cogliere la portata della disposizione: i contratti individuati attraverso una particolare denominazione [...], abbiano un contenuto tipico determinato. Alla luce di tale disposizione, la Banca d'Italia è chiamata esclusivamente a dettare e regolare i contenuti (già proposti dalla prassi) dei contratti identificati attraverso un *nomen iuris*. Sicché il potere regolatorio della Banca d'Italia non è volto a predisporre un *numerus clausus* di figure contrattuali. Il fine di tale attività è quello di tutelare il cliente e non anche quello di limitare l'esercizio dell'autonomia contrattuale. Più in particolare, quanto disposto dal comma 8 art. 117 TUB è finalizzato alla tutela del pubblico, il quale deve essere posto in condizione di poter associare a determinati strumenti negoziali posizioni giuridiche certe e determinate nei loro contenuti essenziali.

nell'ottica di una maggiore e pronta tutela dei risparmiatori e investitori. La Banca d'Italia, dunque, appare essere l'ente (specializzato) che, diversamente al legislatore, meglio conosce l'evolversi degli strumenti adottati dalla prassi e potrà, dunque, assicurare una maggiore congruità dei *nomina iuris* con le determinazioni effettivamente adottate dalle parti, nonché esercitare un controllo costante sulle clausole di nuova redazione⁶⁷.

26. A seguito del D.Lgs. n. 141 del 2010, ulteriori ed importanti poteri sono stati affidati alla Banca d'Italia. Più specificamente, il legislatore speciale ha introdotto (soprattutto nel Testo Unico Bancario) disposizioni che necessitano di essere attuate da provvedimenti *ad hoc* dell'organo di vigilanza bancaria⁶⁸ in relazione alle informazioni da includere nei messaggi pubblicitari, agli obblighi informativi del finanziatore, alle informazioni relative allo svolgimento del rapporto di credito, nonché al contenuto e condizioni dei relativi contratti di credito al consumo. La nuova normativa prevede la sanzione di nullità nel caso in cui tali contratti non contengano le predette informazioni essenziali specificate dalla Banca d'Italia in merito al tipo di contratto, alle parti del contratto, ovvero all'importo totale del finanziamento e alle condizioni di prelievo e di rimborso (125 bis, co. VIII, TUB).

V. La nullità “in bianco” e il problema della nullità di protezione.

27. Nell'analisi dei poteri della Banca d'Italia si è introdotta la tematica della sanzione di nullità derivante dalla difformità tra pattuizioni negoziali e disposizioni dettate dalle Autorità indipendenti (in particolar modo Banca d'Italia e Consob). La tematica della nullità conduce ad una analisi relativa ad una particolare modalità di incidenza del potere di regolazione indipendente sull'autonomia privata, si tratterebbe di ipotesi in cui le parti siano chiamate a vincolarsi in relazione a contenuti minimi contrattuali predeterminati. Nel caso di non conformità contrattuale alle disposizioni dettate dalle Autorità Indipendenti in diversi casi, come in caso di inosservanza delle prescrizioni autoritative dettate dalla Consob⁶⁹ e dalla Banca d'Italia in tema di forma dei contratti di intermediazione finanziaria (art. 23, co.

⁶⁷ Così G. TUCCI, *Verso la tipizzazione dei contratti bancari*, in *I Contratti*, 1995, 3, 330 e ss.

⁶⁸ In particolar modo, in materia di credito al consumo (Titolo VI, Capo II del TUB) la Banca d'Italia ha il potere di: a) precisare (in conformità delle deliberazioni del CICR) le caratteristiche delle informazioni da includere nei messaggi pubblicitari in relazione alle operazioni di credito ai consumatori e le modalità della loro divulgazione (123, co. II, TUB); b) dettare le disposizioni di attuazione con riferimento, da un lato, agli obblighi precontrattuali di informazione cui è tenuto il finanziatore o l'intermediario del credito nei confronti del consumatore prima che questi sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, al fine di consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato e prendere una decisione informata e consapevole (art. 124, commi I e VII, TUB); dall'altro lato, ai contenuti ed alle modalità delle comunicazioni che nei contratti di credito di durata il finanziatore fornisce periodicamente al cliente su supporto cartaceo o altro supporto durevole, in merito allo svolgimento del rapporto (125 bis, co. IV, TUB); c) individuare, sempre per quanto attiene alla fase funzionale del rapporto, in conformità alle deliberazioni del CICR, le modalità con le quali il consumatore deve essere reso edotto: dalla eventuale cessione a terzi del credito (125 septies, co. 2, TUB); e dell'eventuale sconfinamento consistente che si protragga per oltre un mese (125 octies, co. III, TUB); d) stabilire (in conformità delle deliberazioni del CICR) le informazioni e le condizioni che, in modo chiaro e conciso, devono essere redatti su supporto cartaceo o altro supporto durevole che soddisfi i requisiti di forma scritta nei casi previsti dalla legge (art. 125 bis, co. I, TUB).

⁶⁹ La Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob, istituita con la legge 7 giugno 1974, n. 216) è l'autorità deputata ad assicurare la tutela degli investitori, nonché l'efficienza, la trasparenza e lo sviluppo del mercato mobiliare. La Consob, infatti, esercita poteri di regolazione e di governo del mercato finanziario e della Borsa e -dunque- vigila sulle contrattazioni dei titoli quotati in Borsa e in genere dei valori mobiliari offerti in vendita al pubblico. A questo fine la Consob gode, oltre a quello regolamentare, di numerosi ulteriori poteri (che si esplicano mediante delibere, disposizioni, provvedimenti, sanzioni, comunicazioni, segnalazioni, autorizzazioni, ordini, divieti, raccomandazioni, ecc.) di accertamento, di vigilanza e controllo, sanzionatoria e autorizzatoria, e di indirizzo. Nel settore dell'intermediazione finanziaria, di particolare importanza sono i regolamenti della Consob. La funzione normativa trova il suo momento esplicativo con l'emanazione di regolamenti, ossia di atti normativi posti in essere da un potere non riconducibile né al Parlamento né al Governo ed attribuito direttamente dalla legge ad una diversa Autorità; un potere che impone anche a soggetti diversi da quelli vigilati e che incontra nella legge che lo prevede l'unico limite al proprio esercizio. È, quindi, dato certo che i regolamenti Consob, investendo i principali ambiti del mercato mobiliare, costituiscono una fonte normativa idonea a condizionare l'attività negoziale e ad incidere sui rapporti intersoggettivi. Si veda sulla Consob: R. COSTI, *Il mercato mobiliare. I controlli*, in *Manuale di diritto commerciale*, Buonocore (ideato da), Giappichelli, Torino, 2015, pp. 813-814; F. CAPRIGLIONE, G. MONTEDORO, *Società e borsa (commissione nazionale per le)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, 1036, i quali evidenziano l'ampiezza dei regolamenti della Consob

I, T.U.F.) e bancari (art. 117, co. II e III, T.U.B.), il legislatore prevede – in virtù, appunto, della delega legislativa di potere alle *Authorities* chiamate ad individuare le singole ipotesi di invalidità contrattuali⁷⁰ – la sanzione di nullità contrattuale.

28. Particolarmente interessante appare la tecnica della c.d. «nullità in bianco»⁷¹, ossia nullità senza fattispecie, per cui il legislatore si limita esclusivamente alla delineazione del precetto e rinvia al provvedimento amministrativo dell'autorità indipendente le individuazioni delle singole fattispecie di invalidità. Più specificamente, avviene una determinazione *per relationem* delle singole ipotesi di nullità, sanzione quest'ultima derivante da un giudizio di difformità dell'atto di autonomia rispetto ad una norma sovraordinata⁷²: l'una – particolare e concreta – dettata dall'autonomia negoziale, l'altra – generale ed astratta – risultante da una fonte di diritto⁷³. In particolare, la tecnica adoperata dal Testo Unico Bancario è quella della *regola servente* (*serve* a far rispettare i precetti autoritativi) che commina una sanzione di nullità contrattuale e la *regola servita* (regolamento della Banca d'Italia) di fonte secondaria (abilitata dalla fonte primaria) che detta la norma-precetto⁷⁴.

29. Occorre, però, chiarire il problema relativo alla nullità. Preme chiarire se la più grave forma di invalidità possa derivare da un giudizio di difformità (o riprovevolezza) del negozio ai precetti autoritativi. A ben vedere, occorre chiedersi che portata abbia la “norma imperativa” (1418 c.c.) in contrasto alla quale si applica la sanzione di nullità, e, in particolare, se le norme imperative sono solo quelle di rango primario o anche secondario⁷⁵. Anzitutto, occorre rilevare che il carattere di imperatività “non è

che toccano aspetti rilevanti della disciplina dei rapporti interprivati; A. DE CHIARA, *La Commissione nazionale per le società e la borsa*, in Clemente di San Luca (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti. Una ricognizione tra problemi e prospettive di sistemazione*, Giappichelli, Torino 2002, 51; G. MINERVINI, *La Consob. Lezioni di diritto del mercato mobiliare*, Liguori editore, Napoli 1989, 49; M. POTO, *La CONSOB e la vigilanza sul mercato mobiliare*, in *Giur. it.*, 2000, *passim*. Sulla responsabilità della Consob per omessa vigilanza v. in dottrina, F. CARRIERO, *La responsabilità civile delle autorità di vigilanza (in difesa del comma 6 bis dell'art. 24 della legge sulla tutela del risparmio)*, in *Foro it.*, 2008, V, 221 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *La responsabilità civile della Consob*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 695 ss.. Sul potere sanzionatorio della Consob v. E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Il procedimento sanzionatorio della Consob sotto il riflettore della Corte di Cassazione* (Nota a Cass., sez. un., 9 marzo 2007, n. 5395, Mm. economia e fin. c. Cassa risp. Teramo), in *Giur. comm.*, 2007, II, 1161 ss.; R. RORDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Società*, 2005, 813 ss.

⁷⁰ Come si è detto, l'intervento normativo delle *authorities* deve essere preceduto ed adeguatamente sorretto da un fondamento legislativo, perché possa ritenersi rispettata la riserva relativa di legge che assiste gli atti di autonomia privata. «A tale scopo sovviene l'istituto della delega legislativa di potere, che consiste nell'atto di devoluzione del potere normativo dal legislatore agli organi amministrativi designati. Non ogni delega di potere, però, è in grado di soddisfare la riserva di legge che vige a tutela degli atti di autonomia. A tal fine è, infatti, necessario che la delega presenti un contenuto minimo indefettibile. L'identificazione dei connotati che la delega deve esibire è questione complessa, che si interseca con l'analisi del principio di legalità. Più precisamente, per individuare il contenuto minimo da inserire nella delega, si deve prima stabilire quale significato attribuire al principio in oggetto. Per opinione prevalente, si preferisce apprezzare la legalità tanto nella sua dimensione formale quanto in quella sostanziale. Ciò significa che la delega non potrà risolversi nella mera presenza di una fonte primaria che si limiti a deferire il potere normativo in capo agli organismi amministrativi. Piuttosto, essa dovrà provvedere, oltre che a munire l'amministrazione di potestà normativa, anche a fissare i criteri a cui la regolazione secondaria deve attenersi». Così C. PRUSSIANI, *Nullità ed eteroregolamentazione del contratto al tempo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 2, 20096 e ss.

⁷¹ Così V. VITI, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, Jovene, Napoli 2013, 108.

⁷² La nullità esprime un giudizio di (*dis*)valore (diversamente graduabile) che ha il suo punto di incidenza immediata sugli elementi della struttura e mediata sugli interessi che attendono riconoscimento e tutela attraverso l'atto. In questo senso R. TOMMASINI, *Nullità (diritto Civile)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 874.

⁷³ Il giudizio si muove in una dimensione verticale: la regola giuridica (disciplina prevalente) resiste, insiste e si impone ad ogni previsione difforme (un esempio pratico di quanto detto, posto bene in evidenza dal dato legislativo, è rappresentato dal già citato art. 117, VIII co., T.U.B.). Sul contenuto del potere da tale disposizione attribuito alla Banca d'Italia si è, in dottrina, discusso: secondo alcuni autori, infatti, lo stesso si sostanzierebbe in un potere di tipizzazione di nuove eventuali operazioni finanziarie emergenti nella prassi bancaria, si veda a proposito V. BUONOCORE, *Riflessioni in margine al nuovo testo unico in materia bancaria e creditizia*, in *Banca, impr., soc.*, 1994, pp. 171 e ss.

⁷⁴ Sul rapporto tra regola servente e regola servita, si veda P. ZATTI, A. FUSARO, *Diritto privato*, Cedam, Padova 2014, 2.

⁷⁵ Approfondite riflessioni sulla nozione di norma imperativa si rinvengono, senza pretesa alcuna di esaustività M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, 1-110; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, 429 ss.; A. DI AMATO, *Contratto e reato. Profili civilistici*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, diretto da Perlingieri, Esi, Napoli 2004, 75 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003; D. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderoga-*

definito espressamente in via generale dalla legge”, ma va ricostruito in via interpretativa “anche con riguardo all’oggetto e alla funzione della norma nella quale è contemplato”⁷⁶; infatti, l’art. 1418 cod. civ., nulla stabilendo sulla fonte (primaria o secondaria) della norma imperativa, non esclude l’imperatività di una norma secondaria atta ad invalidare il contratto⁷⁷. Sicché, se da un lato l’autonomia risulta essere tendenzialmente illimitata, dall’altro lato risulta essere limitata da norme primarie ed atti dell’amministrazione (che sono provvedimenti amministrativi). Tuttavia, in quest’ultimo caso, la potestà di emanare tali provvedimenti deve essere attribuita all’Amministrazione da una norma primaria; ma ciò non esclude che le norme di fonte amministrativa, se rispettose dei limiti previsti dalla legge ordinaria, possano intervenire a regolare l’attività negoziale⁷⁸. Si ammette, dunque, la nullità del contratto con una norma secondaria, purché quest’ultima abbia il proprio fondamento in una previsione legislativa⁷⁹. Dunque, l’imperatività della norma di fonte secondaria è un carattere «riflesso». Infatti, se da un lato i provvedimenti delle *Authorities* non possiedono in sé alcun carattere imperativo, dall’altro lato – non potendo autoconferire tale carattere e se stesse- devono apprenderlo da fonti primarie. Sotto questo aspetto, si coglie la preminente importanza della delega legislativa, la sola ad attribuire il potere di incidere imperativamente sull’autonomia contrattuale delle parti⁸⁰.

30. Posta l’esistenza di varie tipologie di nullità: quella ordinaria disciplinata dal codice civile e quella di «protezione»⁸¹ di derivazione comunitaria, occorre individuare tra le due quale tipologia di sanzione applicare in caso di difformità del contratto alla regola autoritativa. A volte il legislatore interviene *expressis verbis* a qualificare la specifica sanzione di nullità negoziale da applicare, ciò avviene in riferimento alle nullità che interessano il sistema bancario e creditizio. L’attenzione va posta al disposto dell’art. 127, comma 2°, t.u.b., ove è stabilito che le nullità previste nel titolo dedicato alla trasparenza delle condizioni contrattuali (Titolo VI del T.U.B.), «operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere

bile, norma dispositiva, norma suppletiva, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 580 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993.

⁷⁶ Così L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Esi, Napoli 1993, 122 e ss. seguendo una impostazione risalente a F. Ferrara, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Società Editrice Libreria. Milano 1914, p. 22 e ss.

⁷⁷ Si veda sul punto E. DEL PRATO, *Autorità amministrative indipendenti, norme imperative e diritto dei contratti: spunti*, in *Riv. Dir. Priv.* 2001, p. 525. Ancora, favorevole all’idea che una norma imperativa non debba essere necessariamente veicolata da una legge ordinaria anche G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano 1993, 111; M. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, 1953, III, p. 9.

⁷⁸ Così Giannini, *Provvedimenti amministrativi generali*, cit., pag. 17.

⁷⁹ Tale posizione è confermata da F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, Padova, 2008, p. 430; G. AMADIO, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in Gitti (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti. Le metamorfosi dell’autonomia privata*, Mulino, Bologna 2006, p. 224 ss. Meno permissivo è Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in Gitti (a cura di), *Il contratto e le autorità indipendenti.*, cit., pp. 75 e 87, per il quale la nullità delle clausole contrastanti con una norma imperativa deve integralmente fondarsi su una previsione di rango legislativo che, quindi, non potrebbe operare alcun rinvio alla fonte subordinata.

⁸⁰ Secondo la S.C. [Cass., 29.9.2005, n. 19024 in *Foro it.*, 2006, 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*] la natura imperativa delle norme non è in sé sufficiente a determinarne la rilevanza ai fini del giudizio di invalidità ai sensi dell’art. 1418, comma 1°, cod. civ. Devono, piuttosto, considerarsi idonee a provocare la nullità del contratto di cui all’art. 1418, comma 1°, cod. civ. non già tutte le norme imperative, bensì quelle soltanto che attengono ad elementi intrinseci del negozio, e cioè alla struttura o al contenuto di esso. Ciò premesso, non sembrano comunque esserci dubbi sul fatto che le prescrizioni di contenuto emanate dalle autorità di settore rientrino nella categoria delle norme attive (anche denominate regole di validità). Pare, dunque, possa concludersi che la ricostruzione delle fattispecie di nullità in esame - derivanti dal contrasto con i regolamenti delle autorità indipendenti - alla stregua di nullità del contratto ex art. 1418, comma 1°, cod. civ. sia perfettamente conforme al principio di diritto accolto in seno alla giurisprudenza di legittimità.

⁸¹ La “nullità di protezione” - espressione adottata dal nostro legislatore per raggruppare sotto un’unica denominazione le ipotesi di privazione degli effetti del contratto a vantaggio della parte debole - ha sedotto negli ultimi anni la nostra dottrina. In materia, si possono citare le seguenti opere: V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 489 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, Padova, 2008; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, Torino, 2007; G. AMADIO, *Nullità anormale e conformazione del contratto (note minime in tema di “abuso dell’autonomia contrattuale”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 285; A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I Contratti*, 2003, 200 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, Napoli, 2003; U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 329 ss.

rilevate d'ufficio dal giudice» si tratterebbe di una norma di chiusura che prevede una nullità di protezione prevista a vantaggio del cliente. Diverso è il caso in cui, ai sensi dell'art. 117, co. III, T.U.B., vi sia stata inosservanza della forma prescritta, in tal caso il contratto è colpito da nullità, vi è totale caducazione del negozio e non delle singole parti dello stesso. Ma tale nullità (art. 117, co. III, T.U.B) è comunque una «nullità relativa»⁸², giacché la legittimazione ad invocarla è stata attribuita al cliente. La *ratio* di tale limitazione è stata giustamente ascritta alla volontà del legislatore di rimettere alla valutazione della parte contraente ritenuta più debole (cioè maggiormente meritevole di protezione) la decisione circa l'opportunità, sul piano concreto, di far emergere il vizio, attesa l'efficacia anche retroattiva derivante da una declaratoria di nullità⁸³. Altre ipotesi di nullità che operano a vantaggio del consumatore sono presenti inoltre nella disciplina del T.U.B. in materia di credito ai consumatori (Titolo VI, capo II). Altrettanto significative sono le disposizioni dettate dagli artt. 23, comma 3°, 24, comma 2°, 30, comma 7°, e, in ultimo, 100-*bis*, comma 3°, t.u.f., che, in materia di intermediazione finanziaria, configurano come relative le nullità comminate dalle medesime norme.

31. Il legislatore, però, pur sanzionando con la nullità determinati contratti o clausole contrattuali, non sempre prevede espressamente se tale nullità sia quella di diritto comune o sia quella avente funzione protettiva della parte debole. Quanto detto, conduce ad una disamina dei casi in cui, prescindere da un rapporto contrattuale tra consumatore-professionista, il legislatore prevede particolari ipotesi di nullità con intenti protettivi della parte debole anche nei rapporti tra le imprese. A tal proposito, si registra la nullità posta a “protezione” dell'impresa (debole) che risulti in una posizione di dipendenza economica rispetto all'impresa economicamente e contrattualmente più forte (art. 9 L. 192/1998); stessa finalità protettiva di una categoria di contraenti si ravvisa nella sanzione di nullità relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (D.Lgs. 231/2002).

32. Occorre, ora, soffermarsi sui casi in cui il legislatore, attribuendo il potere alle *Authorities* di individuare le singole fattispecie, si limiti a comminare semplicemente la sanzione di nullità, senza indicare lo statuto da applicarsi. In presenza di tali dubbi, risulta necessario –al fine di individuare a quale nullità si riferisca il legislatore– una operazione ermeneutica delle disposizioni legislative che sanciscono la nullità dei contratti, nonché l'individuazione degli interessi protetti da tale forma di invalidità. Si è già detto che le funzioni delle Autorità indipendenti sono volte al mantenimento e conservazione di un regime di concorrenza dei mercati in cui operano⁸⁴. Per tale ragione, proprio in relazione alla con-

⁸² In tal senso P. FERRO-LUZZI, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2011, I, 466 e ss.

⁸³ Per tutti, A. NERVI, *La trasparenza bancaria*, in *L'attività delle Banche*, a cura di Urbani, Cedam, Padova, 2010, p. 40 e ss.; A. URBANI, *La trasparenza nello svolgimento dell'attività*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, vol. II, a cura di Capriglione, Cedam, Padova 2010, p. 768.

⁸⁴ L'attività delle *Authorities* deve essere funzionale al migliore contemperamento di interessi (di natura pubblica e privata) che risultano essere coinvolti nel settore di mercato. In ragione di ciò, occorre rilevare che ogni disposizione (di legge primaria o amministrativa) è volta, da un lato, a tutelare in via diretta un regime di concorrenza nel mercato, dall'altro lato, è volta indirettamente (in via mediata) a tutelare anche i consumatori. In relazione alla legge antitrust, la Cass. Sez. III, ord. 17 ottobre 2003, n. 15538 [in *For. It.*, 2003, I, 2938, con nota di Palmieri] ha espresso che la stessa non è soltanto legge degli imprenditori, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero chiunque abbia interesse, processualmente rilevante, alla conservazione del suo carattere competitivo. Ciò spiega perché in relazione alla legge antitrust (L. n. 280/1990), le nullità previste per sanzionare le intese restrittive della concorrenza (art. 2) e l'abuso di posizione dominante (art. 3) sia pur previste a garanzia della concorrenza e dell'efficienza del mercato, si traducono in una forma di protezione, ancorché indiretta e mediata, degli stessi consumatori e dei competitori vittime dei cartelli o dell'abuso di posizione dominante. Secondo la definizione del codice di consumo (D.Lgs. 2005 n. 206) il consumatore (o utente) è la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta (art. 3, co. I, lett a). A ben vedere, si assiste ad una frammentazione della figura del consumatore (*rectius* parte debole), considerato non come contraente, bensì come *homo oeconomicus* per la sua sostanziale posizione di squilibrio che ne caratterizza (e condiziona) l'agire, in rapporto alla sua controparte. Il problema si assiste ad una frammentazione della figura del consumatore che segue, appunto, la molteplicità di mercati presi in considerazione singolarmente (mercato energetico, finanziario, bancario, ecc.), in ciascuno di questi mercati i consumatori e gli utenti ricevono una tutela differenziata [così Alpa, *Introduzione*, in *Diritto dei consumatori*, Alpa, Catricalà (a cura di), Bologna 2016, 34-35]. Il consumatore risulta così disancorato dalla definizione neutrale ed unificante, attualmente si parla di parte debole. Il consumatore risulta “costituzionalizzato”, cioè portatore di valori fondamentali [così H.W. MICKLITZ, *Il consumatore mercatizzato, frammentato, costituzionalizzato*, in *RTDPC*, 2016, 859 ss.].

correnza, non è possibile restare miopi dinanzi alla posizione dei consumatori. Nei fenomeni di mercato e della concorrenza, il consumatore rappresenta un termine imprescindibile di riferimento del mercato: acquisisce senso proprio in funzione dello sbocco dei beni e dei servizi prodotti⁸⁵. Per cui, sul versante teleologico, le autorità indipendenti hanno la vocazione di regolazione del mercato: disciplinano singoli settori o determinate operazioni al fine di favorire un assetto più efficiente ed equo tra gli attori economici a vantaggio di utenti e consumatori. A tal proposito si anticipa che, nell'ottica funzionale dei poteri autoritativi - cioè regolare il mercato, in modo da tutelarne la struttura aperta e competitiva-, l'intervento pubblico non è animato da un intento invasivo ed eccessivamente limitativo della libertà economica e dell'autonomia privata, bensì è destinato a difendere tali libertà e poteri nell'ottica di una migliore funzionalità degli scambi.

33. In ragione della vocazione tutoria e perequativa dei regolamenti autoritativi, la nullità -derivante dalla difformità del contratto rispetto a prescrizioni regolamentari imperative- ricade tra le forme di nullità di protezione⁸⁶. Tale nullità di statuto speciale è, appunto, volta a custodire l'interesse di una parte che, comunque, ha una portata superindividuale. Più specificamente, si tratta di nullità di ordine protettivo che, anche se in *prima facie* sembra essere volta a tutelare interessi individuali del contraente "debole" (si da assumere la funzione di rimedio all'abuso contrattuale), in sostanza appresta una tutela più generale, rispondente a principi di ordine pubblico economico⁸⁷- costituzionale (art. 41 Cost.) e comunitario (art. 153 Trattato istitutivo CE)⁸⁸ - volti a recuperare in punto di diritto la disegualianza tra le parti, sopperendo all'approfittamento del contraente forte. Ad essere protetto dall'abuso negoziale (tramite la nullità di protezione) è il contraente debole (consumatore, cliente, imprenditore economicamente indipendente, persona fisica o giuridica) portatore di un valore di rango costituzionale e comunitario, in

⁸⁵ COSÌ R. PARDOLESI, *Contratto e diritto della concorrenza*, in *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Gitti (a cura di), Mulino, Bologna 2006, 167-168. D'altronde, come si è già detto, la funzione dello Stato regolatore - volta a garantire la concorrenza nei diversi mercati - non può che esplicarsi nella prevenzione, nonché repressione di comportamenti inefficienti degli operatori economici, in quanto solo la parità degli operatori economici (garantita dal buon funzionamento del mercato in regime di perfetta concorrenza e dalla parità di forza contrattuale tra imprese e consumatori) può attribuire al contratto quella vocazione efficientistica in grado di distribuire equamente la ricchezza e i rischi di mercato e solo in questo contesto il contratto può essere considerato perfetto e completo. A tal proposito in riferimento a R. GOODE, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, trad. it. di D'Almeida, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 43 e ss., secondo l'A., la *regulation* è coesistente al mercato (*Market Regulation*), perché: da un lato, ne assicura l'integrità, cioè crea le condizioni per il suo corretto funzionamento, mediante la concorrenza libera e leale, la trasparenza delle operazioni, la diffusione delle informazioni rilevanti, l'eguaglianza di trattamento tra gli operatori e il divieto che falsificano queste condizioni; dall'altro lato, ne assicura la stabilità, cioè crea le condizioni perché gli operatori facciano affidamento sulla continuità e la tendenziale uniformità, cioè ne controlla i rischi, nel senso che tende a eliminare o a prevenire i rischi collettivi, certo non quelli individuali. In ogni caso, sottolinea Goode citando il *Wallace Report*, il rischio è elemento connaturale al mercato finanziario ed è oggetto di controllo, allocazione e prezzamento. Ma ciò che il legislatore deve considerare è il rischio sistematico, non quello individuale; e il rischio sistematico si controlla attraverso l'adozione di istanze di compensazione ecc. Finalità perseguite dalla disciplina comunitaria che combatte la volatilità dei mercati.

⁸⁶ COSÌ M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, p. 189. A ben vedere, si tratterebbe della discussa «nullità di protezione virtuale» che si configurerebbe allorché il legislatore, pur prevedendo nell'ambito della normativa speciale, non la disciplina (si veda *infra*). Sul punto D'amico, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contratti*, 2008, p. 732 e ss.

⁸⁷ Il concetto di ordine pubblico economico trova le proprie origini nella letteratura francese degli anni Trenta del secolo scorso [inventore della formula è G. RIPERT, il quale la utilizza nel saggio *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, in *Etudes Gény*, t. II, Paris, 1934, 347 e ss.] che ne mette in luce l'autonomia e la distanza dal più generale concetto di ordine pubblico, proprio del Code civil [sul punto si veda G. FARJAT, *L'ordre public économique*, Paris 1963, saggio recensito da G.B. FERRI, *L'ordine pubblico economico (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. Dir. Comm.* 1963]. E sempre alla dottrina francese si deve la distinzione tra «ordine pubblico di direzione» e un «ordine pubblico di protezione»: il primo attinente alla normativa sulla concorrenza, sul corretto funzionamento del mercato, sul regime di circolazione dei beni; il secondo relativo invece alla protezione della parte economicamente più debole dall'imposizione di condizioni contrattuali [sulla distinzione si veda P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano 2002, 198 e ss.]. la distinzione tra i diversi ordini pubblici consta in una differente disciplina: mentre la contrarietà dei contratti ai principi di ordine pubblico di direzione comporta la nullità assoluta del contratto, la violazione del contratto all'ordine pubblico economico di protezione comporta la nullità di protezione (nullità relativa, con legittimazione relativa ad agire riservata al contraente c.d. protetto, e con mantenimento in vita del contratto dopo la caducazione del suo contenuto illecito).

⁸⁸ In realtà, la nullità di protezione attiene anche ad ulteriori principi generali (emergenti dalla L. 287/1990; dal Capo XIV-bis cod. civ.; dalla L. 281/1998, dall'attuale codice del consumo D.Lgs. 2005 n. 206, dalla l. 192/1998)

cui trova espressione la solidarietà contrattuale⁸⁹. Sono accomunate dalla nullità di protezione (avente funzione di porre rimedio a situazioni di squilibrio tra i contraenti derivante da un abuso contrattuale di una parte) le nullità previste nel Testo unico in materia bancaria e creditizia (D.Lgs. 385/1993) e quelle introdotte dal Testo unico in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 58/1998).

34. Inoltre, come si è detto, occorre rilevare che « in costanza di nullità spesso il legislatore non stabilisce una disciplina specifica, né statuisce, ad agente, se la legittimazione sia da considerare relativa o assoluta». Ma, «se la nullità ha funzione protettiva, anche in mancanza di previsione legislativa che riconosca espressamente la legittimazione relativa al contraente debole, bisogna applicare analogicamente la regola generale in tema di nullità di protezione»⁹⁰. In particolare, si tratterebbe della c.d. «nullità di protezione virtuale» che troverebbe applicazione ogniqualvolta il legislatore, pur prevedendo la sanzione di nullità nell'ambito della normativa settoriale, non la disciplina. In questi casi, spetterebbe all'interprete individuare e qualificare gli interessi tutelati dalla sanzione di nullità e, in assenza di specifica disciplina, applicare *virtualmente* lo statuto speciale della nullità di protezione. Tale figura è alquanto discussa⁹¹, proprio perché si tratterebbe di applicazione analogica di una nullità speciale (e non generale). Dunque, il maggiore impedimento è rinvenibile nella lettera del codice: mentre il codice civile, per la nullità di diritto comune, prevede la nullità virtuale (cfr. art. 1418, co. I, cod. civ.); il legislatore speciale tace⁹². Però, in considerazione della particolare finalità della nullità di protezione (custodire un

⁸⁹ Il contratto è composizione di interessi diversi presenti nel mercato, il contratto è ordinamento del mercato. In quest'ottica, è da rilevare che il mercato non è un sistema autoreferenziale, sicché ogni strumento volto «per la soddisfazione massima dei bisogni umani, va qualificato "pubblico" e non può ritenersi vinto se non da interessi, generali o particolari, portatori di principi e valori, di rango pari ordinato o che nel caso concreto appaiano maggiormente meritevoli di protezione» così D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Esi, Napoli 2008, 72.

⁹⁰ Così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli 2010, 16. Conformemente anche P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in Lipari e Rescigno (diretto da), *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 959; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in Enc. Dir., Annali, IV, Milano 2011, p. 826 e ss. La rimeditazione sui confini che delimitano le singole figure di invalidità negoziale si congiunge, peraltro, ad una ripensamento della funzione che la nullità può assolvere in materia contrattuale. Muovendo dalla constatazione che le ipotesi raccolte sotto la denominazione di «nullità speciali» si innestano su rapporti afflitti da uno squilibrio fra gli stipulanti, la nota saliente è data dal carattere che assume lo squilibrio fra i paciscenti. È, infatti, indispensabile si tratti di uno squilibrio endemico, ossia causato da meccanismi distorsivi immanenti al mercato, tale da contraddistinguere intere serie di rapporti negoziali; non basta, invece, uno squilibrio contingente, che rappresenti un'evenienza anomala tra le possibili vicende del contratto: in tal senso, concorda S. POLIDORI, *Le invalidità contrattuali fra diritto comunitario e sistema nazionale*, in *Percorsi di diritto civile - Studi 2009/2011*, a cura di Di Raimo, Francesca e Nazzaro, Esi, Napoli 2011, 259 s. Si evince, così, che queste nuove nullità contrattuali postulano l'esistenza di una situazione patologica (inferiorità strutturale di una parte, sotto il profilo economico e/o culturale; abuso di un contraente ai danni dell'altro, che ne abbia menomato la libertà di scelta; difficoltà per uno dei contraenti ad accedere al mercato in condizioni di parità con gli altri operatori economici, ecc.), dalla quale possa quanto meno presumersi che lo squilibrio sia derivato. Dalla prospettiva che sta emergendo trapela, allora, una spiccata attenzione verso il regolamento contrattuale, del quale si vuole salvaguardare l'equilibrio non soltanto normativo, ma anche economico. Adottando questo angolo visuale, la nullità diviene quindi il canale attraverso cui l'ordinamento esprime un giudizio di disvalore avverso quei regolamenti negoziali che manifestino una disparità tra posizioni contrattuali ovvero una sproporzione tra prestazioni sinallagmatiche, in conseguenza della asimmetria di conoscenze e/o di forza contrattuale che caratterizza geneticamente il rapporto. In questi termini, la nullità viene ad acquistare una funzione di natura «conformativa», in quanto tesa al rimodellamento del regolamento contrattuale attraverso la modulazione della sua efficacia. Questa evoluzione funzionale dell'invalidità, *sub specie* di nullità, è messa bene in evidenza da Scalisi, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, 735 ss. In relazione alla c.d. nullità virtuale di protezione, appare utile, sul punto, richiamare G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, cit., p. 732 e ss.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, Cedam, Padova 2007, 144-161 e 169, spec. 152, il quale ritiene che «le nullità di protezione non si limitano a quelle testualmente previste dalla legge», in quanto «l'art. 1418 c.c. [opera] a prescindere dalla "classe" di interessi che il divieto intende garantire» e, dunque, opera anche rispetto ai divieti di protezione; P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in Lipari e Rescigno (diretto da), *Diritto Civile*, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 959, il quale testualmente ammette che «le nullità di protezione testuali [possano essere] affiancate da analoghe ipotesi di nullità virtuali (ovvero conseguenti alla violazione di norme imperative di protezione non espressamente sanzionate con l'invalidità) ricavabili dall'ordinamento per via interpretativa, secondo un criterio basato sulla *ratio* protettiva della norma».

⁹¹ Si discute se sia configurabile anche una nullità virtuale di protezione; ebbene, il legislatore il più delle volte prescrive obblighi informativi precontrattuali, requisiti formali e sostanziali senza indicare, però, le conseguenze della loro inosservanza; trattandosi di norme imperative, si potrebbe configurare una nullità virtuale di protezione.

⁹² Per nullità virtuali si intendono generalmente quelle ipotesi di nullità non espressamente previste come tali dalla legge, bensì desunte interpretativamente sulla scorta della riconosciuta natura imperativa delle norme rispetto alle quali l'atto nullo

interesse che ha, comunque, una portata superindividuale, ma che, invece di essere trascendente rispetto alla posizione dei singoli contraenti, è immanente alla sfera di uno di essi⁹³), la violazione di norme di settore – se tutelano l'interesse della parte debole- potrebbe determinare la nullità speciale del contratto anche se non espressamente comminata. Se è vero che, da un lato, la nullità di protezione opererebbe ogniqualvolta risulti essere più efficace della nullità di diritto comune - soprattutto in considerazione della tutela apprestata alla parte debole -, dall'altro lato, spaventa la maggiore residualità e marginalità della comune sanazione di nullità negoziale (di cui agli artt. 1418 e ss. cod. civ.). In questi termini, i classici istituti (per non dire ordinari, perché sempre più ordinari diventano anche gli istituti disciplinati dal codice di consumo) regolanti il contratto concorrono con la disciplina settoriale, restando –il più delle volte- ai margini dell'attenzione dell'interprete. Però, occorre anche sottolineare una particolare inadeguatezza del codice civile del "lontano" 1942 le cui disposizioni poco si adattano alla crescente esigenza di protezione del contraente debole, sempre più soggetto all'abuso del contraente forte⁹⁴.

35. Proprio in considerazione dell'espressa inadeguatezza del codice civile, è possibile ammettere una nullità di protezione *virtuale*. Sicché «se si superano alcuni dubbi che è possibile prospettare - specie in ordine alla possibilità di configurare tecnicamente l'esistenza di una lacuna in relazione alla mancata previsione di un *rimedio specifico* per la violazione di una norma imperativa, considerato che il moltiplicarsi di ipotesi di nullità di protezione testualmente previste dal legislatore per la violazione di

contrasterebbe, stante il richiamo di cui al I comma dell'art. 1418 cod. civ.[In argomento si segnala: R. TOMMASINI, *Nullità*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Giuffrè, Milano, 1978, p. 878.] In tali ipotesi viene in rilievo il problema della qualificazione in chiave di imperatività delle norme, anche in relazione alla inderogabilità del precetto in un dato ambito (come ad es. nel diritto amministrativo) e non in un altro (in quello dei rapporti interprivati). Per cui non sempre una norma ha identica portata (vincolante e inderogabile) in ciascuno dei campi di diritto in cui esplica la propria portata. Per un *excursus* storico-comparatistico, si veda Così G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977 che in nota 4, l'A. analizza se il principio della "nullità virtuale" del contratto (quando esso sia in contrasto con norme imperative) sia o meno un principio riscontrabile nei diversi ordinamenti in misura così diffusa da farne prevedere una possibile recezione da parte del legislatore europeo in un futura (ipotetica) *Parte generale* di un "diritto europeo dei contratti". Al riguardo è noto come la formula *dell'art. 1418 comma 1 c.c.* (quasi testualmente mutuata dal par. 134 *B.G.B.*), non abbia corrispondenza - tanto per fare l'esempio di un altro importante ordinamento europeo - nel codice civile francese; anzi, si afferma solitamente che la tradizione francese sarebbe contraria all'ammissione delle nullità virtuali, in ossequio al principio "*pas de nullité sans texte*". Sennonché, si è osservato che il principio della "testualità" della nullità - che certamente aveva giocato un ruolo importante nel periodo precedente la codificazione - appariva già abbandonato, almeno in linea generale, dalle ricostruzioni che fornirono la base teorica della codificazione napoleonica (il riferimento è alle posizioni di Domat e di Pothier, i quali avevano fatto propria la norma della Novella teodosiana *Non dubium* del 439 d.C., alla quale si fa risalire il principio secondo cui la violazione di qualunque norma cogente, anche non espressamente sanzionata, comporta la nullità), tanto che nel Progetto di codice civile dell'anno VIII risultava inserito un articolo 9, t.IV, alla stregua del quale "*les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit formellement exprimée*". Disposizione che non fu poi inserita nel codice (soprattutto perché essa fu considerata poco chiara, in ragione della difficoltà di stabilire cosa sia una legge "proibitiva"), senza che però il principio in essa espresso scomparisse, ritenendosi che esso fosse ricompreso nella formulazione di quello che diventerà l'art. 6 disp. prel. del *code Nap.* ("*il ne peut être dérogé par des actes particuliers aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs*"): norma - come chiari Portalis nel suo intervento davanti al Tribunale - che andava considerata appunto come enunciante non soltanto il principio (pacifico) che i privati non potessero sottrarsi alla legge di ordine pubblico, ma come sancente altresì la nullità di ogni patto che contravvenisse a *leggi di interesse pubblico* (per la ricostruzione appena riportata cfr. G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, Milano, 1993, 8 ss., il quale evidenzia conclusivamente che è dunque improprio trarre dalla mancanza nel codice francese di una disposizione specifica l'assenza di un principio che riconosca la nullità dei negozi contrari a precetti imperativi).

⁹³ G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Le forme di nullità*, Pagliantini (a cura di), Giappichelli, Torino 2009, 12.

⁹⁴ Prima di precipitare in rimedi azzardati, occorre distinguere prudentemente due fasi diverse che involgono l'attività dell'interprete: la prima fase consta nel ricercare la finalità di protezione non espressa ad una sanzione di nullità (quest'ultima espressa), ebbene occorre considerare che «ciò che è virtuale non è tanto la nullità in sé considerata (che è testualmente prevista dal legislatore ex art. 1418 cod. civ.), ma piuttosto il suo carattere protettivo», non esplicitato dal legislatore, ma che deve essere desunto dall'interprete alla luce della *ratio* della previsione legislativa; ed una seconda fase in cui il legislatore ha dettato una norma imperativa *senza indicare espressamente la nullità quale rimedio per la sua violazione*. In tal caso, bisogna risolvere un *doppio problema*: anzitutto occorre stabilire se sia in presenza di un caso in cui il contrasto con la norma imperativa determina la nullità (e non, invece, un altro rimedio; o, addirittura, nessun rimedio *civilistico*); e, solo successivamente a tale esame, ci si può porre il problema di come questa nullità (virtualmente desunta dalla natura della norma violata) debba essere disciplinata. Così G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Le forme di nullità*, Pagliantini (a cura di), Giappichelli, Torino 2009, p. 732.

(specifiche) regole di comportamento imposte ad un contraente a tutela dell'interesse della controparte più debole, rende tali ipotesi non più *eccezionali*, e le dota di una (possibile) *vis expansiva*, suscettibile di dispiegarsi al ricorrere di tutte le altre condizioni richieste per dar corso al procedimento analogico»⁹⁵.

36. In conclusione, l'esigenza di tutela della parte debole del rapporto contrattuale rappresenta ormai un principio a tal punto radicato nel sistema giuridico, da potersi ritenere che le nullità di protezione testuali siano affiancate da ipotesi di nullità virtuale di protezione, conseguenti alla violazione di norme imperative di protezione non espressamente sanzionate con la nullità. Come si è avuto modo di vedere, la nullità è posta esclusivamente a vantaggio della parte debole, essa è necessariamente parziale, in quanto se da un lato tale forma speciale di invalidità incoraggia il consumatore a far valere le proprie ragioni senza incorrere nel rischio di perdere il bene o il servizio oggetto di negoziazione, dall'altro penalizza il professionista costretto ad adempiere quanto stabilito dal regolamento depurato dalla clausola colpita da nullità⁹⁶. Da ciò consegue che, ai fini dell'interesse ad agire (di cui all'art. 100 c.p.c.), solo il consumatore o utente può agire per far dichiarare la nullità della singola clausola⁹⁷, ma tale nullità può essere rilevata *ex officio* dal giudice. A tal proposito, occorre ricordare che le SS.UU. n. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014⁹⁸, confermano il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità del contratto o delle singole clausole, anche nel giudizio di appello e in quello di Cassazione. Le citate Sezioni Unite hanno il merito di aver non solo affermato il potere del giudice di rilevare *ex officio* la nullità del contratto in qualsiasi stato o grado del processo, ma di rilevarla anche nel caso in cui sia stata presentata domanda di esatto adempimento, annullamento, risoluzione o rescissione del contratto stesso.

⁹⁵ Conclude così G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *Contratti*, 2012, 12, 977 *ess. L'A.*, inoltre, avverte che non osta a questa conclusione il *principio di separazione tra regole di validità e regole di comportamento*, perché il contenuto e la funzione di tale principio non sono quelli di escludere la possibilità che la nullità consegua alla violazione di una (qualsivoglia) "regola di comportamento" (magari specificamente individuata e formulata dal legislatore), ma piuttosto quello di impedire che un simile rimedio sia fatto discendere *dalla violazione di una regola di comportamento ricavata (e costruita) dal giudice in sede di concretizzazione di una "clausola generale"* (come: buona fede, trasparenza, ragionevolezza, ecc.). Occorre, però, che il procedimento analogico sia applicato con tutto il necessario rigore, e in particolare che sia valutata con accuratezza l'esistenza di una *specificata similitudine rilevante* tra la fattispecie sanzionata espressamente con la nullità e quella per la quale non sia stato previsto analogo rimedio, per evitare che l'interprete finisca per "colmare" una "lacuna" (solo) *apparente* (o *impropria*, che dir si voglia), sanzionando con la nullità una fattispecie per la quale invece, il legislatore abbia *consapevolmente* non previsto (e, dunque, implicitamente escluso) tale rimedio. Si tratta di una valutazione, sotto questo profilo, non molto diversa - in ultima analisi - da quella che l'interprete è chiamato a svolgere quando valuta la sussistenza o meno di un'ipotesi di nullità (virtuale) *ex art. 1418 comma 1 c.c.* Ma mentre in quest'ultimo caso egli *non* è tenuto a trovare una norma che regoli (con il rimedio della nullità) un *caso simile*, nell'ipotesi che stiamo considerando questo passaggio è ineludibile, e contribuisce a restringere opportunamente la libertà dell'interprete nella individuazione del rimedio appropriato alla fattispecie sottoposta al suo esame. Si veda, ancora, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adeguamento del contratto*, Cedam, Padova 2007, 144-161 e 169, spec. 152, il quale ritiene che «le nullità di protezione non si limitano a quelle testualmente previste dalla legge», in quanto «l'art. 1418 c.c. [opera] a prescindere dalla "classe" di interessi che il divieto intende garantire» e, dunque, opera anche rispetto ai divieti di protezione.

⁹⁶ Sussistono, dunque, due diverse forme di nullità parziale: quella solo eventuale *ex art. 1419 c.c.*, retta esclusivamente dal principio di conservazione del negozio, e quella necessaria, la nullità di protezione, 36 c. cons., retta dall'esigenza di tutelare esclusivamente la parte debole. La necessaria parzialità della nullità induce il giurista a considerare come tale forma di invalidità non possa essere considerata più come categoria unitaria, né sotto il fondamento sostanziale: tutela di un interesse generale contrapposto a quello individuale dei contraenti, né sotto l'aspetto del trattamento giuridico: irrilevanza dell'atto nullo. Entrambi i dogmi che caratterizzavano la nullità sono stati incrinati dalla legislazione speciale, nonché dagli interventi legislativi ispirati alle direttive comunitarie che hanno moltiplicato le ipotesi di nullità cc.dd. speciali, ognuna retta da un peculiare statuto. Accanto al dogma della rilevanza dell'atto nullo, che impediva una gradazione di trattamento della nullità, anche la funzionalizzazione esclusiva alla tutela dell'interesse generale è smentita dal dato positivo. Si veda V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, 490, rileva una frammentazione della categoria della nullità in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi, spesso eterogenei e distanti tra loro. Si veda anche la sentenza del Cons. Stato 20 dicembre 2004.

⁹⁷ Tale interesse ad agire non si concretizza in capo al professionista Contraente forte «dal momento che il contenuto minimo richiesto dalla legge ovvero dalla normativa regolamentare fissata dall'autorità è solitamente previsto a vantaggio della parte che versa in condizioni di debolezza contrattuale e per prevenire o stigmatizzare i comportamenti abusivi che proprio il primo potrebbe mettere a danno di quest'ultima.» Così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, p. 189.

⁹⁸ In Cfr. *Corriere Giur.*, 2015, 1, 88, con commento di V. CARBONE '*Porte aperte' delle Sezioni Unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto.*

La rilevabilità d'ufficio della nullità, dunque, non soffre dei limiti di *extrapetizione*⁹⁹. In particolare, le Sezioni Unite, sentenze 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243¹⁰⁰, si pronunciano sull'obbligo officioso del giudice di rilevare la nullità negoziale, sia quella di diritto comune (1418 c.c.), sia quella di protezione. Posto l'obbligo del giudice di rilevare la nullità in ogni caso, le SS.UU. precisano che il giudice ha l'obbligo di dichiarare *ex officio* la sola nullità di diritto comune e non quella di protezione¹⁰¹. Sicché, nel caso di nullità protettiva, il giudice può solo sollevare il contraddittorio tra le parti (rilevare) ma non certo dichiararla nel dispositivo, senza alcun sollecito del consumatore¹⁰².

VI. I diversi meccanismi di integrazione cogente del contratto. I differenti ambiti applicativi degli artt. 1419, II co., cod. civ. e 1339 cod. civ.

37. I diversi meccanismi sanzionatori (nullità) o di integrazione (conformazione o integrazione *tout court*) del contratto presuppongono, però, l'idoneità dei regolamenti autoritativi a fondare, da un lato, l'invalidità del contratto e, dall'altro, ad intervenire nelle maglie del manufatto negoziale, divenendo - insieme con la volontà delle parti - parte integrante del regolamento contrattuale¹⁰³. Sicché, anche, per quanto riguarda l'applicabilità degli artt. 1374 c.c. e 1339 c.c., il termine "legge" deve intendersi in senso lato, in quanto non si riferisce esclusivamente a quella di rango primario, la disciplina integrativa del contratto può anche dipendere da fonti di rango secondario¹⁰⁴. L'integrazione opera, anche in questa

⁹⁹ A ben vedere, già la sentenza SS.UU., 4 settembre 2012, n. 14828 (in *Contratti*, 2012, 869, con nota di S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*) ebbe modo di pronunciarsi sulla questione di rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto tanto nell'ipotesi di esatto adempimento, quanto in quella di risoluzione del contratto medesimo. Infatti, posta la indisponibilità della nullità e considerato che l'azione di risoluzione per inadempimento è coerente solo con l'esistenza di un contratto valido, la nullità del contratto si colloca come evento impeditivo di cui si impone una considerazione prioritaria rispetto alla vicenda estintiva della risoluzione. Le SS.UU., n. 26242 del 12 dicembre 2014, invece, statuiscono che il giudice chiamato a decidere sulla impugnazione di un contratto - a seguito di azione di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione, nullità per altro motivo o parziale - una volta "provocato il contraddittorio", deve "rilevare" ogni forma di nullità, anche di "protezione", e ha facoltà di "dichiarare" la stessa *incidenter tantum* in motivazione (salvo che non si tratti di nullità di "protezione"), rigettando per tale motivo l'impugnazione principale, "senza effetto di giudicato", sempreché in esito all'indicazione del giudice, non venga proposta la relativa domanda.

¹⁰⁰ Si veda V. CARBONE *'Porte aperte' delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*. *Corriere Giur.*, cit., 88 ss.

¹⁰¹ Infatti, le SS.UU., operano un *discrimen* tra nullità di diritto comune e nullità speciali: solo nel caso di nullità di diritto comune il giudice ha sempre il potere-dovere non solo di rilevare la nullità, ma anche di dichiararla, mentre nel caso di nullità di protezione il giudice dovrà soltanto rilevarla ma non anche dichiararla. A ben vedere, le nullità di protezione derogano al dettato di cui all'art. 1421 c.c., secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, attribuendo invece la legittimazione a farla valere alla sola parte debole.

¹⁰² In verità, appena due anni prima le Sezioni Unite (n. 14828/2012), pur avendo ampliato - seppur in minima parte - i poteri officiosi del giudice nel rilevare la nullità del contratto (anche in ipotesi in cui sia stata proposta azione giudiziale per fini diversi dalla declaratoria di nullità), avevano affermato che, in caso di nullità di protezione, il rilievo della stessa è precluso al giudice, per essere rimesso alla sola volontà della parte debole. A ben vedere, la pronuncia delle Sezioni Unite (n. 14828/2012) stona con il disposto di cui all'art. 36 del cod. cons. (D.lgs. 6 settembre 2005 n. 206) laddove al comma 3 espressamente prevede che <<la nullità (di protezione) opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice>>, nonché con quanto già espresso dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea conferma il potere officioso del giudice di rilevare la nullità di protezione nell'ottica di una maggiore effettività della tutela del consumatore, stesso effetto utile cui mirano le disposizioni delle direttive comunitarie. Appare, dunque, curiosa la particolarissima forma di nullità necessariamente parziale posta a "vantaggio del consumatore"; sicché, se da un lato tale nullità è rilevabile d'ufficio (v. SS.UU. 2014, nn. 26242 e 26243), in ogni grado e stato di giudizio, dall'altro tale invalidità opera soltanto per proteggere gli interessi di un singolo: consumatore. A ben vedere, la particolare nullità in esame, derivante da uno squilibrio di posizioni contrattuali che - ovviamente - inficia il rapporto. A ben vedere, il legislatore settoriale ha predisposto una sanzione "eccezionale" applicabile ogniqualvolta le parti abbiano esercitato la libertà contrattuale in modo difforme ai dettami generali di equità e buona fede, principi - questi - che trascendono i singolari interessi del consumatore. In quest'ottica, trova giustificazione la regola della rilevabilità d'ufficio della nullità di clausole.

¹⁰³ Le "norme imperative" di cui agli artt. 1418 e 1419, II co., cod. civ. comportano la nullità totale o parziale (con conseguente sostituzione di clausole) del contratto e la "legge" di cui all'art. 1339 e 1374 cod. civ. vale a integrare il testo del contratto.

¹⁰⁴ La parola legge va intesa come "ordinamento" (sistema) o, se si preferisce, di legalità costituzionale e comunitaria. Così G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli 2010, p. 94.

ipotesi, solo in presenza di una norma primaria che abiliti l'attività di regolamentazione (secondaria) ad intervenire, in via cogente o suppletiva, nel contenuto contrattuale¹⁰⁵; occorre, insomma, che il potere regolamentare delle Autorità indipendenti sia supportato da una adeguata base legislativa, non limitata alla mera previsione del potere, ma consistente nella specifica indicazione dell'oggetto, degli scopi e degli interessi da curare¹⁰⁶.

38. In tema di integrazione si è già proceduto al *discrimen* tra integrazione suppletiva ed integrazione cogente¹⁰⁷. Occorre rilevare una distinzione tra l'art. 1339 cod. civ. e art. 1419, II co., cod. civ.¹⁰⁸ Ebbene, l'efficacia del meccanismo di sostituzione di cui all'art. 1339 cod. civ. risiede nella sua inderogabilità, nella sua automaticità. In virtù della sua applicazione, la volontà dei contraenti non trova alcun spazio: non può né concorrere, né scongiurare l'effetto sostitutivo. Sicché «Il legislatore, nel dettare la legge, non si preoccupa affatto di foggiarne una compatibile con la volontà delle parti, ma persegue obiettivi del tutto diversi. L'inserimento sostitutivo opera anche contro la volontà della parte»¹⁰⁹. A ben vedere, sussiste una distinzione tra l'art. 1419, II co., cod. civ. e l'art. 1339 cod. civ. Tali disposizioni prevedono diversi meccanismi, per cui l'art. 1419, II co., c.c. prevede una nullità (parziale) di una singola (o singole) clausola del negozio, ed evita che tale nullità parziale possa estendersi su tutto il contratto, in virtù del principio di conservazione del contratto. Diverso, invece, è il meccanismo delineato dall'art. 1339 cod. civ. che disporrebbe la sostituzione della clausola col precetto imperativo¹¹⁰.

39. Occorre, però, sottolineare l'identità degli effetti delle due disposizioni, l'art. 1339 cod. civ. vale ad essere «modello di reazione all'abuso della dominanza di una parte del contratto», nel senso che opera, congiuntamente al disposto di cui al II co. dell'art. 1419 cod. civ., «quando il legislatore non si limiti a disapprovare, *tout court*, un patto ma piuttosto intenda correggere il contratto per riequilibrarlo in favore del contraente pregiudicato»¹¹¹. La disciplina codicistica all'art. 1419, II co., cod. civ. disciplina un meccanismo di sostituzione automatica della clausola nulla, soltanto quando quest'ultima abbia regolato un aspetto del rapporto in contrasto con quanto stabilito dalla norma imperativa. Eb-

¹⁰⁵ Il richiamo alla "legge" di cui agli artt. 1339 e 1374 cod. civ. va inteso in senso sostanziale che ricomprende sia i provvedimenti muniti della veste di autentici atti legislativi sia regolamenti e finanche atti amministrativi. A bene vedere, l'intervento eterointegrativo – costituendo significativa restrizione alla libertà economica consacrata dall'art. 41 Cost. – deve trovare fondamento e legittimazione in una norma di rango primario volta a delineare gli aspetti essenziali dell'intervento eteronomo e a circoscrivere l'attività discrezionale dell'amministrazione. Così M. ANGELONE, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione*, Esi, Napoli 2012, p. 184 e ss.

¹⁰⁶ Così V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in D'Alberti e Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Mulino, Bologna 2010, 78.

¹⁰⁷ Si distingue tra integrazione suppletiva, che ha luogo in mancanza di clausole convenzionali; e cogente, che si sostituisce ad ogni difforme dichiarazione di volontà. C. M. BIANCA, *Diritto civile*, III, Giuffrè, Milano, 2000, 499. L'integrazione suppletiva (1374 c.c.) postula una lacuna del contratto, ma tale da non rendere l'oggetto indeterminabile con conseguente nullità: F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, Milano, 1970, 295; P. VITUCCI, *Contenuto minimo e conclusione del contratto*, in *FP*, 1968, I, 481.

¹⁰⁸ Contrastanti sono le posizioni in dottrina. Secondo parte della dottrina si è in questo caso fuori del fenomeno della nullità, essendo l'ipotesi riconducibile all'istituto dell'integrazione legale: infatti la norma che impone la sostituzione di clausole contrattuali con regole imperative non tocca la validità del contratto, ma ne integra il contenuto con il regolamento legale (Mirabelli, *Dei contratti in generale*, Torino 1980, 498; RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, 52). Secondo un orientamento (A. D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*, Cedam, Padova, 1974, 172) il rapporto tra il II co. art. 1419 c.c. e l'art. 1339 non è di antitesi, ma di complementarietà, nel senso che ognuna di esse contribuirebbe a determinare l'ambito di applicazione dell'altra, pur rimanendo le due disposizioni autonome sotto il profilo della *ratio*: l'art. 1339, infatti, come norma generale regolerebbe il "quando" della sostituzione, mentre l'art. 1419 cpv. statuirebbe il principio per cui all'integrazione legale non è possibile sfuggire, a prescindere dal giudizio sull'essenzialità della clausola nulla di cui all'art. 1419, 1° co. Secondo l'impostazione [N. IRTI, *Introduzione allo studio del diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2003, 71], la norma di cui all'art. 1339 sarebbe un'autentica superfetazione normativa, perché il risultato che essa consente di ottenere sarebbe ugualmente raggiunto in forza dell'art. 1419, 2° co., c.c. il quale è unico precetto essenziale al fine del conseguimento del risultato previsto. Per una sintesi delle diverse posizioni degli studiosi in merito al rapporto tra artt. 1339 e 1419, II co., c.c. si veda M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Giuffrè, Milano 1975, 128 e ss.

¹⁰⁹ Così R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da R. Sacco, Utet, Torino 2004, 409.

¹¹⁰ Così R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, cit. 425.

¹¹¹ Così A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, Padova 2007, p. 238.

bene, tale meccanismo è frequente – a protezione dei contraenti deboli – in materia bancaria¹¹². Tale meccanismo si introduce nella previsione di una tutela minima, dalla quale le parti possono discostarsi, ma soltanto per convenire un regime giuridico più favorevole per la parte che accede alla negoziazione in posizione svantaggiata¹¹³. Costituisce un esempio evidente del principio di inderogabilità *in pejus* (per il cliente-parte debole) la disciplina che risulta dall'art. 117 T.U.B. in particolare i commi 4,6 e 7. Ebbene, il comma IV individua nell'autonomia contrattuale la fonte privilegiata di individuazione del tasso di interesse e di ogni altra condizione economica del contratto di credito; il comma VI stabilisce: « Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati»; il settimo comma stabilisce che – in via di successiva integrazione- i tassi, i prezzi o condizioni che si devono applicare per il caso in cui la clausola contrattuale sia nulla ai sensi del sesto comma¹¹⁴. Da ciò si deduce che le parti, pur avendo la piena libertà di vincolarsi a regole pattizie difformi al paradigma legale, le previsioni legali riemergono a disciplinare il rapporto se la deroga convenzionale risulta peggiorativa dei diritti del contraente protetto.

40. Le due disposizioni del codice civile (1339 e 1419, II co.), come si è detto, rientrano nel più generale fenomeno di conformazione del contratto che si riferisce all'operare di norme imperative rispetto al manufatto negoziale. In verità l'effetto conformativo previsto dalle due norme rispetto al regolamento contrattuale investe due momenti diversi del contratto: quello della conclusione e quello della attuazione (pendenza) del programma negoziale. In questi termini, l'art. 1339 cod. civ. ha una portata molto più ampia della previsione legata alla nullità della clausola sostituita¹¹⁵. È il caso dell'Aeeg che impone la previsione, nel contratto di utenza tra somministrante e somministrato, di almeno una modalità gratuita di pagamento. Ebbene, si consideri l'ipotesi di un contratto di utenza concluso prima della disposizione autoritativa che preveda una clausola diversa da quella dell'oggetto di un contratto a prestazioni periodiche. Siccome non è affatto contemplata –dal nostro ordinamento- la figura della nullità sopravvenuta, rileva l'importanza dell'art. 1339 c.c. che permette una conformazione ai precetti autoritativi (o di legge primaria) di un contratto, che pur avendo superato positivamente il giudizio di validità negoziale, è già in esecuzione. D'altra parte, anche se ultimamente se ne parla molto, è inammissibile concepire una nullità sopravvenuta, in considerazione del fatto che tale invalidità attiene sempre ad un giudizio di difformità del negozio rispetto al paradigma legale, da effettuarsi

¹¹² S. POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Esi, Napoli 2001, 190 e ss.

¹¹³ Così S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli 2016, 60. Si veda anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., spec. 238.

¹¹⁴ Più precisamente, il settimo comma dell'art. 117 T.U.B. dispone « *In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto*». Secondo Ferro-Luzzi, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, cit., 476 e ss., i commi 6 e 7 dell'art. 117 T.U.B. contemplano specifiche ipotesi di nullità relativa e gli effetti che ne conseguono, dettando cioè la disciplina integrativa di clausole contrattuali affette da vizi suscettibili di comportarne la nullità. A ben vedere, i commi 6 e 7 dell'art. 117 T.U.B. trovano un collegamento col comma 4 in materia di contenuto minimo del contratto [che dispone: « *I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora*»]: l'articolata disciplina che ne discende, infatti, evidenzia appunto la peculiarità del regolamento contrattuale predisposto ai sensi dell'art. 117 T.U.B., non essendo le parti pienamente libere di determinare il vincolo negoziale secondo quanto stabilito in termini generali dall'art. 1322 cod. civ. ed incontrando invece una conformazione normativa dell'assetto dei reciproci rapporti proprio sulla base del combinato disposto dell'art. 117, comma 4 e 6, T.U.B. [cfr. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata ed i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 229]. Nella fattispecie potrebbe pure parlarsi, con terminologia più moderna, di nullità conformativa [così, V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2011, I, spec. 741 e ss.].

¹¹⁵ Per cui l'operatività dell'art. 1339 c.c. previene ed impedisce in ogni caso un giudizio di nullità parziale del contratto. Così G. PATTI, S. PATTI, *Responsabilità contrattuale e contratti standard*, in *Commentario c.c.* Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1993, sub art. 1339, p.250 ss.

al momento della conclusione del negozio. D'altronde, ammettere che un vizio genetico possa diventare sopravvenuto alla conclusione di un contratto permetterebbe all'efficacia della legge di retroagire nel tempo con inevitabile lesione del principio di certezza del diritto e, con esso, della sicurezza della circolazione di ricchezza¹¹⁶.

¹¹⁶ Così M. FRANZONI, *sub art. 1374 c.c., Integrazione del contratto e i suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario* di Schlesinger, Giuffrè, Milano 2003, 25-26.

ALTERNATIVAS E INCERTIDUMBRES DE LAS CLÁUSULAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA CONTRATACIÓN MARÍTIMA INTERNACIONAL

ALTERNATIVES AND UNCERTAINTIES OF THE DISPUTE SETTLEMENT CLAUSES IN INTERNATIONAL MARITIME CONTRACTS

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

*Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.
Miembro del Institut de Droit International*

Recibido: 13.07.2018 / Aceptado: 27.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4380>

Resumen: Las controversias de carácter jurisdiccional son muy comunes en litigios derivados de la contratación marítima internacional y, en este contexto, la elección del foro es una cuestión capital. Tanto las cláusulas atributivas de jurisdicción y como las cláusulas de arbitraje son dos mecanismos diferentes que ayudan a garantizar la imparcialidad y la previsibilidad en la resolución de las controversias internacionales. A pesar de sus beneficios, en el contexto de los documentos de transporte marítimo internacional estas cláusulas pueden ser inconvenientes para las partes que se ven obligadas a litigar ante foros lejanos. La mayoría de los conocimientos de embarque contienen atributivas de jurisdicción que establecen que las partes deben acudir a determinado tribunal para resolver cualquier controversia que surja en relación con el contrato de transporte internacional. Sin embargo, cuando se emite un co-nocimiento de embarque bajo una cláusula de fletamento que incorpore expresamente la cláusula de arbitraje, las partes en el contrato de transporte incluidas en el conocimiento de embarque, pueden verse obligados a acudir al arbitraje. El art. 468 Ley de Navegación Marítima regula la validez formal de aquellas cláusulas de jurisdicción y arbitraje que prevean la sumisión de las partes a una jurisdicción extranjera o a un arbitraje en el extranjero e impone la negociación individual y separada de ambas cláusulas como requisito de validez.

Palabras clave: Derecho internacional privado, cláusulas atributivas de jurisdicción, cláusulas de arbitraje, arbitraje marítimo, Ley de Navegación marítima de 2014.

Abstract: Disputes about jurisdiction are very common in litigation arising from international maritime contracting. In this context the choice of forum is an important matter. Jurisdiction and arbitration clauses are two different mechanisms that help to ensure impartiality and predictability in international dispute resolution. Despite their benefits, in the context of international maritime transport documents these clauses can be inconvenient for parties that are forced to litigate many times before distant fora. Most bills of lading contain jurisdiction clauses providing that parties are to resolve any disputes arising in connection with the contract of carriage contained in the bill through litigation in the courts. Where a bill of lading is issued under a charter party, however, and where it expressly incorporates the charter party's arbitration clause into its terms, the parties to the contract of carriage contained in the bill of lading, including any transferees of the bill, may be obliged to refer their disputes to arbitration. Article 468 of the new Maritime Navigation Act regulates the formal validity of choice of court agreements and arbitration agreements establishing the submission to a foreign court or to an arbitration located abroad.

Keywords: International Private Law, jurisdiction and arbitration clauses, maritime arbitration, Spanish Maritime Navigation Act 2014.

Sumario: I. Generalización de las cláusulas de sumisión y manifestaciones. 1. Elementos comunes. 2. Contenido y orientaciones. II. Alternativas en presencia. 1. Opción entre cláusulas atributivas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje. 2. Otras opciones de justicia alternativa. III. Soluciones procedentes de la unificación del Derecho marítimo internacional. 1. Los mecanismos de arreglo de controversias en los procesos de unificación. 2. Perspectivas de las Reglas de Rotterdam. IV. Ámbito de los acuerdos atributivos de competencia. 1. Delimitación de un bloque normativo complejo: A) De la hostilidad a la permisividad con reservas; B) Antecedentes de la regulación española; C) Preferencia de la normativa de la Unión Europea y de los tratados internacionales. 2. Soluciones procedentes del Espacio Judicial Europeo: A) Evolución y notas características del sistema; B) Cuestiones de validez formal; C) Acuerdos atributivos de competencia incluidos en conocimientos de embarque; D) Extensión a terceros de la cláusula atributiva de competencia. 3. Configuración de la sumisión en el ordenamiento español: A) Las reglas de la Ley de Navegación Marítima; B) Examen de la práctica. V. Ámbito de los convenios de arbitraje. 1. El arbitraje marítimo entre la dependencia y la especialización. 2. Generalización de las ofertas. 3. Cláusulas de arbitraje en los contratos de utilización de buques. 4. Práctica española a partir de la Ley de Navegación Marítima.

I. Generalización de las cláusulas de sumisión y manifestaciones

1. Elementos comunes

1. La propensión hacia una regulación uniforme del transporte marítimo internacional, diversa de la establecida para otros medios de transporte, ha combinado el empleo de las técnicas basadas en tratados internacionales con otros mecanismos procedentes de la autorregulación, entre los que destaca el empleo de formularios o *standard forms*, utilizados en la práctica por los operadores del tráfico marítimo¹, acompañada de una inequívoca tendencia hacia la estandarización de ciertas cláusulas que se insertan en los contratos de transporte (*standard contract terms*). Baste atender a que los conocimientos de embarque están conformados por multitud de cláusulas, algunas de rara factura, sobre todo en materia de exoneración de responsabilidad, cuya redacción está totalmente generalizada. En ellos el cargador suele limitarse a prestar su conformidad a las condiciones generales que el porteador tiene predispuestas e impresas, siendo firmadas en general por una sola parte, generalmente por el capitán, en representación del porteador y entregadas al cargador una vez que las mercancías han sido embarcadas. Existen, además, numerosos impresos de conocimiento de embarque que omiten elementos sustanciales del contrato, y que se limitan a remitirse (*short form bill of lading*) a un modelo de mayor amplitud elaborado por el porteador (*long form*) que se pone a disposición del cargador en sus oficinas o, lo que es mucho más frecuente en la actualidad, en una determinada página web.

Ha de reconocerse que, en el contexto descrito, la inserción de cláusulas relativas a la solución de controversias futuras, esencialmente cláusulas atributivas de competencia (o de elección de foro) y cláusulas de arbitraje, ni estaba generalizada, ni contaba con un respaldo eficaz por parte de los ordenamientos estatales. Una vez abandonadas las técnicas de imperialismo jurisdiccional, dichas regulaciones comenzaron a garantizar la efectividad de estas cláusulas con un doble objetivo: asegurar la competencia del tribunal designado frente a las tácticas abusivas de las partes y suprimir ciertas formalidades en su puesta en funcionamiento. El propósito de esta práctica era equilibrar las posiciones de las partes y contribuir a instaurar la seguridad jurídica, evitando el *forum shopping* y la incertidumbre en el resultado del litigio².

¹ Por ejemplo, los redactados por el Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO) y la Asociación de Corredores y Agentes Marítimos han ayudado a estandarizar las reglas del fletamento por todo el mundo: NYPE, BALTIME, ASBATIME o SHELLTIME para los fletamientos por tiempo; GENCON o ASBATANKVOY para las modalidades por viaje; y, para los conocimientos de embarque, CONLINEBOOKING, CONLINEBILL o COMBICONBILL.

² B. ANCEL, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la Convention de Bruxelles", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1991, pp. 263-294, esp. p. 265

2. Expresión inequívoca de una tendencia universal partidaria de una versión separada de las manifestaciones de autonomía de la voluntad en la contratación internacional³, estas cláusulas se han ido consolidando adquiriendo características diferenciales en relación con las privativas de la autonomía material y, cada vez más apartadas de las inherentes a la autonomía conflictual⁴. Así se evidenció en el asunto *The Bremen / Zapata*, una de las primeras decisiones en las que se reconoció las ventajas esenciales de las cláusulas de elección de foro, al entender de un litigio derivado de un contrato de transporte marítimo portador de una cláusula de sumisión a los tribunales de Londres, pero suscitado ante los tribunales norteamericanos. Según el Tribunal Supremo la expansión del comercio y la industria estadounidense quedaría profundamente afectada si, ante lo previsto en los contratos privados, prevaleciese una concepción estrechamente nacionalista conducente a que todas las controversias debieran resolverse de acuerdo con las leyes nacionales y ante los tribunales del foro. La posibilidad para las partes de elegir su juez no es otra cosa que emanación del postulado de libertad contractual constituyendo la cláusula de elección del tribunal un elemento esencial del acuerdo por lo que no tendría sentido que las partes llevaran a cabo sus negociaciones, sin tener en cuenta las consecuencias de la sumisión a un tribunal extranjero⁵.

Con frecuencia la elección del foro posee en los litigios internacionales consecuencias decisivas para el resultado de la controversia⁶, siendo evidentes las ventajas de este tipo de cláusulas para las partes en la contratación marítima internacional pues la selección de un foro neutral les brinda previsibilidad y certeza sobre el resultado del futuro litigio eliminando las incertidumbres sobre jurisdicción, reglas de procedimiento y otras cuestiones⁷. Y estas ventajas se acrecientan cuando dicha selección se combina con un acuerdo de elección de ley⁸. Por eso, los actores en el Derecho de los negocios internacionales en general, y los pertenecientes al Derecho marítimo en particular, valoran su empleo, por su virtualidad para reducir o eliminar las incertidumbres sobre la sede, los costos, el procedimiento, de eventuales litigios.

3. La expansión de la autonomía de la voluntad expresada por las partes en el momento de la conclusión del contrato, y orientada a la resolución de litigios futuros⁹, se basa en la existencia de una serie de elementos inherentes a las dos variantes, arbitral y jurisdiccional, de la sumisión: a) son mecanismos que persiguen el mismo objetivo, cual es garantizar la imparcialidad y la previsibilidad en la resolución de las controversias internacionales; b) son expresión del consentimiento de las partes intervinientes, convenientemente manifestado, y no precisan conexión alguna entre el litigio y el tribunal elegido¹⁰; c) presentan una identidad de contenido, en el sentido de que, al margen cualquier consideración en torno a su

³ H. GAUDEMÉT-TALLON, "Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres", *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, Université des sciences sociales, 1978, pp. 531 ss.

⁴ L. USUNIER, "Observations sur la nature des règles de compétence judiciaire internationale", *Le droit à l'épreuve des siècles et de frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, París/Madrid, LGDJ/Iprolex, 2018, pp. 1524-1554.

⁵ *Vid. US Supreme Court 12 junio 1972 (The Bremen / Zapata): "We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts" (...) "Of course, where it can be said with reasonable assurance that, at the time they entered the contract, the parties to a freely negotiated private international commercial agreement contemplated the claimed inconvenience, it is difficult to see why any such claim of inconvenience should be heard to render the forum clause unenforceable"* [407 U.S. 1 (1972) ; <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/407/1/case.html>], *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1973, pp. 530 ss y nota de H. GAUDEMÉT-TALLON]. *Vid. K.H. NADELMANN, "Choice-of-court clauses in the United States: the road to Zapata"*, *Am. J. Comp. L.*, 1973, nº 1-4, pp. 124-135; W.W. PARK, *International Forum Selection*, Londres, Kluwer Law Int'l, 1995, pp. 17 ss; H.L. BUXBAUM, "Forum Selection in International Contract Litigation: The Role of Judicial Discretion", *Willamette J. Int'l L. & Disp. Res.*, vol. 12, 2004, pp. 185-210, esp. pp.

⁶ L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé: étude de droit comparé en matière civile et commerciale*, París, Economica, 2008; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Tribunales estatales competentes y contratación internacional", *Curso de contratación internacional (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, dirs.)*, Madrid, Colex, 2006, pp. 15-42.

⁷ A. BRIGGS, "The Subtle Variety of Jurisdiction Agreements", *Lloyd's Maritime & Comm. L. Q.*, 2012, pp. 364 ss.

⁸ G.B. BORN, *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, 5ª ed., Kluwer Law Int'l, 2016, pp. 1-4.

⁹ M.E. SOLIMINE, "Forum-Selection Clauses and the Privatization of Procedure", *Cornell Int'l L.J.*, vol. 25, nº 1, 1992, pp. 51 ss.

¹⁰ F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime Transport Documents. A Comparative Analysis*, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2010, pp. 71-78.

naturaleza jurídica, ambas poseen un carácter contractual y jurisdiccional; baste atender a que la validez del acuerdo de elección depende de la capacidad de las partes y de la acreditación de su consentimiento; d) ambas producen un efecto de carácter negativo: la exclusión de la jurisdicción del foro, hasta el punto que puede afirmarse que más que elección nos hallamos ante un renuncia a la acción judicial del foro¹¹; y, e) desde la perspectiva de sus efectos, las dos incorporan una estipulación de carácter negativo en el sentido de impedir a las partes plantear la controversia ante un ente distinto del acordado.

Capítulo aparte merece la noción de “separabilidad”, en el sentido de que estas cláusulas son autónomas en relación con el contrato que las contiene, pues dicho postulado es “un trasunto de principios más generales del Derecho contractual, que separa del contrato las cláusulas sobre solución de controversias (jurisdicción, arbitraje o ley aplicable) o que tienen por objeto regular la propia nulidad o resolución del contrato y sus consecuencias”¹²; en nuestro caso, su carácter exclusivamente procedimental justifica su independencia y autonomía frente a las otras cláusulas del contrato englobadas en lo que se conoce como “autonomía material” (v.gr., art. 25.5º Reglamento Bruselas I¹³ y art. 22.1º Ley de Arbitraje de 2003), aunque la determinación de su validez difiera por aplicación, en el marco del arbitraje, del principio de competencia–competencia¹⁴.

Estas razones aconsejan su estudio paralelo, a través de un método comparativo de carácter constructivo¹⁵, sin ignorar que entre ambas cláusulas existan notables discrepancias, pues el propósito de la primera es designar el tribunal competente de uno o más Estados para resolver la controversia, manteniéndose la elección en el ámbito jurisdiccional, mientras el propósito de la segunda es prescindir por completo de la justicia estatal, dotando a los árbitros de poderes para llevar a cabo este cometido¹⁶.

2. Contenido y orientaciones

4. Ofrecen una gran utilidad en el Derecho marítimo internacional el contenido y la orientación de este tipo de cláusulas pues al insertarse en una regulación liberal facilitan las transacciones constituyendo, además, un instrumento esencial para reducir las incertidumbres inherentes a la inexistencia de una jurisdicción internacional y para evitar que una parte en el contrato se coloque en una posición más ventajosa respecto de la otra si llega a suscitarse el conflicto. No puede extrañar que las grandes firmas de abogados estén detrás de su redacción pormenorizada y tampoco lo es su extraordinaria expansión¹⁷. Semejante importancia se ha traducido en una amplia variedad de instrumentos caracterizados por impe-

¹¹ N. FRAGISTAS, “La compétence internationale en droit privé”, *Recueil des Cours*, t. 104, 1961, pp. 159 ss, esp. p. 234.

¹² Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, S.A. SÁNCHEZ LORENZO y G. STAMPA, *Principios generales del arbitraje*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 24. “La regla se contiene en los textos internacionales de Derecho uniforme en materia contractual: arts. 81.1º Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; 7.3.5 (3) de los Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales; 9:305 (2) de los Principios de Derecho Contractual Europeo; III. 3:509 (2) Proyecto de Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*) en Europa; 7.3.4 (2) de los Principios OHADAC sobre los contratos comerciales internacionales” (*ibid.*, p. 139).

¹³ De acuerdo con este precepto: “Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato”. Con referencia al art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, la STJ 3 julio 1997, as. C-269/95: *Dentalkit*, determinó que: “el órgano jurisdiccional de un Estado contratante designado en una cláusula atributiva de competencia válidamente pactada (...) también tiene competencia exclusiva cuando la acción tiene por objeto, entre otros, la declaración de nulidad del contrato en el que se contiene dicha cláusula”.

¹⁴ En la misma dirección cabe situar al art. 3.d) del El Convenio de La Haya de sobre acuerdos de elección de foro 30 junio 2005, según el cual “un acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato, será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas del mismo. La validez del acuerdo exclusivo de elección de foro no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato no es válido”.

¹⁵ G.R. DELAUME, “Clauses d’élection de for et clauses compromissoires: évolution et gestation d’un nouveau droit américain”, *Journ. dr. int.*, 1975, pp. 486 ss; N. COIPEL–CORDONNIER, *Les conventions d’arbitrage et d’élection de for en droit international privé*, París, LGDJ, 1999, pp. 1–6.

¹⁶ *Cour d’appel Paris* 29 noviembre 1991: “la portée de la clause compromissoire comme expression de la volonté des parties est beaucoup plus large que celle d’une clause attributive de compétence, en ce sens qu’elle a pour effet de donner aux arbitres le pouvoir de juger, excluant par là-même l’intervention des juridictions de l’État, alors que la clause attributive de compétence ne fait que désigner la juridiction territorialement compétente pour trancher le litige” (*Rev. arb.*, 1993, pp. 617 ss y nota L. AYNES).

¹⁷ M. BAR–NIV (BURNOVSKI) y D. FELDMAN, “Forum Selection in International Business Contracts: Home Bias Portfolio Puzzle and Managerial Moral Hazard”, *Review of Quantitative Finance and Accounting*, vol. 22, nº 3, 2004, pp. 219–232.

rar en ellos la autonomía de la voluntad¹⁸ y los usos del comercio marítimo internacional. Estos últimos, reflejo directo de los intereses en presencia, se insertan en las condiciones generales de contratación, conocimientos de embarque, pólizas de fletamento, contratos de transporte, contratos de almacenaje y un amplio catálogo de contratos que los empresarios del sector suscriben diariamente. Evidentemente, el estudio de este clausulado, admitido progresivamente por la jurisprudencia de los Estados¹⁹, no puede escapar a las especificidades de las leyes de navegación marítima, cada vez más receptivas a su expansión, y a las disposiciones insertas los convenios internacionales en la materia, aunque todavía falta mucho para alcanzar una unificación real.

Estas cláusulas permiten radicar el litigio en un solo lugar aprovechando las experiencias desarrolladas en la práctica contenciosa de algunos países que se han ganado una merecida reputación en este menester, con reconocimiento progresivo por los distintos sistemas estatales, y expresada por una jurisprudencia cada vez más receptiva no sólo de la validez, sino de la utilidad de estas cláusulas²⁰.

5. Frente a la acción del postulado de la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de un foro jurisdiccional o arbitral, muchas de las figuras contractuales del transporte marítimo bajo conocimiento de embarque²¹ descansan en fórmulas de adhesión concebidas por el transportista, donde suele incluirse la designación a una jurisdicción favorable a este último por coincidir con su sede o por estar muy alejada del lugar de establecimiento de los beneficiarios de los bienes²². Resulta, en efecto, habitual que, surgida la controversia, el destinatario portador del conocimiento interponga una demanda ante la jurisdicción coincidente con el puerto de entrega de la mercancía contra el transportista o su consignatario alegando pérdida, deterioro o retraso en su recepción y que objete la competencia de dicho tribunal invocando una cláusula atributiva de la misma, inserta en el conocimiento de embarque y sometándose a los tribunales de un Estado diverso. Con semejante proceder se afirma contribuir a una “gestión racional” del litigio permisivo de sustanciación en un solo lugar, evitando los inconvenientes de su dispersión geográfica, pero esta solución no siempre ha conseguido el equilibrio entre las partes, perjudicándose en ocasiones a la que se ve abocada a litigar por esta circunstancia fuera de su habitat natural²³.

Resulta notorio que, impuestas en los conocimientos de embarque sin negociación previa por una de las partes, estas cláusulas sean susceptibles de engendrar un desequilibrio en la relación contractual por cuanto debe litigarse ante una jurisdicción o ante una sede arbitral ignotas y, en ocasiones, en un idioma y en unos procedimientos que se desconocen, configurándose una suerte de “parte débil” que ante esta situación puede renunciar a una defensa efectiva al no poder articular un foro de protección. Ello configura una modalidad contractual que se acerca peligrosamente o, incluso se integra, en los

¹⁸ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en el Derecho español y comparado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1987, nº 3, pp. 658 ss; A. RODRÍGUEZ BENOT, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en el Derecho comunitario europeo*, Madrid, Eurolex, 1994, pp. 39 ss; C.A. ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, París, LGDJ, 2011, pp. 27 ss.

¹⁹ *Vid.*, a título de ejemplo, en Francia *Cour de Cassation*, civ. 1 25 noviembre 1988 (SIACI): “les clauses prorogeant la compétence internationale sont en principe licites lorsqu’elles ne font pas échec à la compétence territoriale impérative d’une juridiction française et sont invoquées dans un litige de caractère international (...) les clauses incluses dans les connaissements litigieux étaient conformes aux usages des transports maritimes internationaux, a légalement justifié sa décision” (“<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007018319>”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 396 ss y nota de H. GAUDEMET-TALLON).

²⁰ F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration Clauses...*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

²¹ F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de transporte marítimo de mercancías*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2010, pp. 277–278.

²² A. BRIGGS, “The Validity of ‘Floating’ Choice of Law and Jurisdiction Clauses”, *Lloyd’s Maritime & Comm. L. Q.*, 1987, pp. 508 ss; A. VON ZIEGLER, *Jurisdiction and Forum Selection Clauses in a Modern Law on Carriage of Goods by Sea*, La Haya, Kluwer Law International, 2005; C. LEGROS, “Les conflits de normes en matière de contrats de transport internationaux de marchandises”, *Journ. dr. int.*, vol. 134, nº 3 y nº 4, 2007, pp. 799–836 y pp. 1081–1125.

²³ P.A. BUHLER, “Forum Selection and Choice of Law Clauses in International Contracts: A United States Viewpoint with Particular Reference to Maritime Contracts and Bills of Lading”, *The University of Miami Inter-American L. Rev.*, vol. 27, nº 1, 1995, pp. 1–44; M. RÉMOND-GUILLOU, “Des clauses de connaissements maritimes attribuant compétence à une juridiction étrangère: essai de démystification”, *Drot maritime français*, 1995, pp. 339 ss; R. FORCE y M. DAVIES, “Forum Selection Clauses in International Maritime Contracts”, *Jurisdiction and Forum Selection in International Maritime Law: Essays in Honor of Robert Force*, La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 1–58.

contratos de adhesión en función del poder ejercido por los transportistas frente a los cargadores, consignatarios y destinatarios de la mercancía, que cuentan con un poder de negociación mucho más reducido y que se ven reducidos, surgida la controversia, a desempeñar una inferior situación procesal. Esta es la raíz del rechazo sistemático de estos colectivos hacia los instrumentos legales o convencionales vigorizadores del carácter exclusivo de la cláusula de elección de foro o que refuercen el recurso del arbitraje al amparo del art. II de la Convención de Nueva York de 1958 como en instrumento de defensa hacia el contenido habitual de los conocimientos de embarque y o de las cartas de porte²⁴.

6. El apuntado planteamiento maximalista ha acentuado la discusión acerca de la existencia de una verdadera parte débil en la relación de transporte pues el cargador, persona física o jurídica que contrata el transporte con el porteador, es un operador más del tráfico marítimo que está en disposición de encontrar en el mercado mejores condiciones para sus intereses ofrecidas por las empresas competidoras, no pudiendo escudarse en argumentos propios de un consumidor. Y para refutar la imposición de la cláusula se responde con argumentos variados, procedentes tanto de la doctrina general del Derecho internacional privado como de la derivada de la práctica del transporte marítimo internacional: a) Que la regla general del *actor sequitur forum rei* debe ceder en favor del órgano resolutor con mayor proximidad geográfica a los elementos del litigio. b) Que estamos en presencia de contratos estandarizados cuyos términos buscan por definición el equilibrio entre las partes, presumiéndose que éstas, cuando han prestado su consentimiento, lo han hecho porque es conforme un uso comercial del concreto sector en el que operan el cual, por añadidura, las partes tienen que conocer, y si no lo conocen, debieran conocerlo²⁵; se arguye al efecto que, con independencia de la importancia económica de la operación de transporte controvertida, ésta se desarrolla en un ámbito “profesional” que comporta el conocimiento de los usos y costumbres del negocio marítimo y, por ende, el contenido del reverso de los conocimientos de embarque insertos por el transportista interviniente en dicha relación, toda vez que la selección del servicio que éste debe prestar es voluntaria. c) Por último, se resalta el favorecimiento de la acumulación de procedimientos ante un mismo tribunal jurisdiccional o arbitral.

Como veremos en las páginas siguientes está dialéctica es una constante en los contratos de utilización de buques y, en un intento de resolverla, resulta oportuno, considerar que, al lado de las exigencias impuestas por la necesaria fluidez del comercio internacional y por la libertad contractual se tengan en cuenta dos circunstancias. En primer lugar, las garantías de seguridad y de protección cuando en estas modalidades contractuales exista una parte que, con independencia de su mayor o menor debilidad, defiende una suerte de seguridad y de previsibilidad del resultado. En segundo lugar, la supresión de los desequilibrios entre las partes en el contrato, por favorecerse a los beneficiarios de los bienes en detrimento de los transportistas. Y ello sin olvidar que estamos muchas veces en presencia de una cierta hostilidad hacia estas cláusulas cuando están concebidas para proteger a los destinatarios nacionales en detrimento de los transportistas.

7. Las nuevas tecnologías han alterado en buena medida la mecánica habitual de la contratación marítima²⁶. Navieras, transitarios con acreditada presencia en el mercado y otros agentes relevantes en el proceso logístico, no son ajenos a innovaciones tales como el *Telex release* o el *Sea Waybill*, que

²⁴ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima (Estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos)*, San Sebastián/Donosita, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco 1993 pp. 99–206; N. BOUZA VIDAL, “Aspectos actuales de la autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales”, *Cursos Vitoria-Gastéiz*, 2004, pp. 31–91.

²⁵ STJ 16 marzo 1999, as. C–159/97: *Castelletti*, ap. 21: “se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer”. Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Las cláusulas arbitrales marítimas a la luz de los ‘usos’ del tráfico comercial internacional”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n° 13, junio, 2007, pp. 4 ss; *REDI*, 1998, pp. 292–297 y nota de A. RODRÍGUEZ BENOT.

²⁶ A. BASU BAL, “Electronic Transport Records: an Opportunity for the Maritime and the Logistics industries”, *Journal of Transportation Law, Logistics & Policy*, n° 80, 2013, pp. 18–43; D.A. BURY, “Electronic Bills of Lading: a Never-ending Story?”, *Tulane Maritime L.J.*, vol. 41, 2016, pp. 197–238, 2016.

sustituyen, bien es verdad que parcialmente, al tradicional conocimiento de embarque en papel²⁷. Y ello se vincula a que la mayor parte de las legislaciones estatales otorgan validez jurídica a la carta de porte por vía electrónica siempre que haya acuerdo entre las partes. De relevancia de estas tecnologías en el sector del transporte marítimo da fe el Capítulo 3 de las Reglas de Rotterdam, que regula los documentos electrónicos de transporte²⁸.

Si la llegada del fax agilizó una práctica dependiente del correo para el envío de los contratos a los efectos de su revisión, la difusión de internet y sus diferentes prestaciones adicionales como *whatsapp* o *skype*, ha ofrecido perspectivas inusitadas a una práctica caracterizada hoy por la contratación a través de la red o, incluso, del telefónico y por la posibilidad de incrementar las relaciones entre cargadores y proveedores ofreciendo precios y procesos de contratación de envíos *online*.

Mas frente a lo que ocurre en otros sectores del Derecho de los negocios internacionales estas tecnologías han colocado a determinados operadores en una posición de privilegio acentuado en ocasiones el desequilibrio de la relación contractual. Baste atender, al sector de la logística marítima, donde internet facilita la posibilidad de contratar en un instante y enviar una mercancía a cualquier parte del mundo. Ello enfatiza que las partes suscriptoras de un contrato de transporte marítimo en el que se inserta la cláusula de arreglo de controversias, no coincidan siempre con las partes contendientes en el momento en que se inicia el litigio. No es casual que las modernas legislaciones marítimas, como la Ley de Navegación Marítima (LNM) de 2014, hayan reaccionado, resaltado su relevancia e introduciendo medidas que tienden a limitar su empleo abusivo, con un equilibrio entre la opción hacia la acción de los tribunales de la jurisdicción ordinaria o el recurso a un procedimiento arbitral.

II. Alternativas en presencia

1. Opción entre cláusulas atributivas de jurisdicción y cláusulas de arbitraje

8. Tradicionalmente se apunta a la utilidad que las controversias de orden jurisdiccional se resuelvan a partir de la aplicación de las reglas generales de la *prorrogatio fori*, presentes en los sistemas estatales, en virtud de las cuales las partes acuerdan por adelantado presentar cualquier litigio que haya surgido o pudiera surgir respecto a una relación jurídica concreta ante el tribunal que designen²⁹ confiéndoles, en principio, jurisdicción exclusiva. Pero ello puede ofrecer inconvenientes por la eventual falta de especialización de los jueces designados y por las incertidumbres a que dan lugar las soluciones concretas de los casos, con frecuencia divergentes, pese a suscitarse supuestos similares³⁰. Ello ha conducido en la práctica a que si se opta por una cláusula atributiva de competencia ésta designe a los tribunales de Londres, por la experiencia de los jueces ingleses en estas lides, o a que las partes se comprometan a someter sus disputas de arbitraje y, en este caso, la cláusula arbitral remita a una institución arbitral, situada en una plaza de donde estas controversias son habitualmente resueltas³¹. La elección de cualquiera de estas alternativas, basada en las notas de flexibilidad y de seguridad, junto a la experiencia del foro en la materia controvertida, confiere a los litigantes la posibilidad de elegir un foro neutral,

²⁷ L. SEHAYEK NIV, "The Electronic Express Sea Waybill as Perceived in Sealand Service, Inc. v. Lozen International, L.L.C. and Later Case Law", *Arizona J. Int'l & Comp. L.*, vol. 30, nº 3, 2013, pp. 507-527.

²⁸ En el apartado 18 de este instrumento se entiende por documento electrónico de transporte "la información consignada en uno o más mensajes emitidos por el porteador mediante comunicación electrónica, en virtud de un contrato de transporte, incluida la información lógicamente asociada al documento electrónico de transporte en forma de datos adjuntos o vinculada de alguna otra forma al mismo por el porteador, simultáneamente a su emisión o después de ésta, de tal modo que haya pasado a formar parte del documento electrónico de transporte, y que: a) Pruebe que el porteador o una parte ejecutante ha recibido las mercancías con arreglo a un contrato de transporte; y b) Pruebe o contenga un contrato de transporte".

²⁹ F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, Madrid, Colex, 2008, pp. 32 ss; *id.*, "Los acuerdos atributivos de jurisdicción en Derecho procesal civil internacional español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 52-91.

³⁰ *Vid.* A. KPOAHOUN AMOUSSOU, *Les clauses attributives de compétence dans le transport maritime de marchandises*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

³¹ Esta tendencia comenzó a manifestarse a comienzo de los años setenta como puso de relieve J.P. McMAHON, "The Hague Rules and incorporation of Charter Party Arbitration Clauses into Bills of Lading", *J. Mar. L. & Com.*, 1971, pp. 2 ss.

evitando las susceptibilidades inherentes al conocimiento de la controversia por un órgano resolutor constituido a partir de postulados poco convincentes. Se ha dicho así, con una cierta resignación, que la elección londinense ofrece una suerte de equilibrio entre el arbitraje tradicional y la jurisdicción especializada³² y que la intervención de centros administradores como la *London Maritime Arbitrators Association* está tan arraigado que aunque sus usuarios suelen quejarse de la ineficiencia, el gasto y la inflexibilidad del sistema, se abstengan de adoptar un enfoque alternativo, lo cual no descarta que desde ciertos sectores se denuncie este automatismo, excluyente de jurisdicciones y centros de arbitraje perfectamente capacitados para resolver las controversias derivadas del transporte marítimo.

Sin exagerar, la opción por una cláusula de elección de foro puede dar lugar a situaciones no deseadas o inesperadas para la parte que debe someterse a un tribunal extranjero, en relación con las expectativas que podría obtener de su propia jurisdicción, con la cual no puede negarse que existe un cierto recelo hacia el recurso jurisdiccional y que el ámbito de la contratación marítima sea uno de los más proclives a los contenciosos relativos a la determinación del órgano encargado de resolver el litigio. Contenciosos superpuestos muchas veces de las controversias sobre el fondo del asunto³³.

9. Conviene prestar atención a ciertas patologías inherentes al contrato cuando en él figuren a la vez cláusulas atributivas de competencia y cláusulas de arbitraje, y a los consiguientes enfrentamientos no deseados entre jueces y árbitros en torno a la determinación de la existencia y validez de ambas cláusulas, con el consiguiente resultado dilatorio poco edificante. La experiencia en la solución de esta contradicción es variada, en función principalmente del órgano que debe resolverla. Como punto de partida ha de tenerse en cuenta que no es lo mismo suscitar la validez de una de estas cláusulas ante un juez o ante un árbitro, pues en su consideración cada uno de ellos aplica criterios diferentes lo que condiciona el resultado de la apreciación³⁴.

En unos casos dicha apreciación descansa en una presunción de superioridad de una cláusula frente a la otra, asiduamente con la aplicación subsidiaria de la competencia de los tribunales estatales³⁵, a partir de argumentos un tanto sofisticados tendentes a despojar al juez estatal de cualquier competencia en la materia, poniendo el acento en que la cláusula de arbitraje expresa la elección sobre el procedimiento mismo de solución de la controversia prevalente en todo caso sobre una cláusula que se limita designar la jurisdicción territorialmente competente para conocer de la misma: no estamos por tanto ante una contraposición de cláusulas de difícil conciliación, sino ante una situación de prevalencia de la cláusula de arbitraje, dilema que el árbitro resolverá en aplicación del principio de competencia–competencia³⁶. En otros casos la práctica se decanta por una solución proclive a la avenencia de ambas cláusulas, a partir de una interpretación sistemática del contrato, partiendo de la presunción según la cual cuando estas situaciones se producen acostumbra a aparecer indicios de las partes quisieron evitar, de alguna manera, la opción jurisdiccional de su controversia³⁷.

A partir de aquí la jurisprudencia estatal es mayoritariamente proclive a considerar la primacía de la cláusula arbitral sobre la cláusula atributiva de competencia. Y el referente obligado de esta construcción es la sentencia *Dalico* pronunciada en 1991 por la *cour d'appel* pues, aunque técnicamente, pueda ponerse en entredicho la desvinculación del arbitraje respecto del Derecho estatal, a partir de este fallo, la jurisprudencia francesa ha sentado con contundencia este postulado³⁸.

³² B. OPPETT, "Justice étatique et justice arbitrale", *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 415 ss.

³³ M. DAVIES, "Forum Selection Clauses in Maritime cases", *Tulane Maritime L. J.*, vol. 27, nº 2, 2002–2003, pp. 367–387, esp. p. 367.

³⁴ N. COIPEL–CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage...*, pp. 5–6.

³⁵ *Cour d'appel* París 17 mayo 1995 (*Société Trafidi / Société International Spice and Food*), (*Rev. arb.*, 1997, pp. 90 ss y obs. de Y. DERAIS; *Journ. dr. int.*, 1996, pp. 110 ss y nota de E. LOQUIN).

³⁶ B. AUDIT, "L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles", *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, París, Dalloz, 1994, pp. 15 ss.

³⁷ S. STEBLER, "The Problem of Conflicting Arbitration and Forum Selection Clauses", *ASA Bull.*, vol. 31, nº 1, 2013, pp. 27–44.

³⁸ *Cour d'appel* París (1ère Ch. Suppl.) 26 marzo 1991 (*Comité populaire de la Municipalité de Khoms c. Dalico Constructions*) (*Rev. arb.*, 1991, pp. 456 ss y nota de H. GAUDEMET–TALLON); *Cour de cassation* 20 diciembre 1993 (*Rev. arb.*, 1994, pp. 116 ss y nota de H. GAUDEMET–TALLON; *Journ. dr. int.*, 1994, pp. 494 ss y nota de E. GAILLARD y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, pp. 663 ss nota de P. MAYER. *Vid.*, asimismo, E. LOQUIN, *L'arbitrage du commerce international*, París, Joly, 2015, p. 133 ; B.

2. Otras opciones de justicia alternativa

10. El protagonismo de las opciones hasta aquí estudiadas ha disminuido en la práctica contemporánea coexistiendo en la actualidad con técnicas y mecanismos de ADR englobados bajo la rúbrica general de “mediación” que, aunque sin desplazar los métodos tradicionales, comienzan a generalizarse en función de sus bondades al facilitar nuevas vías de solución a los operadores jurídicos mediante el diálogo y el entendimiento y por la insistencia en la búsqueda de intereses comunes para alcanzar un acuerdo satisfactorio³⁹. Es cierto que la mediación brinda importantes beneficios en orden a los costos, pero los operadores marítimos ven muchas veces en ella una señal de debilidad a lo que se une la inequívoca eficacia inherente al laudo arbitral o a la sentencia procedente de un tribunal judicial. Baste atender a que hasta hace pocos años en la industria naviera la mediación había sido una técnica de resolución de controversias bastante relegada, pese a su empleo generalizado en otros sectores del Derecho de los negocios internacionales.

Reconociendo esto se insiste ahora en que los operadores marítimos al considerar el mecanismo apropiado para resolver su controversia no sólo deben tener en cuenta su especial naturaleza, su cuantía, la ubicación geográfica de las partes, sus relaciones y expectativas, la participación de representantes legales y la influencia de intereses de terceros (v.gr., aseguradores), sino las posibilidades de otros mecanismos de resolución de controversias y no descartarlos de manera apriorística. Es este un terreno abonado para las soluciones procedentes de las denominadas cláusulas escalonadas multifunción⁴⁰ y del elenco de mecanismos que brindan, antes de acudir a los específicamente heterocompositivos.

Muchas de estas controversias son susceptibles de resolverse a través de negociaciones directas entre las partes involucradas, sin la necesidad de acudir a ninguna institución administradora. Así lo puso de relieve el asunto *Ite Shipping Pte Ltd v. China Ocean Shipping Co (The Jing Hong Hai)*⁴¹, donde un tribunal inglés tuvo que decidir sobre un contrato de fletamento donde figuraba la obligación de negociar a partir de una cláusula de resolución de controversias con el siguiente tenor “*Any dispute on this agreement will be settled amicably. Should both parties be unable [to] reach amicable settlement, the dispute will be referred to arbitrators already appointed by both parties under the charterparty*”. El peso de la tradición, sin embargo, condicionó la decisión del tribunal, al declarar inaplicable la cláusula controvertida en el sentido de que en el caso concreto la obligación de negociar no era jurídicamente vinculante⁴².

Es obvio que la comunicación directa ahorra costos y si ambas partes han sido constructivas y pragmáticas en el planteamiento de sus pretensiones, preferentemente con la intervención de sus asesores legales, su relación comercial puede mantenerse a largo plazo e, incluso, mejorar. Y para el caso de un fracaso de este tipo de negociación es factible acudir, si así lo dispone la referida cláusula escalonada, a otras opciones como, por ejemplo, al concurso de un tercero experto, legal o técnico, para analizar el fondo de la controversia y emitir una evaluación neutral, de carácter vinculante o no vinculante, del posible resultado antes que se ponga en marcha el mecanismo arbitral o jurisdiccional.

Como es bien sabido estas opciones previas y preventivas están siendo acaparadas por los tradicionales centros de arbitraje⁴³ como, a título de ejemplo: a) la *London Maritime Arbitrators Association*, que introdujo en 1991 mecanismos propios proporcionando la capacitación formal de la mediación

AUDIT, “L'accord d'arbitrage international: conflits de lois et règles matérielles”, *Le droit à l'épreuve des siècles et de frontières. Mélanges en l'honneur du Professeur Bertrand Ancel*, París/Madrid, LGDJ/Iprolex, 2018, pp. 133–149, pp. 140–141.

³⁹ O. SANDROCK, “The Choice Between Forum Selection, Mediation and Arbitration Clauses: European Perspectives”, *Am. Rev. Int'l Arb.*, vol. 20, n° 1, 2010, pp. 7–41

⁴⁰ *Vid.*, por todos, A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n° 1, 2017, pp. 99–124.

⁴¹ [1989, 2 Lloyd's Rep. 522 (QB) English High Ct].

⁴² L. FLANNERY y R. MERKIN, “Emirates Trading, good faith, and pre-arbitral ADR clauses: a jurisdictional precondition?”, *Arbitration International*, vol. 31, n° 1, 2015, pp. 79 ss.

⁴³ *Vid.*, *inter alia*, M. VAN DER HAGEN, “Les procédures de conciliation et de médiation organisées par les principaux instituts d'arbitrage et de médiation en Europe”, *Revue de droit des affaires internationales*, 1996, n° 2, pp. 255–272; H. TANG, “Combination of Arbitration with Conciliation: Arb–Med”, *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond* (A.J. van den Berg, ed.), La Haya, Kluwer Law International, 2005, pp. 545–455; P.E. WOLRICH, “ADR under the ICC Rules”, *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. 2, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2011, pp. 235–253.

a casi la mitad de sus miembros de conformidad con la última versión de su Términos de Mediación de 2002⁴⁴; b) la *Society of Maritime Arbitrators*, que elaboro un reglamento específico en la materia en 1991, cuya última versión es de 2016⁴⁵; c) la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*, cuenta con un reglamento en la materia en vigor desde el 31 mayo 2012⁴⁶; o d) la *Singapore Chamber of Maritime Arbitration* que oferta una *SCMA Arb–Med–Arb Clause*⁴⁷.

11. Las cláusulas escalonadas multifunción no son infrecuentes en la actual contratación marítima internacional y cada vez se incorporan en los documentos estandarizados, como los emanados de la *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO)⁴⁸, aunque en este último caso estrechamente vinculada al arbitraje. En efecto, la *BIMCO Standard Mediation Clause* garantiza que una de las partes no pueda utilizar la mediación como una táctica dilatoria y aunque las partes son libres de mediar en cualquier momento, el contenido de esta cláusula únicamente una parte inicia el procedimiento de arbitraje. Además, si las partes eligen utilizar la mediación para resolver la totalidad o parte de su litigio, el proceso de arbitraje continúa sustanciándose en paralelo y para garantizar que la mediación no interfiera con la realización del procedimiento de arbitraje, la cláusula estipula que el tribunal de arbitraje considerará posibles conflictos con la mediación al establecer el cronograma para el arbitraje. Este modelo de cláusula cada vez está más extendido como demuestra su aceptación por la *Society of Maritime Arbitrators* y por la *Chambre Arbitrale Maritime de Paris*⁴⁹.

Desarrolladas esencialmente en la práctica del *common law*, con el propósito de impulsar y de agotar todos los esfuerzos para alcanzar el acuerdo, se están generalizando en otros círculos jurídicos pues, además de aportar las notas de confidencialidad de imparcialidad, estos ADR tienen la virtud de preservar los intereses comerciales de las partes al tiempo que insisten en resaltar el valor del tiempo y en la reducción de los costos. Aparece así la figura del mediador, un profesional independiente e imparcial, conocedor del sector que gestiona el procedimiento y facilita la obtención de acuerdos con validez jurídica y cuya labor se acomoda a la Directiva Europea 2008/52/CE, de 21 mayo 2008, y, en nuestro país, a la Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

III. Soluciones procedentes de la unificación del Derecho marítimo internacional

1. Los mecanismos de arreglo de controversias en los proceso de unificación

12. En el Derecho de los negocios internacionales, y más concretamente en el sector del Derecho marítimo, se han venido desarrollando unos instrumentos comunes, fruto de las prácticas comerciales internacionales, normalizados e incorporados a los distintos sistemas estatales, empleados para armonizar las operaciones internacionales de comercio internacional y coincidentes con instrumentos de unificación internacional⁵⁰.

La mayor parte de los productos adquiridos en el comercio internacional se transportan por vía marítima porque, aunque el medio es lento, resulta a la larga barato. Obviamente, las mercancías de gran volumen y poco valor unitario, como el petróleo o los cereales, son los que más se benefician. Sin embargo quizá no sea siempre el medio más adecuado para una empresa importadora. El transporte marítimo tiene dos grandes especializaciones: el transporte de carga fraccionada o general y el transporte de cargas masivas. Las diferencias entre uno y otro afectan tanto al tipo de buque como a la forma de contratar el transporte, a los documentos utilizados y al marco jurídico aplicable. A partir

⁴⁴ *LMAA Mediation Terms 2002*, “<http://www.lmaa.london/terms-mediation-terms.aspx>”.

⁴⁵ *SMA Rules for Mediation 2016*, “<http://www.smany.org/mediation-rules.html>”.

⁴⁶ *CAMP Mediation Rules 2012*, “<https://www.arbitrage-maritime.org/us/PDFEN/Mediation.pdf>”.

⁴⁷ “http://www.scma.org.sg/model_clauses.html”.

⁴⁸ G. HUNTER, “BIMCO Contracts and Clauses: Uniformity, Diversity and the Ethical Dimension”, *J. Int'l Maritime L.*, vol. 23, n° 6, 2017, pp. 403–409.

⁴⁹ “BIMCO Promotes Use Of Mediation With New Dispute Resolution Clause”, “https://www.steamshipmutual.com/publications/Articles/Articles/Mediation_BIMCOPR.asp”.

⁵⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum...*, op. cit.

de aquí, la reglamentación internacional del transporte de mercancías por mar ha sido lenta y trabajosa pues esta modalidad de transporte está sujeta a muchos más factores ajenos al control del porteador a diferencia del transporte por aire, carretera, ferrocarril y vías de navegación interior, lo que puede influir en la duración y en los riesgos del viaje. A ello hay que añadir que el contrato utilizado en este sector suele depender del ramo considerado. En tanto que el comercio a granel acostumbra a regularse por un contrato de punto de amarre a punto de amarre o de colector de carga a colector de descarga del buque, el conocimiento de embarque de punto de amarre a punto de amarre ha desaparecido prácticamente del comercio de carga general. Hoy predomina el transporte en contenedores que se suele efectuar en el marco de un conocimiento de embarque negociado o bien de puerto a puerto o bien de puerta a puerta, o conforme a alguna fórmula intermedia: a partir de aquí la aparición de nuevas fórmulas, señaladamente vinculadas al transporte multimodal, están desplazando las categorías clásicas que predominaban en el transporte marítimo internacional.

La generalización de estas técnicas se promovió a mitad del siglo XX, coincidiendo con la intensificación de los intercambios comerciales entre países europeos y ultramarinos, obligados a utilizar masivamente el transporte marítimo, y el proceso estuvo caracterizado por el protagonismo de los intereses económicos directamente implicados que trataban de imponerse a las obsoletas normas estatales en el sector⁵¹ junto a la necesidad de facilitar que las operaciones de transporte internacional se desplegasen dentro de un marco legal permisivo de la velocidad y la seguridad de las transacciones. Como resultado del proceso han ido apareciendo instrumentos suministradores de certeza jurídica a las partes, principalmente al importador y al exportador en las operaciones de compraventa de mercancías más allá de sus fronteras.

No es el Derecho marítimo como ordenamiento jurídico lo que realmente es internacional sino las relaciones jurídicas que típicamente se generan en el ámbito de la navegación, casi siempre de carácter transnacional. Pues bien, a una prevalencia estadística de situaciones de este tenor responde el sistema jurídico generando un importante dispositivo de Derecho uniforme y, por tal motivo, el Derecho marítimo es pionero en la producción de reglas jurídicas materialmente uniformes en el campo internacional⁵². Una uniformidad que se ha manifestado preferentemente a través del empleo del tratado internacional, aunque esta técnica, por su excesiva rigidez y por los numerosos problemas de aplicación que entraña, está dejando paso a un importante proceso de autorregulación en el sector, a través de distintas técnicas destacando la utilización de las cláusulas tipo⁵³.

13. Indudablemente, la finalidad de estos instrumentos es establecer un régimen sustancial aplicable al transporte marítimo internacional, pero se han caracterizado y se caracterizan también por insertar disposiciones tendentes a la unificación de los mecanismos de arreglo de controversias aplicable a las controversias cubiertas por su alcance. Por lo tanto, dichos instrumentos reconocen por igual la virtualidad del arbitraje y de las cláusulas atributivas de jurisdicción y determinan las condiciones para su incorporación en los contratos de transporte marítimo. Sus redactores tuvieron en cuenta la necesidad de acomodar las reglas de jurisdicción a las normas sustantivas, incluyendo las de orden público, con la finalidad de hacer operativo y eficiente el régimen establecido por estos textos internacionales⁵⁴.

En este escenario, existe un importante nexo de unión entre el arbitraje como método preferente para la solución de conflictos internacionales y el nuevo Derecho de los negocios internacionales, como ordenamiento ajustado a las necesidades de las transacciones en la hora actual. Al carecerse de una regulación uniforme completa en materia de arbitraje marítimo internacional, debe adelantarse que, en orden

⁵¹ En concreto la UNCTAD ha dedicado parte de su actividad a la preparación de cláusulas tipo de seguro marítimo de cascos y seguro marítimo de la carga y prepara un formulario modelo y disposiciones tipo para un documento de transporte multimodal que complementa el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte multimodal internacional de mercancías. Vid. R. LUZZATTO, "Metodi di unificazione del diritto marittimo e interpretazione uniforme", *Dir. mar.*, 1999, I, pp. 147-152.

⁵² J.A. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Vitoria-Gasteiz, 2000, pp. 26-30.

⁵³ A. VON ZIEGLER, "Alternatives and Methods of Unification or Harmonization of Maritime Law", *Il diritto marittimo*, vol. 101, 1999, pp. 232-239.

⁵⁴ O. CACHARD, "La Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer (Règles de Rotterdam)", *Journ. dr. int.*, 2012, pp. 533 ss, esp. p.564.

a determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a la validez de las cláusulas de arbitraje en el sector concernido, son de aplicación los criterios generales previstos en el Convenio de Nueva York de 1958 y en el Convenio de Ginebra de 1961, salvo si existe un instrumento específico que regule los aspectos propios del convenio arbitral. Mas la acción de estos últimos instrumentos no exime de la necesidad de examinar las disposiciones de arbitraje incluidas en los convenios internacionales de Derecho marítimo.

14. Uno de los problemas esenciales en la expansión de los acuerdos atributivos de competencia en el marco del transporte marítimo internacional ha sido la dificultad de alcanzar una respuesta uniforme a través de la vía convencional⁵⁵. Como veremos seguidamente las acciones internacionales revelan un enfoque bastante conservador en este orden por caracterizarse por la presencia de numerosas cortapisas para su aplicación.

Existe una jurisprudencia estatal abundante, contradictoria por estar íntimamente vinculada al sistema judicial donde se ha gestado, con las consecuentes notas de incertidumbre, inseguridad y cuestionamiento de la cuestión estudiada. Baste contemplar que los instrumentos internacionales clásicos, como la Convención internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque de 25 agosto 1924 (“Convenio de Bruselas de 1924”), modificada posteriormente por los Protocolos del 23 febrero 1968 y de 2 diciembre 1979 (las llamadas “Reglas de La Haya-Visby”)⁵⁶, no incluyen reglas específicas en materia de arbitraje marítimo o de elección de foro, a pesar de la presencia relativamente frecuente de acuerdos de arbitraje y cláusulas *forum prorogatum* dentro de los conocimientos de embarque. Y se ha señalado al respecto que tal omisión no fue en modo alguno casual sino una consecuencia directa de las presiones efectuadas por los *lobbies* del transporte en los foros de codificación⁵⁷.

Claro es que esta situación ha variado progresivamente con la aplicación de instrumentos internacionales portadores de normas específicas tanto en materia de elección de foro como en la admisión del arbitraje, marcándose en este último caso una tendencia hacia la proliferación de las reglas específicas de arbitraje marítimo. Ha de recordarse que durante un largo periodo las cuestiones sustantivas y las cuestiones de procedimiento (*forum-ius*), incluido el arbitraje, se regulaban por separado en función de la diversidad de ambos bloques normativos. Sin embargo, este enfoque no tuvo en cuenta las dificultades de las negociaciones intergubernamentales y la concertación de tratados que resultan entre Estados con diferentes estrategias convencionales.

Ello explica que los acuerdos internacionales más recientes adopten otro punto de vista: combinar las reglas del Derecho marítimo sustantivo con las normas jurisdiccionales y arbitrales. Basta atender al Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, de 10 mayo 1952 y en vigor desde el 14 septiembre 1955, que proporciona un ejemplo, donde las normas jurisdiccionales civiles se combinan con el concepto marítimo de abordaje. Según el art. 2 de esta convención las partes tienen el derecho “de deducir una acción por razón de abordaje ante la jurisdicción que hayan elegido de común acuerdo ni el de someterla a arbitraje” en lugar de someterse a la jurisdicción en uno de tres tribunales diferentes: a) el Tribunal competente para conocer de la acción principal a tenor de lo prevenido en el artículo primero; b) el Tribunal al que hay sido sometida anteriormente una acción nacida del mismo abordaje contra la misma parte, o c) el Tribunal que conozca del asunto por aplicación de las reglas del artículo primero se declare competente de acuerdo con las reglas de competencia de su ley nacional para entender en todas las acciones entabladas por razón del mismo accidente (art. 3). También se encuentran otras normas sobre arbitraje en el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al embargo preventivo de buques de navegación marítima, de 10 mayo 1952, en cuyo art. 7.3º se dispone que “Si las convenciones de las Partes contienen ya una cláusula

⁵⁵ R. HERBER, “Jurisdiction and Arbitration: Should the New Convention Contain Rules on These Subjects?”, *Lloyd's Maritime and Com. L. Q.*, vol. 3, 2002, pp. 405-417.

⁵⁶ Ante el ámbito material de aplicación excesivamente reducido del Convenio de Bruselas de 1924, que sólo podría ser aplicado cuando el documento o título negocial en el que se incorporaban los derechos de las partes fuera un conocimiento de embarque o documento análogo, motivó la elaboración del Protocolo de 1968, que incorporó expresamente la posibilidad de determinar la aplicación de tal normativa convencional en virtud de una cláusula *paramount*. Con posterioridad el Protocolo de 1979 introdujo otra modificación en el texto convencional, relativa a la forma de expresión y cálculo de los límites de responsabilidad, remitiéndose a los derechos especiales de giro del FMI.

⁵⁷ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima...*, op. cit., p. 103.

atributiva de competencia a otra jurisdicción, ya una cláusula arbitral, el Tribunal podrá fijar un plazo dentro del cual el embargante deberá entablar su acción sobre el fondo del asunto”

Por su parte, la Convención internacional sobre salvamento marítimo, 1989, hecha en Londres el 28 abril 1989 dispone en el art. 27 que “Los Estados Partes fomentarán, en la medida de lo posible y con el consentimiento de las partes, la publicación de los laudos arbitrales pronunciados en casos de salvamento.

15. Debe ir por delante que ni España, ni los Estados integrantes de la UE, ni la mayor parte de los Estados con significativo tráfico marítimo, son parte del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías de 1978 (“Reglas de Hamburgo) que implanta un régimen jurídico uniforme para los derechos y obligaciones (de los cargadores, porteadores y consignatarios) surgidos de un contrato de transporte marítimo de mercancías. Dichas reglas pronto quedaron obsoletas por responder a una etapa caracterizada por un fuerte enfrentamiento entre Estados defensores de los intereses de los porteadores y Estados con presencia de muchos cargadores, con una posición decididamente favorable a los primeros en perjuicio de estos últimos.

Sentado lo anterior, conviene recordar que este instrumento contiene disposiciones específicas reguladoras de los eventuales procesos jurisdiccionales o arbitrales suscitados en el contexto de su ámbito de aplicación. En el primer caso, el art. 21 determina que en todo procedimiento judicial relativo al transporte de mercancías con arreglo al presente Convenio deberá tener en cuenta una serie de lugares especificados cuya enumeración es verdaderamente exhaustiva con el objeto de atender a los intereses de reclamante en cada caso concreto: a) el establecimiento principal o la residencia habitual del demandado; b) el lugar de celebración del contrato de transporte, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia; el puerto de carga; el puerto de descarga; y c) cualquier otro lugar designado al efecto en el contrato de transporte o en el acuerdo de arbitraje.

En el segundo caso, el art. 22 incluye reglas relativas al arbitraje en la convicción de que esta modalidad de arreglo de controversias era cada vez más utilizado para los litigios derivados de esa modalidad de contratación. Siguiendo esta orientación, se consideró de interés especial una regulación de cuestiones tales como la prescripción de acciones y la jurisdicción en relación con el arbitraje. Respecto a este segundo aspecto, las “Reglas” ofrecen respuestas concretas en relación con la validez de las cláusulas de arbitraje en el marco de la contratación marítima internacional consintiendo que cualquier controversia originada por un transporte de mercancías sea sometida a arbitraje⁵⁸. En concreto, en su art. 22.4º se dispuso que “El árbitro o el tribunal arbitral aplicará las normas del presente Convenio”, exigencia que se considera incluida “en toda cláusula compromisoria o compromiso de arbitraje y cualquier estipulación de tal cláusula o compromiso que sea incompatible con ellas será nula y sin efecto” (art. 22.5º)⁵⁹.

2. Perspectivas de las Reglas de Rotterdam

16. Las denominadas “Reglas de Rotterdam” fueron elaboradas en el marco de la Uncitral y plasmadas en fueron incorporadas al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Nueva York, 2008), ratificado por España el 19 enero 2011⁶⁰ pero muy lejos todavía de poder llegar a recibir el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor al no haber conseguido un sistema legal uniforme que equilibre los intereses de todos los operadores y de todas las modalidades de transporte. Pese a su desfavorable acogida no puede desconocerse que este instrumento ha tenido la virtud de desarrollar y modernizar antiguos convenios

⁵⁸ J.A. ÁLVAREZ RUBIO, “Contracts for the international carriage of goods: jurisdiction and arbitration under the new UNCITRAL Convention 2008”, *Yearb. Pr. Int'l L.*, vol. 11, 2009, pp. 171–191; *id.*, “Entre La Haya, Hamburgo y Rotterdam: la compleja opción legislativa interna ante las cuestiones de jurisdicción y arbitraje en el Derecho marítimo”, *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 598–646, esp. pp. 618–619.

⁵⁹ F.J. SÁNCHEZ GAMBORINO, *El contrato de transporte internacional CMR*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 306 ss.

⁶⁰ R. ILLESCAS ORTIZ, “L’Espagne ratifie les règles de Rotterdam: ce qui change au niveau du droit du transport international suite à ces règles”, *Droit maritime français*, vol. 63, 2011, pp. 691–700.

que regían el transporte internacional de mercancías por mar a los cuales ya hemos hecho referencia en las páginas anteriores. En la materia que nos ocupa las “Reglas de Rotterdam” concentraron, no sin negociaciones complejas⁶¹, las inequívocas aportaciones de las “Reglas de Hamburgo”, reforzando la regulación, al margen del arbitraje marítimo, de las cláusulas de sumisión.

En efecto, la falta de consenso en orden al contenido de las cláusulas de sumisión entre los Estados participantes se puso de manifiesto desde los trabajos preparatorios a la adopción de estas “Reglas” que se limitan a recopilar las disposiciones relativas al arbitraje en los arts. 75 a 78 del Capítulo 15 bajo la rúbrica “Arbitraje”, con evidentes similitudes con el Capítulo 14 dedicado a la jurisdicción⁶², y abordan la cuestión relativa a los terceros adquirentes de buena fe combinando la necesaria flexibilidad en su admisión con la exigencia de requisitos adicionales para que eventuales terceros puedan verse finalmente vinculados por el acuerdo arbitral (art. 76)⁶³. Frente a tal modalidad contractual, y para el resto de relaciones de transporte de mercancías adscritas al ámbito de aplicación material del Convenio, prevé de forma genérica una admisibilidad de los acuerdos de arbitraje en el párrafo primero del art. 75⁶⁴. Precisamente, uno de los problemas más apremiantes que ofrecen las cláusulas arbitrales en el sector de la contratación marítima internacional refiere a la extensión de su eficacia frente a terceros adquirentes de buena fe. La exigencia de que el arbitraje quede sujeto a las previsiones imperativas del Convenio y no sirva por tanto como “huida” ante su regulación queda fijada de forma expresa en el ap. 5 del propio precepto⁶⁵.

Entre las preocupaciones de este instrumento ocupa un espacio preferente el lugar del desarrollo del arbitraje, especificando a este respecto el apartado segundo del art. 75 los lugares susceptibles de elección, señalando que el procedimiento arbitral deberá tener lugar, a elección de la persona que dirija una reclamación contra el porteador en: a) algún lugar designado al efecto en el acuerdo de arbitraje; o b) cualquier otro lugar situado en un Estado en donde se encuentre alguno de los lugares siguientes: i) el domicilio del porteador; ii) el lugar de la recepción de las mercancías acordado en el contrato de transporte; iii) el lugar de la entrega de las mercancías acordado en el contrato de transporte; o iv) el puerto donde las mercancías sean inicialmente cargadas en un buque, o el puerto donde las mercancías sean finalmente descargadas del buque⁶⁶.

Por último, con el propósito de acomodarse a la preocupación mostrada en la norma convencional respecto al alcance frente a terceros de los pactos convenidos entre las partes originarias de la relación contractual de transporte, el Convenio determina de forma expresa en qué casos y bajo qué condiciones deviene vinculante el acuerdo de arbitraje suscrito⁶⁷.

⁶¹ G. BERLINGIERI, “Jurisdiction and Arbitration in the UNCITRAL Draft Convention on Carriage of Goods (Wholly or Partly) (by Sea)”, *ICMA XVI Congress papers*, Singapur, ICMA, 2007, pp. 308–315.

⁶² M.F. STURLEY, “Jurisdiction and Arbitration under the Rotterdam Rules”, *Uniform L. Rev.*, vol. 14, n° 4, 2009, pp. 945–980; J. TAYLOR, “International Maritime Arbitration and the Rotterdam Rules: A New Perspective on Party *Austl. & N.Z. Mar. L.J.*”, vol. 28, 2014, pp. 25–43. En España, R. LAPIEDRA ALCAMI, “El arbitraje marítimo internacional en las Reglas de Rotterdam”, *Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho*, n° 22, 2016, pp. 144–173.

⁶³ El art. 76 señala que: 1. Nada de lo dispuesto en el presente Convenio afectará a la eficacia de un acuerdo de arbitraje incluido en un contrato de transporte en el transporte no regular al cual sea aplicable el presente Convenio o las normas del presente Convenio por razón de: a) La aplicación del art. 7; o b) La incorporación del régimen del presente Convenio en un contrato de transporte que, de otra manera, no estaría incluido en su ámbito de aplicación, voluntariamente realizada por las partes. 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, todo acuerdo de arbitraje que figure en un documento de transporte o documento electrónico de transporte al que sea aplicable el presente Convenio a tenor del art. 7 se regirá por lo dispuesto en el presente capítulo, a no ser que dicho acuerdo: a) Identifique a las partes en el contrato de fletamento o en el contrato excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio a tenor de lo dispuesto en su art. 6, e indique la fecha de dicho contrato; e b) Incorpore por remisión específica la cláusula compromisoria incluida en el contrato de fletamento o en el contrato excluido del ámbito de aplicación del presente Convenio.

⁶⁴ El art. 75.1° dispone: A reserva de lo dispuesto en el presente capítulo, las partes podrán pactar que toda controversia que pueda plantearse en relación con el transporte de las mercancías bajo el presente Convenio será sometida a arbitraje.

⁶⁵ Art. 75.5°: “Se considerará que las disposiciones de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del presente artículo forman parte de toda cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje, y se tendrá por nula cualquier estipulación de tal cláusula o pacto en la medida en que sea incompatible con lo dispuesto en dichos párrafos”.

⁶⁶ P.H.F. BEKKER, “The ‘Rotterdam Rules’ and Arbitration: Questions and Warning Signs”, *Disp. Res. J.*, February/April 2010, pp. 68–73; F. Berligieri, “Arbitrato marittimo e Regole di Rotterdam”, *Diritto marittimo*, n° 113, 2, 2011, pp. 387–397.

⁶⁷ Art. 75.3°: La designación del lugar del arbitraje efectuada en el acuerdo de arbitraje será vinculante respecto de cualquier controversia entre las partes que lo hayan pactado, siempre y cuando dicho acuerdo figure en un contrato de volumen que indique claramente los nombres y las direcciones de las partes y que: a) Haya sido individualmente negociado; o b) Advierta de manera visible de la existencia de un acuerdo de arbitraje, con especificación de las cláusulas o secciones del contrato de volumen en donde figure. 4.

Tras los profundos debates que precedieron la elaboración de estas Reglas el resultado alcanzado evidencia que la respuesta a las cuestiones jurisdiccionales ha sido una tarea inacabada que continuará suscitando importantes debates. Su fracaso evidencia que la armonización desde la perspectiva de la contratación marítima y la escisión en el tratamiento de la cláusula atributiva de competencia, marcado el particularismo de las reglamentaciones estatales, excepción hecha de la labor realizada en el ámbito del Espacio Judicial Europeo (IV), y de las cláusulas de arbitraje, englobadas en el régimen general de la unificación de este mecanismo de arreglo de controversias (V), y cada vez más autónomas respecto de las anteriores⁶⁸. En la búsqueda de un supuesto “orden jurídico” regular⁶⁹, no puede extrañar que se suela distinguir entre orden jurídico “estatal” y orden jurídico “arbitral”⁷⁰.

IV. Ámbito de los acuerdos atributivos de competencia

1. Delimitación de un bloque normativo complejo

A) De la hostilidad a la permisón con reservas

17. En la mayoría de los supuestos el conocimiento de embarque es emitido unilateralmente por una de las partes contratantes, en concreto, por el transportista. En el dorso de este documento suelen contenerse las distintas condiciones relativas al transporte, entre las que acostumbra a insertarse (al margen de la eventualidad de una cláusula de arbitraje) una cláusula de elección de foro. Evidentemente la operación referida no es el resultado de una negociación entre sus intervinientes y es frecuente que el cargador se obligue a cumplir dicha cláusula pese a que, en términos generales, beneficia exclusivamente al transportista o porteador pues normalmente el tribunal elegido coincide con la sede principal de este último. Entre otros inconvenientes el cargador puede encontrarse en una situación de inferioridad, pues únicamente podrá verificar el estado de la mercancía cuando lleguen al puerto de destino y exigir la correspondiente responsabilidad al transportista. Cabe apreciar que la responsabilidad asumida por el porteador es de naturaleza contractual derivándose del incumplimiento de las obligaciones que este asumió frente al titular del crédito, por consiguiente la legitimación contra el porteador solo puede proceder del contrato que le vincula con el reclamante⁷¹. La imposición del foro no es, como es bien sabido, un caso aislado, pues los porteadores acostumbran a insertar en los conocimientos de embarque, sin posibilidad de negociación, cláusulas desiguales, como aquellas que desplazan la responsabilidad al cargador por los daños sufridos por la mercancía debido a un embalaje defectuoso si este no ha sido realizado por aquellos⁷².

Ante el particularismo de leyes nacionales en esta materia, muchas de ellas claramente hostiles a la permisón de sometimiento a jurisdicciones extranjeras, se impone un proceso de unificación permisivo de la estandarización racional y equilibrada de este tipo de cláusulas, pues la pervivencia de un cierto imperialismo jurisdiccional, contrario a la autonomía de la voluntad de las partes, representa un obstáculo cierto hacia la uniformidad de las reglas del de transporte internacional por mar. Por esta razón debe saludarse la iniciativa de algunos Derechos nacionales de observar lo dispuesto en los Convenios

Una persona que no sea parte en el contrato de volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo de arbitraje concertado con arreglo al párrafo 3 del presente artículo cuando: a) El lugar del arbitraje designado en el acuerdo esté situado en alguno de los lugares indicados en el apartado b) del párrafo 2 del presente artículo; b) El acuerdo de arbitraje figure en el documento de transporte o en el documento electrónico de transporte; c) Dicha persona haya sido adecuada y oportunamente informada sobre cuál es el lugar del arbitraje; y d) La ley aplicable prevea que dicha persona puede quedar obligada por el acuerdo de arbitraje.

⁶⁸ C. BLANCHIN, *L'autonomie de la clause compromissoire: un modèle pour la clause attributive de juridiction*, París, LGDJ, 1995.

⁶⁹ P. MAYER, “Le mythe de l'ordre juridique de base (ou *Grundlegung*)”, *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, París, Litec, 1982, pp. 199 ss, esp. p. 215.

⁷⁰ J.-M. JACQUET, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, París, Economica, 1982, nºs 124 a 151.

⁷¹ A. RECALDE CASTELLS, “Validez de una cláusula de sumisión expresa a tribunales extranjeros y legitimación en la acción por pérdidas y averías en el transporte marítimo y combinado en caso de concurrencia de dos títulos-valor (Comentario a la STS, Sala 1ª, de 10 noviembre 1993)”, *La Ley*, 1995, vol. 2, p. 1129.

⁷² CI. 17 CONLINEBILL 200.

internacionales reguladores de esta materia⁷³. Ello no significa que el Estado se vea despojado de sus poderes en el control del alcance de estas cláusulas pues siempre contará con instrumentos que protejan a sus nacionales contra los abusos a que estos mecanismos podrían dar lugar, posibilitando el acceso al juez de sus nacionales, a partir de la denominada “doctrina de razonabilidad” que, como punto de partida, permita la sumisión dispuesta en la cláusula siempre que su contenido no sea irracional e injusto, que no sea válida, o que sea fruto de un fraude⁷⁴.

Recordemos ante todo una vez más el peso que ejercen en el ámbito del transporte internacional de mercancías las empresas porteadoras, señaladamente en el marco del transporte en línea regular, y su insistencia en incorporar cláusulas atributivas de competencia a las condiciones generales de los conocimientos de embarque y que, como consecuencia de ellas el cargador se ve compelido a litigar ante tribunales extranjeros cuya sede es coincidente con el lugar del domicilio social de la naviera o, en otros casos se refieran a tribunales países terceros, preferentemente a los tribunales ingleses. Como veremos más adelante la frecuente inserción de las cláusulas atributivas de competencia en los conocimientos de embarque en el tráfico marítimo internacional condicionó la modificación del texto originario del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, que puso en marcha lo que más tarde constituiría el Espacio Judicial Europeo⁷⁵.

18. De dos maneras las jurisdicciones nacionales muestran su hostilidad al automatismo descrito. De un lado, imponiendo ciertas exigencias de fondo y de forma en orden a la cláusula, apreciando no sólo si aparece en un determinado documento de transporte o en el contrato. De otro lado, tomando en consideración si dicha cláusula se opone frente a terceros o frente a los contratantes originarios. La posibilidad de oponer las cláusulas atributivas de competencia o cláusulas de arbitraje a terceros no intervinientes en circulación del conocimiento de embarque en el que las partes acordaron atribuir jurisdicción a los tribunales de un determinado Estado, constituye, como hemos visto, una cuestión muy controvertida en los países que cuentan con un apreciable tráfico de mercancías por mar. Baste apreciar que una de las cuestiones que más polémica han levantado entre los miembros de la comunidad marítima española ha sido la de la posibilidad de instar a los tribunales españoles o a las entidades de arbitraje con sede en nuestro país para conocer las controversias derivadas de la contratación marítima internacional.

La proclividad hacia determinadas jurisdicciones o centros de arbitraje para resolver un gran número de litigios no sólo es una consecuencia directa de la influencia ejercida en la redacción de las cláusulas por las grandes compañías navieras, sino también por la especialización de jueces y árbitros en ciertos países, lo que justificaría su elección por los operadores del tráfico marítimo, no obstante la escasa o nula conexión del litigio con estos foros. Conviene insistir en esa corriente de especialización y en concreto como la organización de la justicia de ciertos sistemas estatales ha considerado oportuno fomentar la formación de los jueces en distintos sectores del Derecho de los negocios, entre ellos en controversias derivadas del tráfico marítimo internacional. Y dicha especialización es patente e los países de arraigada tradición y con importantes intereses en estas cuestiones. Paradigmático es el ejemplo del Reino Unido, dotado con anterioridad al siglo XIV de tribunales situados en los puertos y dedicados a los litigios marítimos con competencia en el ámbito local, que ejercían su labor de conformidad con las prácticas habituales. Y esta situación es admitida *de facto* por gran número de jurisdicciones (*v.gr.* francesa, italiana o española), a pesar, de los reparos hacia la pertinencia de su admisión, sobre todo cuando la cláusula no expresa con precisión la voluntad de las partes, en especial en relación con terceros.

En el contexto anterior, el semblante del tráfico marítimo español ha experimentado una profunda transformación en los últimos tiempos como consecuencia de dos datos, de un lado, el crecimiento de la actividad portuaria y, de otro lado, la sensible reducción de la flota mercante española; ello aconseja emprender una reforma en profundidad de nuestro Derecho marítimo, tanto en su dimensión pública como privada, toda vez que la situación no puede sostenerse únicamente con la presencia de los convenios internacionales en el sector⁷⁶. Y a ello responde la tendencia casi unánime de los maritimistas es-

⁷³ F. SPARKA, *Jurisdiction and Arbitration Clauses in Maritime...*, *op. cit.*, p. 125 ss

⁷⁴ M. DAVIES, “Forum Selection Clauses...”, *loc. cit.*, pp. 367–387, esp. pp. 386–387.

⁷⁵ *Vid.*, *infra*, nºs 23 ss.

⁷⁶ I. ARROYO, “Derecho marítimo español y Convenios internacionales: luces y sombras”, *Anuario de Derecho Marítimo* vol. XVI, 1999, pp. 21–79.

pañoles de reclamar una Ley General de Navegación, solicitud que se convirtió en clamor generalizado tras las secuelas jurídicas producidas por la catástrofe del buque *Prestige*⁷⁷.

B) Antecedentes de la regulación española

19. El Código de Comercio de 1829 dedicó el Título IV de su Libro Tercero, titulado “De los riesgos y daños del comercio marítimo” y los reguló en tres secciones: de las averías, las arribadas forzosas y los naufragios. Dentro de la estructura y del espíritu de este instrumento estas cuestiones quedaban sometidas a unos los “tribunales” encargados de resolverlas contemplados en su Libro Quinto “De la administración de justicia en los negocios de comercio”. Estos tribunales especiales de comercio, guardaban gran semejanza a los “consulados”, a los que sustituían, pues sus integrantes debían ser comerciantes mayoristas, matriculados, aunque eran nombrados por el Rey a propuesta de los intendentes de las provincias (arts. 1183 ss). Su funcionamiento fue regulado por la Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio, de 24 julio 1830 si bien la vida de estos órganos especializados fue relativamente corta, pues el 6 diciembre 1868 se aprobó el Decreto que materializó la unidad de fueros, cuyo Título V, suprimió los tribunales especiales de comercio y la referida Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y las Causas del Comercio de 1830, pasando las competencias de dichos tribunales especiales a la jurisdicción ordinaria.

Posteriormente, la reglamentación del Derecho marítimo se radicó en España durante mucho más de un siglo en Libro III del Código de Comercio de 1885 y el carácter obsoleto de sus normas nunca quedó paliada por algunas modificaciones parciales que se han introducido como consecuencia de la incorporación de España a ciertos Convenios de Derecho marítimo, que supusieron en su día una indiscutible mejora para solucionar determinadas imprecisiones y lagunas del sistema⁷⁸.

20. Aunque con una mera finalidad excluyente resulta obligado referirse a una característica privativa de nuestro sistema, que cuenta con una jurisdicción especializada en materia marítima representada por los Juzgados marítimos y al Tribunal Marítimo Central⁷⁹. Sin embargo, estas denominaciones, pese a su carácter de generalidad, no pueden llamar a engaño: no se trata de órganos de la Administración de Justicia en el sentido de los arts. 117 ss CE, sino de entes pertenecientes a la Administración General del Estado cuya función es agotar el litigio en vía administrativa en litigios donde está involucrada la referida Administración, por lo que su competencia excluye por entero los litigios derivados de la contratación marítima⁸⁰.

Esta actividad que debe ponerse en relación con el fenómeno de la denominada “actividad administrativa arbitral”, que no debe confundirse con el sometimiento de las controversias de la Administración, al arbitraje, sino que es una expresión que alude a las posibilidades conferidas a la Administración pública para que arbitre –resuelva– con carácter dirimente, sobre bienes o derechos de particulares en ejercicio de una potestad administrativa atribuida por Ley. Este tipo de actividad arbitral es susceptible

⁷⁷ De acuerdo con el apartado según de la Disposición final décima de la LNM: “el Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, y oído el Consejo General del Poder Judicial, realizará un estudio sobre la viabilidad de atribuir competencia objetiva a la Audiencia Nacional para el conocimiento de todos aquellos asuntos de especial trascendencia y gravedad que puedan someterse a la jurisdicción en las indicadas materias y en cualesquiera otras relativas a la navegación marítima. Dicho estudio será remitido a las Cortes Generales”. Vid. J.J. ÁLVAREZ RUBIO (dir.), *Las lecciones jurídicas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2011; *id.*, “«Prestige» y política marítima europea su necesaria profundización”, *La Ley Unión Europea*, nº 10, 2013, pp. 51–58.

⁷⁸ J.M^o MUÑOZ PLANAS, “Código de comercio y Derecho marítimo”, *Centenario del Código de Comercio*, vol. I, Madrid, 1986, pp. 389–420; J.F. DUQUE DOMÍNGUEZ, “La modernización del Derecho marítimo español. La propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación”, *La modernización del Derecho Marítimo Español. La Propuesta de Anteproyecto de Ley General de Navegación Marítima*, Santander, Autoridad Portuaria de Santander, 2005, pp. 17–32; R. ARENAS GARCÍA, “La aplicación de la regulación de la Ley de Navegación Marítima sobre los contratos de utilización del buque y de los contratos auxiliares de la navegación en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 205–241.

⁷⁹ El Tribunal Marítimo Central es un órgano administrativo colegiado con sede en Madrid y dependiente del Ministerio de Defensa. Se regula por la Ley 60/62, de 24 de diciembre y su Reglamento, aprobado por Decreto 984/67, de 20 de abril. Su competencia está referida esencialmente a asistencias marítimas (auxilios, salvamentos y remolques en la mar).

⁸⁰ E. PÉREZ RAMÍREZ, *Tribunal Marítimo Central, 1963–2017*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2017, esp. pp. 83 ss.

de encubrir el empleo de potestades administrativas para la realización de funciones jurisdiccionales que están vedadas al poder ejecutivo hallándonos ante una modalidad arbitral y forzosa, toda vez que una de las partes no puede eludirla quedando excluida de la intervención de la justicia ordinaria o pública⁸¹.

C) Preferencia de la normativa de la Unión Europea y de los tratados internacionales

21. Introducida por la LOPJ de 1985 una nueva ordenación de la competencia judicial internacional en el sistema español de Derecho internacional privado con visos de generalidad, debe tenerse en cuenta las normas reguladoras de esta materia no son las únicas pues se limitan a fijar, como se ha indicado, un “régimen común” aplicable en caso de que no intervenga un tratado internacional o que no exista una legislación especial. La remisión a los tratados y a las normas de la Unión Europea ha sido reiterado en la reglamentación específica suministrada por la LNM, cuyo art. 468 LNM constituye la norma de base de la materia que estamos estudiando, pues esa disposición únicamente se aplicará “sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea”. Como es habitual en este tipo de regulación, se establece una remisión genérica a las normas convencionales y de la Unión Europea que actuarán de modo preferente, esencialmente, el Reglamento 1215/2012 –Bruselas I bis–). De esta suerte, si la materia objeto del litigio se encuentra incluida en el ámbito de aplicación material del Reglamento este último determinará, entre otras cosas, la validez formal de esa cláusula de sumisión, no siendo el art. 468 LNM cuando la cláusula de sumisión prevista en algunos de los contratos marítimos a los que hace alusión remita al tribunal de un Estado miembro

La remisión apuntada obliga a recordar que en el ámbito de la Unión Europea, la generación de normas de Derecho internacional privado de origen institucional (Reglamentos y Directivas especialmente), atiende a las necesidades impuestas por los objetivos y el correcto funcionamiento del mercado interior⁸². Asimismo, la importancia de los convenios internacionales en el sistema español de Derecho internacional privado es singularmente notable. Existen pocos Estados que se hayan obligado por tantos textos internacionales como el nuestro, merced en buena medida a una “euforia internacionalista” que siguió a la apertura internacional y europea de nuestro país a partir de finales de los años setenta, y que en muchos casos provocó una política convencional apresurada y poco medida⁸³. La trascendencia de los tratados en el Derecho internacional privado español y es manifiesta en todos sus sectores, notablemente en el ámbito marítimo.

2. Soluciones procedentes del Espacio Judicial Europeo

A) Evolución y notas características del sistema

22. El eficaz movimiento de europeización de las normas sobre competencia judicial internacional ha tenido la virtud de reducir drásticamente la aplicación de la normativa interna por parte de los Estados miembros y, como resultado, la mayoría de las cláusulas atributivas de competencia están sometidas a las disposiciones de la UE. En tal sentido, el denominado Espacio Judicial Europeo ha considerado desde sus orígenes que debía de establecerse una regulación específica sobre los acuerdos atributivos de competencia⁸⁴, cuya repercusión en el ámbito de la contratación marítima queda fuera de toda duda⁸⁵. El tratamiento de estas cláusulas está acogido, fundamentalmente, en el art. 25 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012, relativo a la competen-

⁸¹ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Arbitraje y Jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, 2005, pp. 55–92, esp. pp. 74–76.

⁸² J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2018, p. 36

⁸³ *Ibid.*, p. 33.

⁸⁴ M.B. MERINO JUEZ, “La prórroga de la competencia judicial internacional”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, n° 18, 1998, pp. 67–113.

⁸⁵ Y. BAAZ, “Forum selection in Contracts for the Carriage of Goods by Sea: the European Dimension”, *Lloyd’s Maritime and Com. L.Q.*, vol. 2, 2011, pp. 208–226; W. VERHEYEN, “Forum clauses in carriage contracts after the Brussels I (bis) Regulation: procedural (un)certainly?”, *J. Int’l Mar. L.*, vol. 21, n° 1, 2015, pp. 23–38.

cia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil –Bruselas I bis– (en adelante RB I bis) y en el art. 23 del Convenio de Lugano⁸⁶ y el Tribunal de Justicia ha tenido el mérito de fijar el contenido de esta noción de carácter autónomo frente a las concepciones mantenidas en los distintos Estados miembros. El establecimiento de esta noción persigue evitar “una multiplicación de los criterios de competencia con respecto a los litigios derivados de una misma relación jurídica”⁸⁷. No es casual que uno de los objetivos generales para el establecimiento de este espacio sea garantizar la igualdad y uniformidad del régimen de la contratación, la previsibilidad de las soluciones.

Pese a su enunciado general no es de aplicación en este ámbito el Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre acuerdos de elección de foro, suscrito por la UE, pues sus redactores consideraron que debían primar en esta materia otros instrumentos internacionales que contemplan foros de competencia exclusiva con carácter específico⁸⁸. Ha de tenerse presente, además, que entre las materias excluidas insertas en su art. 2 figura “el transporte de pasajeros y de mercaderías”⁸⁹.

La unificación de las normas de competencia judicial a que han dado lugar estos instrumentos facilitó indudablemente un reconocimiento generalizado de las cláusulas atributivas de competencia⁹⁰, propiciando su no sólo su admisión frente a los obstáculos de las normativas nacionales, sino el establecimiento en estas últimas de normas protectoras de su contenido, como evidencia el art. 22 bis LOPJ. Como elementos determinantes de esta favorable acogida están su virtualidad para lograr la previsibilidad de las soluciones y la eficacia de las transacciones económicas internacionales pues este tipo de cláusulas están muy presente en las operaciones comprendidas en el Derecho de los negocios internacionales.

23. Reglamentada esta materia por vez primera en el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, las normas reguladoras de las cláusulas atributivas de competencia han experimentado una considerable evolución, acelerada tras el ingreso del Reino Unido en la EU, que consiguió, aparte de una modificación sustancial del precepto, introducir en este primitivo texto convencional varios foros específicos en materia marítima. Resultan significativas las modificaciones efectuadas a este precepto por el Convenio de Luxemburgo de 1978⁹¹ y, más tarde, por el Convenio de San Sebastián de 1989⁹². Asimismo, cabe

⁸⁶ Respecto a la aplicación de este último instrumento en la materia que nos ocupa, *vid.* STJ 15 noviembre 2012, as. C-456/11: *Gothaer Allgemeine Versicherung*, ap. 36. Esta decisión tuvo que pronunciarse sobre un contrato de transporte de Amberes a México llevado a cabo por una filial alemana de una sociedad holandesa en cuyo conocimiento de embarque se incluía una cláusula de sumisión a los tribunales islandeses y la aplicación del Derecho islandés. *Vid.* el comentario de esta decisión de E. TORRALBA MENDIOLA y E. RODRÍGUEZ PINEAU, *REDI*, vol. LXV, 2013, pp. 219–222.

⁸⁷ STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn*. *Vid.* *REDI*, 1993, pp. 437–439 y nota de A. RODRÍGUEZ BENOT; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992, pp. 528 ss y nota de H. GAUDEMET–TALLON; *Journ. dr. int.*, 1993, p. 474 ss y obs. de J. –M. BISCHOFF.

⁸⁸ Decisión del Consejo, de 4 diciembre 2014, DO L 353 de 10.12.2014. En este punto resulta obligado referirse al Convenio de La Haya, de 30 junio 2005, sobre acuerdos de elección de foro, al que se ha incorporado la UE en 2104 como una contribución “eficaz al fomento de la autonomía de las partes en las transacciones comerciales internacionales y a una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales relativas a esas transacciones, aunque muchos de los modelos de cláusulas de elección de foro que ahora son utilizados en el tráfico internacional están excluidos del ámbito de aplicación de este instrumento, que se ha limitado en la práctica a los acuerdos de elección de carácter exclusivo. En concreto, según su art. 2.2º este instrumento “no se aplicará a las siguientes materia: (...) “f) el transporte de pasajeros y de mercaderías”. *Vid.* R. ARENAS GARCÍA, “La aprobación por la UE del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro un cruce de caminos”, *La Ley: Unión Europea*, nº 22, enero 2015, pp. 35–45; M. PERTEGÁS SENDER, “Nuevas reglas internacionales sobre las cláusulas de elección de foro en contratos Internacionales: El Convenio de La Haya y el Reglamento Bruselas I Bis”, *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2015, pp. 111–126.

⁸⁹ *Vid.* las razones de esta exclusión en C. FORRETS, “The Hague Convention on Choice of Court Agreements: the Maritime Exceptions”, *J. Priv. Int’l L.*, vol. 5, nº 3, 2009, pp. 491–516.

⁹⁰ STJ 3 julio de 1997, as. C-269/95: *Benincasa* “la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, se rige por lo dispuesto en el Convenio, cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional”. En la actualidad será por el RB I. *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Delimitación de la noción de consumidor en la contratación mercantil internacional a los fines de la determinación del órgano judicial competente según el Convenio de Bruselas de 1968 (Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-269/95, ‘Francesco Benincasa c. Dentalkit SRL’, de 3 julio 1997)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 1997.6, pp. 1651–1660; *id.*, nota en *REDI*, 1998, pp. 292–297.

⁹¹ Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado en Luxemburgo el 9 octubre 1978. *Vid.* G.A.L. DROZ, “Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles révisée sur la compétence judiciaire et l’exécution des jugements”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 251 ss, esp. nº 47.

⁹² Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa, firmado en Donostia–San Sebastián el 26 mayo 1989. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Texto consolidado del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial

agregar una creativa jurisprudencia del Tribunal de Justicia reflejada en parte en las sucesivas modificaciones del texto originario: el art. 23 del Reglamento 44/2001 (RB I) y por su sucesor el art. 25 RB I bis.

El art. 23.1º RB I dispuso que “si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiese surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes...”. La norma del art. 23.1º debía aplicarse, por tanto, aunque el demandado no tuviese su domicilio en un Estado miembro, que como es bien sabido, es, el criterio general de aplicación espacial de las normas del Reglamento y la *prorogatio fori* prevista en el art. 23.1º operaba cuando al menos una de las partes (demandado o demandante), tuviese su domicilio en un Estado miembro. En este caso, la sumisión de las partes a los tribunales de un Estado miembro producía un doble efecto: atributivo y derogatorio. Atribuía competencia única a los tribunales del Estado elegido, mientras quedaba derogada la competencia de los tribunales de los demás Estados miembros. La reforma del RB I incluyó esta materia en el art. 25 del texto actualmente vigente, portador de un sistema general aplicable en el Espacio Judicial Europeo sobre las cláusulas atributivas de competencia, al margen de la regulación específica inherente a ciertos contratos (consumo, seguros y trabajo).

24. Entre las notas características del referido sistema cabe referirse a las siguientes:

- i) La competencia de un órgano jurisdiccional o de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, acordada por las partes contratantes en una cláusula atributiva de competencia, se regula únicamente por las disposiciones del RB I bis y es única, “exclusiva” conforme al tenor de su art. 25.1º⁹³, lo que no acontece con el resto de las estipulaciones materiales del contrato en el que se incluye dicha cláusula, que se rigen por las normas del Derecho internacional privado del Estado del foro⁹⁴; más concretamente, respecto a la validez de fondo, el art. 25.1º RB I bis remite a la ley del Estado designado, rigiéndose la capacidad y el consentimiento por la ley que cada Estado designe aplicable en sus normas de conflicto (en el sistema español arts. 9.1º y 9.11º). Esta competencia exclusiva del tribunal designado no puede ser objeto de renuncia salvo en dos casos, que las partes por mutuo acuerdo renuncien a ella o que la cláusula se haya establecido únicamente en favor de una de ellas. En este último supuesto es menester “que la voluntad común de otorgar una ventaja a una de las partes resulte claramente de los términos de la cláusula, del conjunto de indicios hallados en el contrato o de las circunstancias que rodearon la celebración del mismo”⁹⁵. Corresponderá, por consiguiente, al juez nacional indagar acerca de la existencia de voluntad común de las partes de insertar un acuerdo atributivo de competencia en favor de una de ellas en el momento de la celebración del contrato.
- ii) El acuerdo ha de ser el resultado de la voluntad común de las partes de prorrogar la competencia. Para verificación de la existencia efectiva del consentimiento entre las partes el juez que conoce del asunto tiene la obligación de examinar, *in limine litis*, si la cláusula atributiva de competencia ha sido efectivamente fruto de un consentimiento entre las partes y si éste se ha manifestado de manera clara y precisa⁹⁶ por ambas partes de acuerdo a los requisitos formales exigidos en el RB I bis⁹⁷.

y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil (nota introductoria)”, *Revista Jurídica Española La Ley*, supl. Comunidades Europeas, diciembre de 1990, 14 pp.

⁹³ STJ 21 mayo 2015, as. C-322/14: *El Majdoub*, ap. 24. Sin embargo, la designación de un determinado juez en la cláusula “no excluye, que si el demandado comparece ante otro el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante este sea competente” (STJ 7 marzo 1985, as. 48/84: *Spitzley*). En la jurisprudencia española la STS 1ª 12 enero 2009 determinó que en caso de sumisión expresa, los tribunales elegidos serán los únicos competentes, con exclusión de aquellos que pudieran venir determinados por foros especiales, y el incumplimiento por una de las partes de este acuerdo planteando la acción ante otros tribunales puede implicar su responsabilidad por los daños ocasionados a la otra parte (Roj: STS 263/2009 – ECLI: ES:TS:2009:263).

⁹⁴ STJ 3 julio 1997, as. C-269/95: *Benincasa*, ap. 25.

⁹⁵ STJ 24 junio 1986, as. 22/85: *Anterist*, ap. 14.

⁹⁶ SSTJ 14 diciembre 1976, as. 24/76: *Salotti* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, p. 576 ss y nota de E. MEZGER; *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 734 ss y nota de J.-M. BISCHOFF), 14 diciembre 1976, as. 25/76: *Galeries Segoura SPRL* (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1977, pp. 577 ss y nota E. MEZGER; *Journ. dr. int.*, 1977, pp. 734 y obs. de J.-M. BISCHOFF), y 7 julio 2016, as. C-222/15: *Hószig*, ap. 37.

⁹⁷ SS TJ 6 mayo 1980, 784/79: *Porta-Leasing*, ap. 5 y 21 mayo 2015, as. C-322/14: *El Majdoub*, ap. 29.

- iii) La cláusula únicamente puede abarcar las controversias originadas o susceptibles de producirse en orden a una relación jurídica determinada, lo que restringe el alcance de un acuerdo atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula⁹⁸.
- iv) La cláusula debe designar un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, y no se establece exigencia alguna en torno a la necesidad de que exista un vínculo entre el litigio y el tribunal requerido⁹⁹. No obstante, las Reglas del RB I bis no serán de aplicación cuando todos los elementos de la relación jurídica se concentren en un mismo Estado miembro y el Tribunal designado sea también de ese mismo Estado. Por último, el régimen de la sumisión por las partes a los tribunales de un Estado no miembro no se halla previsto en el RB I bis. En tal caso, y “con independencia del domicilio”, no existe obligación por parte de los Estados miembros de respetar semejante *derogatio fori* resolviéndose la cuestión conforme a los respectivos Derechos internos de cada Estado miembro¹⁰⁰.
- v) Si la cláusula atributiva de jurisdicción que se separa del principio general según el cual “las personas domiciliadas en el territorio de un Estado contratante estarán sometidas, cualquiera que sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de este Estado”, que favorece al demandado, debe presumirse favorable al demandante¹⁰¹.
- vi) En caso de litispendencia el tribunal ante el que se ha formulado la segunda demanda y cuya competencia ha sido reivindicada en virtud de una cláusula atributiva de competencia debe suspender el procedimiento hasta que el tribunal ante el que se formuló la primera demanda se declare incompetente¹⁰². En relación con este último apartado el Tribunal de Luxemburgo en el asunto *Coreck Maritime* tuvo la virtud de aclarar que la cláusula de elección de foro no tiene por qué formularse de manera que identifique directamente el órgano jurisdiccional competente, bastando con que concrete los elementos objetivos sobre los que las partes han acordado designar al tribunal competente. Unos elementos lo suficientemente precisos para posibilitar al juez que conoce del litigio establecer su competencia vinculados siempre a las circunstancias propias de la controversia. En el referido asunto, la cláusula controvertida establecía que “cualquier litigio que se suscite en relación con el presente conocimiento de embarque será resuelto en el país en el que el porteador tenga su establecimiento principal”¹⁰³.
- vii) Finalmente, en el capítulo del reconocimiento y ejecución de decisiones, si el tribunal del Estado miembro de origen, a la hora de determinar su propia competencia, declara que la validez de la cláusula, resulta contrario al principio de confianza recíproca en la justicia dentro de la UE que un tribunal del Estado miembro requerido examine de nuevo esa misma cuestión de validez¹⁰⁴.

⁹⁸ STJ 10 marzo 1992, as. C-214/89: *Powell Duffryn*, ap. 31: “Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia”.

⁹⁹ STJ 17 enero 2018, as. 56/79: *Zelger*: Se excluyen “tanto las reglas generales de competencia – (...) y hace abstracción de cualquier elemento objetivo de conexión entre la relación objeto del litigio y el Tribunal designado”.

¹⁰⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, op. cit., pp. 85.

¹⁰¹ STJ 24 junio 1986, as. 22/85: *Crédit Lyonnais*.

¹⁰² STJ 9 diciembre 2003, as. C-116/02, *Gasser*.

¹⁰³ STJ 9 noviembre 2000, as. C-287/1998: *Coreck Maritime GmbH*. Vid. SAP Alicante 8ª 24 febrero 2014. AC 2014\453.

¹⁰⁴ STJ 15 noviembre 2012, as. C-456/11: *Gothaer Allgemeine Versicherung*, ap. 38: “Admitir que el tribunal del Estado miembro requerido pueda considerar nula una cláusula atributiva de competencia cuya validez haya reconocido el tribunal del Estado miembro de origen resultaría contrario a la mencionada prohibición de revisión de la resolución en cuanto al fondo, máxime en circunstancias en las que, de no haber existido dicha cláusula, este último tribunal habría podido declararse competente. En efecto, en este último supuesto el hecho de que el tribunal del Estado miembro requerido considere nula la cláusula atributiva de competencia no sólo pondría en tela de juicio la conclusión preliminar del tribunal del Estado miembro de origen en cuanto a la validez de dicha cláusula, sino que también cuestionaría la resolución de este tribunal de declinar su propia competencia como tal”.

B) Cuestiones de validez formal

25. La forma permite verificar el conocimiento de lo que se acepta. Sin embargo, de forma escrita no es la única que valida plenamente el acuerdo atributivo de competencia¹⁰⁵, y así el RB I bis tiene en cuenta la existencia de la voluntad común de las partes a partir de una serie de prácticas informales en Derecho de los negocios internacionales y la protección de quienes las suscriben. Conviene detenerse en los criterios generales establecidos en orden a la apreciación de la existencia misma del acuerdo atributivo de competencia, expresado a través de unos requisitos formales cuya finalidad es dejar constancia inequívoca de la voluntad de las partes. Dicho en otros términos, la cláusula solo despegará su eficacia si la parte contra la que se esgrime la había conocido y aceptado en el momento de la formación del contrato y dicha constatación se manifiesta cuando el acuerdo atributivo de competencia haya sido celebrado “por escrito o verbalmente con confirmación escrita”. Y, en caso que la cláusula prevea para su prórroga la forma escrita, si el contrato ha expirado, pero continúa constituyendo el fundamento jurídico de las relaciones contractuales entre las partes, dicha cláusula cumple los requisitos de forma si, “según la ley aplicable, las partes podían prorrogar válidamente el contrato inicial sin observar la forma escrita, o si, en la hipótesis contraria, cualquiera de las partes ha confirmado por escrito esta cláusula o el conjunto de cláusulas tácitamente asumidas de las que forma parte, sin que la otra parte, que ha recibido esta confirmación, se haya opuesto a ello”¹⁰⁶.

Considerada aisladamente esta previsión, inserta en la versión del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968, al margen de obligar precisar cómo debía manifestarse la confirmación escrita¹⁰⁷, no dejaba de ocultar un gran recelo a que las estipulaciones insertadas en un documento no firmado por las partes pudiese esconder una modalidad próxima a un contrato de adhesión. Si el acuerdo de elección de foro diseñado debía ser expresión de la voluntad de las partes, su validez podría cuestionarse cuando estuviésemos en presencia de una modalidad contractual de este tipo o ante remisiones a contratos anteriores o ante ciertas prácticas que los incluyen en ciertos documentos anexos al contrato. La atenuación de esta postura se realizó en dos etapas.

En 1976 el Tribunal de Justicia precisó en el asunto *Estasis Salotti di Colzani* que la simple impresión, al dorso de un contrato formalizado sobre papel comercial de una de las partes, de una cláusula atributiva de competencia, en el marco de las condiciones generales de dicha parte, no garantiza “que la otra parte haya efectivamente prestado su consentimiento a una cláusula contraria al régimen general en materia de competencia judicial”¹⁰⁸. El Tribunal se posicionó ante una cuestión controvertida considerando que cuando la relación contractual se desarrolla entre operadores profesionales habituados a estos menesteres debería exigírseles una actuación marcada por la debida diligencia. Cosa distinta será cuando los contratantes no son especialistas habituales en las transacciones internacionales lo que implica la presencia del postulado de la buena fe a la hora de suscribir el contrato considerándose lícita la cláusula cuando, en el propio texto del contrato firmado por ambas partes, se haga una remisión expresa a las condiciones generales que la contengan¹⁰⁹, y se acredita que estas últimas fueron efectivamente comunicadas a la otra parte contratante¹¹⁰, pero no cuando estas exigencias no concurren¹¹¹.

¹⁰⁵ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, La dimensión procesal internacional en la Ley de Navegación Marítima. AEDIPr, 2014–2015, pp. 177-178.

¹⁰⁶ STJ 11 noviembre 1986, as. 313/85: *Iveco / Fiat*.

¹⁰⁷ La STJ 11 julio 1985, as. 221/84, *Berghoefer / ASA*, precisó a este respecto que “se cumple el requisito de forma que exige cuando se acredita que la cláusula atributiva de competencia ha sido objeto de un acuerdo verbal que se refiere de modo expreso a dicho punto, que una confirmación escrita de dicho acuerdo emitida por una cualquiera de las partes ha sido recibida por la otra y que esta última no ha formulado objeción alguna”.

¹⁰⁸ STJ 14 diciembre 1976, as. 24/76: *Estasis Salotti di Colzani*, aps. 9 y 10: “en el caso en que, entre las condiciones generales de venta de una de las partes, impresas al dorso de un documento contractual, figure una cláusula atributiva de competencia, únicamente se cumple la exigencia de forma escrita (...) si el contrato firmado por ambas partes contiene una remisión expresa a dichas condiciones generales”. En relación con el alcance de la cláusula atributiva de incompetencia incluida en el folleto de emisión de intermediario, *vid.* STJ 20 abril 2016, as. C-366/13: *Profit Investment*).

¹⁰⁹ STJ 7 julio de 2016, as. C-222/15: *Höszig*.

¹¹⁰ STJ 14 diciembre 1976, 24/76: *Estasis Salotti di Colzani*, ap. 12.

¹¹¹ STJ 8 marzo 2018, as. C-64/17: *Saey Home & Garden*: “una cláusula atributiva de competencia, estipulada en las condiciones generales de venta mencionadas en diversas facturas emitidas por una de las partes contratantes no cumple los requisitos (del art. 25.1º RB I)”.

26. La segunda etapa supuso una verdadera mutación del precepto, tras la incorporación del Reino Unido, por el art. 11 del Convenio de Luxemburgo de 1978 y, posteriormente, por el art. 7 del Convenio de San Sebastián de 1989¹¹², que le confirió su versión actual, admitiendo el texto en vigor (25 RB I bis) una serie de interpretaciones de enorme importancia:

- i) Considerar que si el contrato se ha celebrado verbalmente, se cumplen los requisitos de validez del mismo si cualquiera de las partes ha recibido de la otra una confirmación escrita de tal acuerdo, sin haber planteado objeción alguna en tiempo hábil¹¹³; asimismo si dicha celebración se ha realizado en el marco del comercio internacional, el convenio atributivo de competencia debe reputarse válido, como consecuencia de la falta de respuesta de la otra parte contratante a un escrito comercial de confirmación que su co-contratante le hubiere enviado, o del pago reiterado y sin protesta de facturas, cuando dichos documentos contengan una mención impresa que indique el fuero, si este comportamiento corresponde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que operan las partes interesadas y si estas últimas conocen dicho uso o debieran conocerlo¹¹⁴.
- ii) Apreciar la validez de la cláusula de elección de foro cuando se celebre “en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas” y no se inserte necesariamente en el cuerpo del contrato, sino que aparezca en un documento separado que contenga las condiciones generales de la operación, en un contrato anterior o en un contrato tipo. Se admite, pues que, en las transacciones de comercio internacional, puede acudir a una forma “conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado”¹¹⁵. El Tribunal de Justicia ha tenido la oportunidad de precisar que cabe apreciar un uso en un ámbito del comercio internacional cuando las partes contratantes que operan en dicho contorno siguen generalmente un comportamiento determinado al celebrar cierta clase de contratos, acreditándose dicho comportamiento “cuando, en particular, hubieren entablado con anterioridad relaciones comerciales entre ellas o con otras partes que operen en el sector comercial de que se trate o cuando, en dicho sector, se siga un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse una práctica consolidada”¹¹⁶. En suma, se refuerza especialmente la naturaleza obligatoria del uso eliminando las posibilidades de justificar que la parte que no ha dado su consentimiento se escude en una suerte de ignorancia o desconocimiento¹¹⁷.
- iii) Estimar que la transmisión efectuada por medios electrónicos se ha realizado por escrito siempre que pueda determinarse un registro duradero del acuerdo (técnica de aceptación mediante un *clic*, llamada también *click-wrapping*) El Tribunal de Justicia se ha pronunciado a este respecto acerca de la aceptación mediante un *clic* de las condiciones generales afirmando que “la técnica de aceptación mediante un *clic* de las condiciones generales, que

¹¹² Que tomo como referente las SSTJ 14 diciembre 1976, as. 25/76: *Galleries Segoura SPRL*: “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”; y STJ 19 junio 1984, as. 71/83: *Tilly Russ / Nova*. Vid. G.A.L. DROZ, “La Convention de Lugano parallèle à la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 1 ss, esp. p. 23; H. GAUDEMET-TALLON, “Les clauses attributives de juridiction dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968”, *Compétence judiciaire et exécution des jugements en Europe*, Londres, Butterworths, 1993, pp. 133 ss, esp. p. 139.

¹¹³ STJ 11 julio 1985, as. 221/84: *Berghoefer*.

¹¹⁴ STJ 20 febrero 1997, as. C-106/95: *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG)*. Vid. REDI, 1997, pp. 210-215 y nota de A. RODRÍGUEZ BENOT.

¹¹⁵ A este respecto E. GAILLARD ha matizado en el sentido de que “*ce n'est pas la clause litigieuse qui doit être conforme à l'usage mais la forme dans laquelle elle a été conclue*” (“La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, p. 203.

¹¹⁶ STJ 20 febrero 1997, as. C-106/95: *Mainschiffahrts-Genossenschaft (MSG)*.

¹¹⁷ B. ANCEL, “La clause attributive de juridiction...”, *loc. cit.*, p. 279.

incluyen una cláusula atributiva de competencia, de un contrato celebrado por vía electrónica, constituye una transmisión por medios electrónicos que proporciona un registro duradero de dicha cláusula (...) siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato”¹¹⁸

C) Acuerdos atributivos de competencia incluidos en conocimientos de embarque

27. Previas estas generales observaciones debe consignarse que la contratación marítima internacional está caracterizada por una gran variedad de complejas relaciones contractuales (seguro y transporte) y por la intervención de diversos operadores (asegurador / asegurado / porteador contractual / porteador efectivo / cargador). La existencia de ambas diversidades ha tenido la virtud de oscurecer la interpretación de la cláusula atributiva de competencia así como de su subrogación. Siguiendo la *ratio* originaria del art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968 hasta el actual art. 25 RB I bis¹¹⁹, la práctica ha evidenciado, de un lado, una preocupación esencial para proteger a las partes de las cláusulas no negociadas que han sido introducidas en el conocimiento de embarque y, de otro lado, un intento de evitar que el exceso de formalidad influya de manera negativa en las transacciones inherentes al transporte marítimo internacional. En definitiva, el Tribunal de Justicia ha debido guardar un difícil equilibrio en la dialéctica entre la protección de los intereses del comercio internacional y las exigencias de la seguridad jurídica.

Aun reconociendo a los conocimientos de embarque su carácter unilateral, no por ello el Tribunal de Justicia les priva de eficacia como un uso comercial marítimo, extendiéndose esa apreciación a las cláusulas atributivas de competencia cuya eficacia se confirma pese a no estar firmadas por el cargador o por el destinatario final de la mercancía. Abundando en esta idea, cuando el acuerdo de sumisión incluido en el conocimiento de embarque sea convenido previamente en forma verbal e inserto con posterioridad entre las condiciones impresas de aquel documento, su posterior firma por el transportista puede ser considerada la confirmación escrita del acuerdo verbal previo incluso, cuando si consta por escrito, el consentimiento del cargador no haya firmado dicho documento¹²⁰.

Desde el asunto *Castelleti* dicho Tribunal se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la eficacia de la sumisión y su doctrina puede resumirse, en síntesis, como sigue: a) se presume que las partes contratantes han dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia cuando el comportamiento de las mismas corresponda a un uso observado comúnmente en el ámbito del comercio internacional en el que operan y que conocen o debieran conocer; b) la existencia de un uso, que debe comprobarse en el sector comercial en el que las partes contratantes ejercen su actividad, queda acreditada cuando los operadores de dicho sector siguen un comportamiento determinado de modo general y regular al celebrar cierta clase de contratos¹²¹; c) las exigencias concretas que engloba el concepto “forma conforme a los usos” han valorarse exclusivamente a la luz de los usos comerciales del sector del comercio internacional de que se trate, sin tener en cuenta las exigencias particulares que pudieran establecer las disposiciones nacionales; d) el conocimiento del uso debe quedar acreditado cuando en el sector comercial en el que operen las partes se siga de modo general y regular determinado comportamiento al celebrar cierta clase de contratos, de modo que pueda considerarse como una práctica consolidada¹²².

¹¹⁸ STJ 21 mayo 2015, as. C-322/14: *El Majdoub*, ap. 24 [P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Cláusulas de sumisión en contratos electrónicos internacionales: eficacia del ‘click-wrapping’ (Comentario a la STJUE de 21 mayo 2015, Asunto C-322/14, Jaouad El Majdoub y CarsOnTheWeb GmbH)”, *La Ley: Unión Europea*, nº 28, 2015; *REDI*, vol. LXVII, nº 2, 2105, pp. 195-198 y nota de J. MASEDA RODRÍGUEZ].

¹¹⁹ B. ANCEL, “La clause attributive de juridiction...”, *loc. cit.*, pp. 263-294; J.M. BONELL, “L’art. 17 della convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale el il diritto transnazionale”, *Riv. comm.*, 1977, pp. 214 ss; S. CARBONE, “La disciplina comunitaria della ‘proroga della giurisdizione’ in materia civile e commerciale”, *Dir. com. int.*, 1989, pp. 351 ss.

¹²⁰ STJ 19 junio 1984, as. 71/83: *Tilly Rus s /Nova*, ap. 19. SAP Barcelona 7 julio 1999: “Conocida por el cargador la cláusula de sumisión y aceptada por él, con el conjunto de las cláusulas impresas del contrato, tal como expresa el sello de ‘Sarrisung’ estampado sobre las mismas, en un contrato celebrado entre empresarios y en materia propia de su tráfico, debe desestimarse el recurso que impugna la eficacia de dicha cláusula” (AEDIPr 2001-111 pp. 888 ss y nota de P.A. DE MIGUEL ASENSIO).

¹²¹ M.B. DELI, “Gli usi del commercio internazionale nel nuovo testo dell’ art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968”, *Riv. dir. int. pr. proc.*, 1989, pp. 27 ss.

¹²² STJ 16 marzo 1999, as. C-159/97: *Trasporti Castelleti Spedizioni Internazionali SpA c. Hugo Trumpy SpA* (R. ESPINOSA CALABUIG, “Las cláusulas de jurisdicción en los conocimientos de embarque y el art. 17 del Convenio de Bruselas de 1968”, *La*

28. La consideración jurisprudencial descrita ha impugnado de manera desigual la práctica de los tribunales españoles. Éstos, tras afirmar que las cláusulas de sumisión obedecen a la autonomía de la voluntad y a la libertad contractual de las partes imperante en el tráfico jurídico y en el comercio internacional¹²³, han mostrado tradicionalmente numerosas divergencias en orden al tratamiento de la validez de los acuerdos atributivos de jurisdicción establecidos en conocimientos de embarque, sobre todo desde la aplicación del régimen de Bruselas en su primera versión contenida en Convenio de Bruselas de 1968 (art. 17) respecto de los requisitos formales y materiales que debería reunir una cláusula atributiva de jurisdicción. No obstante, el siglo XXI se inició con una tendencia favorable a la admisión de la sumisión a tribunales extranjeros, a partir de la no exigencia de presentación de los documentos originales, de la consideración favorable a la renuncia al Derecho propio o de la admisión de la cláusula en una forma que se ajustase a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado¹²⁴. No puede negarse que el problema esencial que se suscita en este sector deriva de que a ciertos agentes implicados en el transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque, muy particularmente, al cargador y al receptor les está vetado, hasta la recepción del documento, el conocimiento previo de la jurisdicción competente y de la ley aplicable al contrario de lo que acontece desde un primer momento el porteador¹²⁵.

Frente a la alusión frecuentemente sustentada por los usuarios del transporte marítimo, de verse obligados a contratar con las compañías que cubren determinadas rutas, y que no pueden discutir sobre el contenido del contrato, frecuentemente redactado en idioma inglés, y, en particular, en orden a las cláusulas de sumisión expresa insertas en el conocimiento de embarque por poseer carácter abusivo al aparecer impuestas y, por tanto, ser susceptibles de infringir la normativa de los consumidores y usuarios, la jurisprudencia española considera que los operadores que actúan en el ámbito marítimo están

Ley. Unión Europea, nº 4.851, 30 julio 1999, pp. 1-5; A.L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la Competencia Judicial y a la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil*, Madrid, BOE, 1995, p. 352; P. JIMÉNEZ BLANCO, *El contrato internacional a favor de tercero*, Santiago, Universidade de Santiago de Compostela, 2001, p. 109). *Vid.*, asimismo, nota de J.M. BISCHOFF, *Journ. dr. int.*, 2001, pp. 701 ss.

¹²³ STS 1ª 30 noviembre 1999, TOL3.442.118.

¹²⁴ AAP Pontevedra 2ª 8 mayo de 2000: “No trunca dicha argumentación el hecho (...) de que no sean presentados los documentos originales, pues, con independencia de la posible subsanación, resulta incuestionable que el contenido de los mismos ha sido materialmente aceptado por el propio órgano judicial recurrido que los pone en cuestión” (AEDIPr 2001-115); AAP Cantabria 9 junio 2000 “el pacto de sumisión es claro y perfectamente comprensible. De su sola lectura se desprende la sumisión al Tribunal de Comercio de París para cualquier controversia que surja con ocasión del transporte. No hay ninguna oscuridad y no alcanza a comprenderse la alegación de los apelados sobre que la cláusula no contiene una renuncia clara y terminante al fuero propio, cuando este es incompatible con la sumisión tan claramente acordada” (AEDIPr 2002/116); AAP Valencia 18 octubre 2000: “no debe desconocerse que el convenio atributivo de competencia debe celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita, pero también es admisible en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecidos o, en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado” (AEDIPr 2002/2017 y nota de J.J. ÁLVAREZ RUBIO); AAP Cádiz 7ª 10 de septiembre 2001: “... el silencio del asegurado contratante respecto de la cláusula de sumisión expresa (...) que consta en el conocimiento de embarque (...), aun tratándose de contrato de adhesión, tiene el valor de consentimiento sobre la cláusula atributiva de jurisdicción, y que es objeto de este litigio (...) la cláusula que nos ocupa responde a un uso que rige en el ámbito del comercio internacional en el que ambas partes operan (la demandada, como aseguradora de transportes internacionales) y que ambas partes conocen o debieran conocer, máxime tratándose del sector de la navegación entre sociedades establecidas en Estados distintos...” (JUR 2001\313581); AAP Madrid 11ª 30 abril 2004: “la cláusula de sumisión invocada, está inserta en los conocimientos de embarque, en los que la parte actora figura como transportista, y la demandada como cargador (...), siendo además conforme a los usos internacionales que, los transportes internacionales por vía marítima se documenten en conocimientos de embarque expedidos por el transportista, en los que en su reverso se insertan las cláusulas de sumisión (...) no pudiendo desconocerse dichos usos por una sociedad mercantil que se dedica al transporte internacional (LA LEY JURIS: 2463/2004; AC 2004\1581; AAP Las Palmas 3ª 13 enero 2006, AC 2006\435; STS 1ª 5 julio 2007, RJ\2007\5431; AAP Madrid 28ª 21 julio 2009, JUR\2009\472155; AAP Pontevedra 1ª 24 septiembre 2009, JUR\2009\436563; AAP Pontevedra 1ª 4 febrero 2010, JUR\2010\135394; AAP Madrid 28ª 17 octubre 2011, AC\2012\98; AAP Barcelona 17ª 15 febrero 2011, TOL3.572.097; AAP Madrid 28ª 9 febrero 2015, TOL5.535.976).

¹²⁵ V. FUENTES CAMACHO y R. SANZ ABASCAL, “¿Puede afectar una cláusula de sumisión expresa incluida en un conocimiento de embarque a una aseguradora que alega no haberla suscrito? (algunas reflexiones en torno a la Sent. TS (Sala 1ª) de 29 septiembre 2005)”, *La Ley*, nº 6390, 31 diciembre 2005, pp. 2-3.

habitados a someter las transacciones a contratos tipo, de adhesión¹²⁶, o a condiciones generales y que la redacción en inglés de la cláusula no debe ser obstáculo para este tipo de cláusulas¹²⁷. Reconoce, asimismo, que nos hallamos ante un sector donde estas cláusulas son habituales, tanto por la especificidad del propio tráfico marítimo, como por las sociedades que intervienen, domiciliadas en muy diversos países, como, por qué no decirlo, por la preferencia de aplicación de un régimen legal al que las partes se someten también, como es el de la legislación inglesa¹²⁸. Carecen por ello de la condición de consumidores, no pudiéndose predicar de ellos una posición negocial inferior o más débil de la que pudiera abusar o aprovecharse la otra parte, encontrándose tanto una como otra sociedad mercantil¹²⁹.

Como es natural, los efectos de la cláusula atributiva de la competencia se proyectan directamente hacia las partes¹³⁰, y la observancia de éstos, y de los eventuales incumplimientos, no ofrece especiales problemas por la aplicación las reglas generales de la inobservancia de las obligaciones contractuales que conducirán a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Cosa distinta es el examen de los efectos de la cláusula respecto de terceros que involucra una dificultad añadida a la hora de determinar la vinculación entre el cargador y porteador frente al tercero adquirente de las mercancías que no fue parte en dicho contrato. En este último supuesto el necesario punto de partida es si el sistema de competencia judicial internacional del juez que debe resolver esta cuestión le faculta para atender cuestiones que, en rigor, no entran dentro de su ámbito jurisdiccional pero que se justifican en razones de economía procesal cuando, por ejemplo, las demandas estén vinculadas entre sí por una relación especialmente estrecha. Aparecen así una serie de competencias derivadas, producidas por situaciones de conexidad, dentro de las cuales es preciso determinar si el juez designado por la cláusula puede pronunciarse no únicamente sobre los aspectos vinculados al demandado, sino también de un tercero vinculado al contrato, por ejemplo, el que prestado una garantía para asegurar la relación jurídica de la que deriva la relación contractual controvertida. Esta cuestión conduce, en el marco del Espacio Judicial Europeo, de un lado, al examen de las relaciones entre el arts. 25 y el art. 8 del RB I y, de otro lado, a la consideración del art. 9 de este instrumento, por prever la extensión de la competencia del tribunal de un Estado miembro para conocer de acciones de responsabilidad derivada de la utilización o explotación de un buque a la demanda relativa a la limitación de esta responsabilidad.

D) Extensión a terceros de la cláusula atributiva de competencia

29. La circunstancia de que muchos cargadores endosarios de conocimientos de embarque acudan a tribunales distintos de los designados por la cláusula atributiva de competencia, no basta para hacer que la inserción de dicha cláusula en los mencionados documentos pierda su condición de uso, siempre que se haya acreditado y continúe acreditándose que corresponde a una práctica seguida de modo general y regular¹³¹. No obstante, para que un tercero quede vinculado por la cláusula de sumisión deben concurrir dos condiciones: que la cláusula de sumisión sea válida en cuanto a los requisitos que imponen el art. 17 CB y el art. 25 RB I bis; y que, con motivo de la entrega del conocimiento de embarque al tercero, éste se

¹²⁶ AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (AEDIPr–2001/113): “Nos hallamos ante un negocio ciertamente de adhesión, pero en buena medida ello es consustancial al contrato celebrado, la transmisión de la mercancía que viaja en régimen de conocimiento de embarque, y no cabe ahora implorar tal naturaleza para exonerarse del cumplimiento de lo asumido mediante el endoso, como si todo contrato de adhesión estuviera viciado de nulidad desde su origen; y debe resaltarse que la cláusula es perfectamente visible, destacada en negrita y ubicada en el anverso de los documentos de conocimiento”.

¹²⁷ AAP Cantabria 24 noviembre 1999 (AEDIPr–2001/113): “El hecho de que la cláusula de sumisión esté redactada en inglés no puede ser causa de nulidad en este caso. Sorprende que una empresa multinacional se atreva a alegar el desconocimiento del inglés como causa de nulidad de un convenio, pero más aún cuando nos hallamos en el ámbito de un transporte marítimo internacional donde es evidente que la contratación es usualmente realizada en inglés, y cuando los conocimientos de embarque cuyo endoso admitió la apelada aparecen redactados en inglés íntegramente, como es usual en ese ámbito de la contratación. La alegación es, a todas luces, contraria la buena fe”.

¹²⁸ AAP Madrid 28^a 16 enero 2012, TOL5.340.019.

¹²⁹ STS 20 febrero 1998, RJ 1998\604.

¹³⁰ STJ 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp*, ap. 29: “La cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato solo puede efectivamente, en principio, producir efectos entre las partes que hayan prestado su acuerdo a la celebración de ese contrato”. *Vid.*, asimismo, STJ 21 mayo 2015, as. C-352/13: *CDC Hydrogen Peroxide*, ap. 64.

¹³¹ STJ 20 febrero 1997, as. C–106/95: *MSG*.

subrogue en todos los derechos y obligaciones del cargador, convirtiéndose en titular de todos ellos. De este modo, esta subrogación también alcanzará a la cláusula de atribución de competencia¹³².

El Tribunal de Justicia ha abordado la cuestión de la extensión a terceros de la cláusula atributiva de competencia precisando que ésta puede ser invocada en semejante circunstancia siempre que, conforme al Derecho nacional aplicable según las normas de Derecho internacional privado del juez nacional, se subrogue en los derechos y obligaciones de la parte originaria. En caso contrario, el juez nacional deberá comprobar si el tercero ha prestado efectivamente su consentimiento a la cláusula de elección de fuero contra él invocada. Pero también ha considerado que una cláusula atributiva de competencia inserta en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero sub-adquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad celebrados entre partes establecidas en distintos Estados miembros, salvo si consta que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula en las condiciones mencionadas en dicho artículo¹³³. En definitiva, de acuerdo con esta decisión, “la cláusula atributiva de competencia acordada entre un porteador y un cargador e incluida en un conocimiento de embarque produce efectos frente al tercero tenedor del conocimiento siempre y cuando al adquirirlo, éste haya sucedido al cargador en sus derechos y obligaciones en virtud del Derecho nacional aplicable”¹³⁴.

En la jurisprudencia española la oponibilidad a terceros que no fueron parte en el contrato de la cláusula atributiva de jurisdicción referida a los tribunales de otro Estado puede llevarse a cabo por el transportista marítimo más allá del ámbito subjetivo en el que se establece el contrato de transporte y “no existe, en este sentido, discusión sobre la posibilidad de oponer las cláusulas contenidas en los conocimientos de embarque, por ejemplo, al destinatario final de las mercancías, quien claramente no estampó su consentimiento en el documento contractual”¹³⁵.

En el caso del transporte marítimo, la transmisión de la cláusula atributiva de jurisdicción al destinatario de las mercancías, que no ha participado en la formación del conocimiento de embarque donde figura dicha cláusula, está sujeta a la aceptación especial de la cláusula por este último. En rigor, al no ser inicialmente parte en el contrato, no podrán considerarse como un tercero.

3. Configuración de la sumisión en el ordenamiento español

A) Las reglas de la Ley de Navegación Marítima

30. La especialidad de la Ley de Navegación Marítima no debe olvidar el sistema concebido en el RB I bis que ya hemos examinado¹³⁶, ni el sistema general de competencia judicial internacional inserto en la LOPJ. Esta última disposición introdujo en 1985 un régimen general de reglas de competencia judicial internacional en materia civil, contenido en sus arts. 21 y 22 que contribuyó a reforzar la autonomía no sólo material, sino también formal, de la competencia judicial internacional. De conformidad con el art. 21 dichos preceptos ofrecen desde la perspectiva interna y en la materia que nos ocupa un carácter residual, pues serán de aplicación siempre que no exista una ley especial (“Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido... en las leyes españolas”), que en nuestro es la Ley de Navegación Marítima de 2014.

Interesa recordar que el primitivo art. 22 se abstuvo de regular, en un principio, la *derogatio fori*, y este silencio dio lugar a un desarrollo jurisprudencial discutible y a una larga confrontación doctrinal afortunadamente superadas. Tras la reforma de la LOPJ de 2015 el vigente art. 22 ter, apartado 4º, LOPJ reconoce expresamente que la competencia atribuida a los tribunales españoles en virtud del foro

¹³² STJ 9 noviembre 2000, as. C-387/98: *Coreck* (vid. nota de F.F. GARAU JUANEDA en *REDI*, vol. ILX, 2007, p. 279).

¹³³ *Inter alia*, STJ 7 febrero 2013, as. C-543/10: *Refcomp*, ap. 25.

¹³⁴ STJ 9 noviembre 2000, as. C-387/98: *Coreck Maritime GmbH* (*REDI* 2001-2-Pr nota de P. JIMÉNEZ BLANCO; H. AGUILAR GRIEDER, “Cláusula de elección de foro, conocimiento de embarque y art. 17 del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968”, *La Ley*, nº 5215, 2000, pp. 8-14); .

¹³⁵ AAP Cantabria 9 junio 2000 (AEDIPr-2002/116); AAP Pontevedra 1ª 23 septiembre 2009 (TOL1.653.089). Con posterioridad a la entrada en vigor la de LNM vid. AAP Pontevedra 1ª 16 octubre 2017 (Roj: AAP PO 3336/2017 – ECLI: ES:APPO:2017:3336A).

¹³⁶ *Vid. supra*, nºs 22 ss.

general del domicilio del demandado o de un foro especial podrá ser excluida mediante una cláusula atributiva de competencia en favor de un tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y solo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los tribunales extranjeros designados hubieran declinado su competencia¹³⁷. Semejante reconocimiento tiene sus límites: la imposibilidad de derogar la competencia de los tribunales españoles si viene establecida por un foro exclusivo y en aquellas materias en que no cabe sumisión a ellos.

Por su parte, los arts. 22 quater y 22 quinquies de la LOPJ recogen los foros especiales por razón de la materia, que son en realidad concurrentes con el foro del domicilio del demandado contemplado en el art. 22 ter. Pero, a su lado, la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, contiene asimismo reglas especiales que afectan a la competencia judicial internacional en materia de transporte marítimo, incluidas ciertas restricciones a la validez de los acuerdos de elección de fuero contenidos en condiciones generales (arts. 468 y 469)

Síguese de aquí que junto a esta reglamentación general, claramente incompleta en el ámbito de la contratación marítima internacional, la LNM presta especial atención en regular cuestiones procesales específicas del Derecho marítimo que sirven de complemento a los preceptos de la LOPJ, o que emanan directamente a lo dispuesto en instrumentos convencionales o de la Unión Europea.

31. La nueva regulación se concreta, de un lado, en los arts. 468 y 469 LNM, que forman parte del capítulo titulado “De las especialidades de jurisdicción y competencia” y, de otro lado, el art. 251, relativo a la eficacia traslativa del conocimiento de embarque. El precepto de base es el referido art. 468 que presta atención a la validez formal de aquellas cláusulas de jurisdicción y arbitraje que prevean la sumisión de las partes a una jurisdicción extranjera o a un arbitraje en el extranjero. En lo que concierne a las cláusulas atributivas de competencia en los conocimientos de embarque, el art. 468 está redactado como sigue:

“Sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera... contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente.

En particular, la inserción de una cláusula de jurisdicción o arbitraje en el condicionado impreso de cualquiera de los contratos a los que se refiere el párrafo anterior no evidenciará, por sí sola, el cumplimiento de los requisitos exigidos en el mismo”.

Dejando a un lado la prevalencia de los convenios internacionales y las normas de la Unión Europea, a las que ya hemos hecho referencia¹³⁸, de una primera lectura del precepto se desprende una negociación individual y separada como requisito de validez, excluyendo aquellas cláusulas que designen la competencia de los tribunales españoles de su ámbito de aplicación material, debiéndose estar, en este caso a lo dispuesto en el art. 22 bis LOPJ, que no exige la negociación separada pues pone el acento exclusivamente en las cláusulas de sumisión a países extra-europeos¹³⁹.

Entrando en materia, el precepto incluye una regulación detallada de la sumisión a tribunales extranjeros o a mecanismos de arbitraje, declarando nulas aquellas cláusulas que se encuentren insertas tanto en los contratos de utilización del buque como en los contratos auxiliares de la navegación, cuando estas no hayan sido negociadas de forma individual y separadamente. Asimismo, establece foros de atribución de competencia judicial internacional para las controversias que surjan de dichos contratos marítimos (o de arbitraje en el extranjero), a la negociación individual y separada entre las partes de un contrato de utilización del buque (arrendamiento, fletamento, pasaje, remolque o chárter náutico) o auxiliar de la navegación (gestión naval, consignación, practicaje o manipulación portuaria), no siendo bastante por sí misma para acreditar su validez la inserción de la referida cláusula en un condicionado impreso.

¹³⁷ SAP Barcelona 4ª 4 mayo 2017, JUR 2017/260878.

¹³⁸ *Vid. supra*, nº 22 ss.

¹³⁹ Aunque sus consideraciones son anteriores a la reforma de la LOPJ de 2015 son de interés las consideraciones de M. GÓMEZ JENE, “Las cláusulas de jurisdicción y arbitraje en la nueva Ley de Navegación Marítima, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, nº 2, 2014, pp. 112–129.

Considera nuestro legislador que la ausencia de negociación de la cláusula refuerza su carácter equívoco y por ello trata de evitar eventuales abusos por terceros poseedores del conocimiento de embarque, que se ven obligados a someterse a la jurisdicción de unos tribunales extranjeros cuando en realidad no han intervenido en la negociación de dichas cláusulas o incluso pudieran llegar a desconocerlas. De acuerdo con la exposición de motivos, el objetivo en esta cuestión concreta es “evitar los abusos detectados declarando la nulidad de las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera o arbitraje en el extranjero, contenidas en los contratos de utilización del buque o en los contratos auxiliares de la navegación, cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente”. Unos abusos que reposan en la posibilidad de desequilibrio negocial entre las partes, por ejemplo si el armador redacta unilateralmente el conocimiento de embarque, y cuyo propósito es alertar contra los riesgos de someterse a foros situados en el extranjero.

32. Con semejante redacción el legislador evidencia una circunstancia objetiva: que en el Derecho marítimo la internacionalidad de los contratos de utilización de buque o auxiliares de la navegación apunta hacia la inclusión en los mismos, del sometimiento a jurisdicciones extranjeras o, preferentemente, a instituciones arbitrales marítimas. No obstante, la determinación de la nulidad de este tipo de cláusula cuando no hayan sido negociadas individual y separadamente, evidencia a que la intención del legislador ha sido la protección los intereses de aquellos operadores del transporte marítimo intervinientes como terceros ajenos a la relación contractual originaria que cuentan con un reducido margen de actuación a la hora de negociar los contratos de utilización de los buques, esto es, aquellos incluidos en el Título IV de la Ley (fletamento, pasaje, remolque y arrendamiento náutico) y en los contratos auxiliares de la navegación contemplados en el Título V, que incorporan los patrones generados a lo largo de la práctica tráfico (gestión naval, consignación de buques, practicaje y manipulación portuaria). Como se ha indicado, tal previsión anulatoria se aplicará, en principio, únicamente a estas modalidades contractuales, si bien estos términos son suficientemente amplios para abarcar una amplia gama de contratos con exclusión de los concernientes al seguro marítimo, o al contrato de arrendamiento de buques.

La reticencia mostrada por el legislador se enfrenta a una práctica consolidada del comercio marítimo internacional en aquellos casos sometidos a la regulación europea y a los convenios internacionales, donde la validez derivada la existencia del consentimiento de las partes puede acreditarse por multitud de medios. Dicha práctica pone de manifiesto también que, en muchas modalidades contractuales de utilización del buque, no se produce propiamente una negociación individualizada, sino que son el resultado de una acción directa de agentes, o que son emitidos unilateralmente por el porteador, obediendo puntualmente a unos formularios estandarizados que insertan cláusulas de previsión de conflictos futuros, diferidos mayoritariamente a indeterminadas instituciones administradoras del arbitraje.

La transmisión del conocimiento producirá los mismos efectos que la entrega de las mercancías representadas, por lo que el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías en relación al contrato de transporte, con la única excepción referente a los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, ya que estos requerirán el consentimiento expreso y separado del adquirente en los casos y en los términos establecidos.

33. En todo caso, la transmisión de un conocimiento de embarque que incorpore una cláusula de jurisdicción o compromisoria válida, no resulta oponible al adquirente del conocimiento si éste, por su parte, no hubiese también prestado su consentimiento individualizado y separado (art. 251), con lo cual el legislador pone punto final al automatismo mostrado por la jurisprudencia mayoritaria en el sentido de que, en ciertos conocimientos de embarque, la incorporación de la cláusula de sumisión, aunque era frecuente, no se producía de manera inexorable. A partir de ahora tales cláusulas sólo serán válidas entre aquellas partes que las hubiesen aceptado.

En la jurisprudencia española, son bastante frecuentes las reclamaciones efectuadas por compañías aseguradoras del destinatario de las mercancías contra el transportista por los daños sufridos en éstas, a partir de la invocación por parte del demandado de la cláusula atributiva de competencia a tribunales extranjeros contenida en el conocimiento de embarque para impedir la actuación de los tribunales españoles. Consciente de ello, el legislador con la redacción del art. 251 LNM ha querido prevenir

que triunfe esta excepción ya que dispone que “el adquirente del conocimiento de embarque adquirirá todos los derechos y acciones del transmitente sobre las mercancías, excepción hecha de los acuerdos en materia de jurisdicción y arbitraje, que requerirán el consentimiento del adquirente en los términos señalados en el capítulo I del título IX”.

Esta exigencia resulta aplicable cuando la elección es a favor de los tribunales de un tercer Estado, que no sea miembro de la UE y con el cual España no haya suscrito algún convenio, o cuando el sometimiento sea a favor de los tribunales de un Estado miembro. En este último caso es previsible que lo convenido entre el porteador y el destinatario en la cláusula se considere válido, si es conforme a los usos internacionales.

En caso de que el supuesto se rija por Derecho español, el art. 251 LNM será de aplicación preferente para determinar hasta qué punto el adquirente del conocimiento de embarque sucede al transmitente y, si la respuesta es negativa en relación con el acuerdo atributivo de jurisdicción, este último sólo vinculará al adquirente en la medida en que se verifique que ha dado su consentimiento a dicha cláusula conforme de las exigencias del art. 25.1º RB I bis. Por consiguiente este último precepto prevalecerá sobre la remisión del art. 251 LNM a los términos del capítulo I del Título IX (art. 468) LNM, sin perjuicio de que eventualmente sea el Derecho español el que determine si el acuerdo es nulo de pleno derecho en orden a su validez material¹⁴⁰.

No parece excesivamente feliz la redacción del art. 251, puesto que el hecho de que las cláusulas de sumisión no negociadas separadamente se consideren inválidas bajo los criterios del ordenamiento jurídico español, no implica que dichas cláusulas sean inválidas conforme al ordenamiento jurídico del Estado a cuyos tribunales hacen remisión, lo cual no impediría que este tercer Estado se declare eventualmente competente.

B) Examen de la práctica

34. Ya se ha apuntado que el art. 468 se abstiene de determinar la atribución de competencia a los tribunales españoles, pues va referida a las cláusulas de sumisión a una jurisdicción extranjera, invirtiendo la presunción de validez de las cláusulas de sumisión incluidas en documentos estándar, cuando indica que, sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales, señaladamente la Convención de Nueva York de 1958 y en las normas de la Unión Europea, serán nulas y se tendrán por no puestas aquellas cláusulas de sumisión que no hayan sido negociadas individual y separadamente, sin que su mera inserción en el condicionado impreso sirva por sí solo de base para acreditar su aceptación. Sea como fuere, de lo que no debe caber duda alguna es que el marco legal aplicable ha cambiado sustancialmente con la entrada en vigor de la Ley, lo que hace menester un cambio profundidad de la doctrina emanada de los tribunales españoles en orden a determinar la posición de nuestros tribunales pues, como hemos puesto de relieve, en los quince años previos a la entrada en vigor de la LNM han venido admitiendo en la mayoría de los casos estas cláusulas atributivas de competencia a tribunales extranjeros, declarándose incompetentes para conocer de las demandas presentadas en España a la luz de las normas de la Unión Europea.

Un examen de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales permite valorar, caso por caso, los argumentos que fundamentan una declinatoria basada en el art. 468 LNM poniendo de relieve la complejidad de acomodar la referencia los de “usos” del comercio marítimo internacional, y la consiguiente interpretación flexible en orden a la validez de las cláusulas atributivas de competencia, con la exigencia de “negociación individual”, que no es una práctica habitual en este ámbito esencialmente por la rapidez inherente a las operaciones involucradas.

- i) El AAP Barcelona 15ª 21 diciembre 2016 desestimó una declinatoria de jurisdicción declarando la competencia frente al criterio del juez *a quo* favorable a la prevalencia del art. 25 RB I sobre los arts. 468 y 251 LNM y a la consiguiente competencia exclusiva para conocer

¹⁴⁰ Cf. P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Los acuerdos de jurisdicción en la nueva Ley de Navegación Marítima”, 9 octubre 2014 “<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2014/10/los-acuerdos-de-jurisdiccion-en-la.html>”.

del litigio del tribunal de Marsella, al que se sometieron las partes, acuerdo que es válido y oponible a tercero de acuerdo con el Derecho francés. Para la Audiencia nuevo marco legal obliga a distinguir según que la relación procesal se establezca: a) entre el cargador y porteador o, b) entre el destinatario o sucesivos tenedores del conocimiento de embarque y el porteador. En el primer caso, debe primar la aplicación del art. 25 RB I y el art. 468 LNM no modifica la situación anterior y la doctrina jurisprudencial existente sobre la validez de las cláusulas de sumisión expresa insertas en conocimientos de embarque al incorporar la cláusula “sin perjuicio de lo previsto en los convenios internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea”. Dicho precepto “establece cómo debe celebrarse el acuerdo atributivo de competencia y fija la Ley conforme a la cuál debe examinarse la validez del acuerdo (la del Estado Miembro a cuyos tribunales se hayan sometido las partes). Sólo si la cláusula de sumisión lo es a favor de los tribunales españoles puede enjuiciarse su validez con arreglo al art. 468 LNM. Por el contrario, según el razonamiento de la Audiencia de Barcelona, debe estimarse que “la nueva LNM modifica el régimen de oponibilidad de las cláusulas de sumisión a los terceros que no son parte en el contrato (el destinatario que recibe el conocimiento de embarque del cargador y los sucesivos tenedores), toda vez que es una situación no contemplada en el referido art. 25 del Reglamento de la UE. De esta suerte “Si el tercero tenedor no ha sucedido al cargador, no podrá oponérsele la cláusula atributiva de competencia, a no ser que haya dado su consentimiento a ella. Los conocimientos especiales del tenedor o su prolongada relación comercial con el portador no son suficientes para presumir su consentimiento (tácito)”¹⁴¹.

- ii) En el marco descrito resulta obligada la referencia, entre otras, a cuatro decisiones de la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Valencia, que expresan la siguiente doctrina: “el examen de la eficacia de una concreta cláusula de sumisión jurisdiccional en el ámbito del transporte marítimo debe realizarse de forma individualizada para cada supuesto en concreto, pues no siempre ni en todo caso, la inclusión de una cláusula de prórroga de jurisdicción a Tribunales de otro Estado puede tener por efecto la derogación de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de la controversia”. Este examen individualizado permite llegar a soluciones diversas, según el caso enjuiciado: a) Los AAAP Valencia 9ª 27 julio 2016 (Rollos de Apelación 450/2016 y 1271/2016) consideraron que el consentimiento no pudo ser acreditado, habida cuenta que el actor no había actuado de conformidad con un uso sectorial comercial y consolidado consistente en la inserción de tales cláusulas en los conocimientos de embarque, pero sí lo fue en el otro, dada la “amplia experiencia en el sector” de ambas partes contendientes y la concurrencia de una práctica reiterada previa entre ellas de contratación conforme a las condiciones generales “publicitadas por la naviera”¹⁴². b) El AAP Valencia 9ª 8 noviembre 2016, reiterando la doctrina anterior, confirmó la declinatoria planteada, con invocación del art. 468 LNM, argumentando que la incorporación unilateral de la cláusula de jurisdicción le había dejado a una de las partes en situación de desamparo (como a cualquier pequeño o mediano empresario), al obligarle a renunciar a la reclamación, o a pleitear ante una jurisdicción ajena y costosa como la de los Tribunales ingleses. Insiste esta decisión en el abuso de derecho de la contraparte al hacer valer la cláusula de sumisión jurisdiccional cuando el foro nacional era el más conveniente, toda vez de que las demandadas tenían la nacionalidad española y una de ellas su domicilio en Valencia, sin que existiesen elementos que justificasen la vinculación con los tribunales de Londres ni justificación en orden a que la jurisdicción española fuese a impedir su derecho de defensa¹⁴³. c) El AAP Valencia 9ª 28 diciembre 2016 desestimó la declinatoria promovida admitiéndose la sumisión a la jurisdicción inglesa en el marco de las relaciones derivadas del transporte marítimo de mercancías, no teniendo por acreditada la emisión

¹⁴¹ AC 2017\1872.

¹⁴² “<http://www.alborsgaliano.com/2017/01/26/de-nuevo-la-audiencia-de-valencia-se-pronuncia-sobre-la-jurisdiccion-maritima/>”.

¹⁴³ Roj: AAP V 607:2016, ECLI: ES:APV:2016:607A.

y aceptación del conocimiento de embarque aportada para promover la declinatoria ni la existencia de aceptación tácita o expresa con arreglo al Reglamento UE 1215/2012¹⁴⁴. d) El AAP Valencia 9ª 15 mayo 2017 desestimó igualmente una declinatoria de jurisdicción con respaldo en el art. 25 del Reglamento 1215/2012 al considerar que no era aplicable la cláusula de sumisión jurisdiccional a tenor de lo establecido en el art. 468 LNM, por no mediar cláusula sumisoria a tribunales de un Estado de la Unión Europea, ni estar atribuida exclusivamente la competencia a los Juzgados de Hong Kong en virtud de convenio internacional aplicable¹⁴⁵.

Con lo expuesto se echa de ver que para la Audiencia valenciana la cláusula de sumisión jurisdiccional se identifica en cada caso como una condición general de la contratación de la que no consta una negociación individual, ni siquiera la existencia de información alguna acerca de su contenido. Por consiguiente, no siendo de aplicación el Reglamento 1215/2012, ha de estarse al régimen legal que resulta de los arts. 468 y 469 LNM y valorar el contenido de la cláusula de forma rigurosa a efectos de la determinación de su validez cuando no se tenga por probada una negociación individual y separada que permita declinar la jurisdicción a favor de los tribunales extranjeros.

- iii) El AAP Castellón 3ª 23 mayo de 2017¹⁴⁶ estimó en parte un recurso de apelación formulado contra un auto que había declarado su falta de jurisdicción. Entre otras consideraciones, la Audiencia alude al conocimiento de embarque que regula el transporte marítimo (arts. 246 LNM) en relación con el cual se formuló la reclamación y la cláusula en que se funda la cuestión de competencia; *in casu*, la cláusula controvertida se refería únicamente a las controversias que tuviesen relación con el conocimiento de embarque, mientras que la reclamación planteada estaba referida a los perjuicios ocasionados por la demora en la descarga de la mercancía en el puerto de destino. Así las cosas, la Audiencia zanjó la cuestión afirmando que la mención en la repetida cláusula a las controversias que surjan o en conexión (*arising out of or in connection*) con el conocimiento de embarque no se refiere únicamente a las que tengan su origen en la aplicación o interpretación del mentado documento; así podría ser si la referencia fuera únicamente a las diferencias “que surjan” del mismo. Pero la expresión “o en conexión” es más amplia y debe considerarse que comprende a toda controversia, litigio o diferencia que se provoque en el ámbito del transporte contratado.
- iv) El AAP Pontevedra 1ª 16 octubre 2017 confirmó una declinatoria de jurisdicción en favor de los tribunales de Londres, en virtud de la cláusula de jurisdicción y de ley aplicable incluida en un conocimiento de embarque que documentaba el transporte de cuatro contenedores en cuyo interior se cargó la mercancía comprada hasta el puerto de Vigo. Con referencia expresa a la jurisprudencia del TJ en aplicación del sistema Bruselas I, reconoció que el problema planteado no resulta novedoso y que en relación con la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque a terceros que no fueron parte en el contrato original entre el cargador y el porteador marítimo, “hemos entendido como indiscutible que la cláusula por la que se defiere la jurisdicción a los tribunales de otro Estado pueda ser opuesta por el transportista marítimo más allá del ámbito subjetivo en el que se establece el contrato de transporte, en particular al destinatario final de las mercancías, aunque éste no estampara su firma en el documento contractual” (...). Coherente con este razonamiento la Audiencia resolvió el caso aplicando el art. 25 RB I, que desplaza a la norma interna, rechazando los argumentos que razonaban sobre la base del art. 468 LNM¹⁴⁷.

¹⁴⁴ JUR 2017/41722.

¹⁴⁵ Roj: AAP V 1811/2017 – ECLI: ES:APV:2017:1811A.

¹⁴⁶ JUR 2018/26095.

¹⁴⁷ AAP Pontevedra 1ª 16 octubre 2017: “En relación con la oponibilidad de la cláusula de jurisdicción inserta en el conocimiento de embarque a terceros que no fueron parte en el contrato original entre el cargador y el porteador marítimo, hemos entendido como indiscutible que la cláusula por la que se defiere la jurisdicción a los tribunales de otro Estado puede ser opuesta por el transportista marítimo más allá del ámbito subjetivo en el que se establece el contrato de transporte, en particular al destinatario final de las mercancías, aunque éste no estampara su firma” (Roj: AAP PO 3336/2017 – ECLI: ES:APPO:2017:3336A).

- v) El Auto del Juzgado de lo Mercantil de Madrid, Sección Sexta, de 11 septiembre 2017, desestimó una declinatoria por falta de competencia internacional de tal modo que, negando competencia internacional a los Juzgados y Tribunales de Londres, procedió a estimar como competentes internacionalmente a los Juzgados y Tribunales de España. El Juzgado, tras referirse art. 23 Reglamento (CE) nº 44/2001 y al art. 25 del Reglamento (UE) nº 1215/2012 afirmó que “tanto el documento de reserva de espacio en buque como el conocimiento del embarque pretenden someter al tribunal de Londres los litigios que el perjudicado pueda tener frente al transportista; y es hecho pacífico que la mercantil española demandada no ostenta dicha cualidad en cuanto actuó de simple transitaria en el puerto de Valencia (...). Ahora bien, como quiera que en el presente caso tanto los operarios del puerto que debían cumplir las órdenes de la demandada, como la propia mercantil demandada, la transportista terrestre y la demandante, ostentaban la nacionalidad española y los hechos acaecieron dentro de las recíprocas obligaciones nacidas de un contrato de servicio de tránsito en territorio español [—donde finalizaba al cargar las mercancías a buque—] debía excluirse “la presencia de un relevante elemento de extranjería que justifique la aplicación de una cláusula de sumisión dispuesta para un sujeto pasivo o demandado distinto y por hechos producidos por dos actividades concretas [—reserva de espacio y transporte marítimo—]; siendo ajenos a ello los hechos invocados”¹⁴⁸.

V. Ámbito de los convenios de arbitraje

1. El arbitraje marítimo entre la dependencia y la especialización

35. El recurso al arbitraje para la solución de los conflictos siempre ha sido una constante en las operaciones relacionadas con la navegación por lo que, siendo históricamente la forma más antigua de arbitraje institucional, puede considerarse consustancial el Derecho marítimo¹⁴⁹, hasta el punto de que alguna legislación lo impone con carácter obligatorio¹⁵⁰. Ostensiblemente en su dimensión internacional constituye el gran protagonista en este tipo de controversias dando lugar a una importante nota de especialización¹⁵¹, aunque discutida en orden a su contenido¹⁵², como discutido es el matrimonio entre “Derecho marítimo” y “arbitraje” por la disparidad en la configuración de ambos ordenamientos, pese a sus inherentes puntos de contacto: mientras que el arbitraje es exponente de la libertad contractual, el Derecho marítimo siempre ha estado sometido, con independencia de su origen¹⁵³, a una estricta y minuciosa reglamentación de contenido obligatorio¹⁵⁴; y a ello también contribuye la repercusión en el

¹⁴⁸ Roj: AJM M 94/2017 – ECLI: ES:JMM:2017:94A.

¹⁴⁹ Vid. R. JAMBU-MERLIN, “L’arbitrage maritime”, *Mélanges Rodière*, París, Dalloz, 1981, pp. 401 ss.

¹⁵⁰ El art. 1203 del CCom chileno establece “El conocimiento de toda controversia que derive de hechos, actos o contratos a que dé lugar el comercio marítimo o la navegación, incluidos los seguros marítimos de cualquier clase, será sometido a arbitraje”. Dicho precepto establece una regla de competencia absoluta en atención a la naturaleza del asunto o materia objeto del litigio, que, de manera que se entiende de orden público. Siendo de esta forma, el Tribunal ordinario se encuentra facultado para declarar de oficio la incompetencia en cualquier estado del juicio”. Corte de Apelaciones de Concepción, Causa Rol N° 905/2011, 16 diciembre 2011. Vid. M.F. VÁSQUEZ PALMA, “Contratación en el Comercio Marítimo y revisión del ámbito de aplicación del Art. 1203 del Código de Comercio. Un necesario ejercicio de disección”, *El Mercurio Legal*, 4 agosto 2017.

¹⁵¹ F. MARELLA, “Unity and Diversity in International Arbitration: the Case of Maritime Arbitration”, *The American University International Law Review*, vol. 20, nº 5, 2006, pp. 1055–1100, esp. p. 1086; *id.*, “Unità e diversità dell’arbitrato internazionale: l’arbitrato marittimo”, *Il diritto marittimo*, vol. 107, nº 3, 2006, pp. 787–832. Vid. R. JAMBU-MERLIN, “L’arbitrage maritime”, *Etudes offertes à René Rodière*, París, 1981, pp. 401–408; Ch. JARROSSON, “La spécificité de l’arbitrage maritime international”, *Il Diritto marittimo*, vol. 106, nº 2, 2004, pp. 444 ss; C. ESPLUGUES MOTA, *Arbitraje marítimo internacional*, Madrid, 2007.

¹⁵² J.M. ALCÁNTARA, “El arbitraje marítimo en España hoy”, *Boletín Informativo de la Asociación ANAVE*, diciembre 2015, pp. 16–19, esp. p. 16.

¹⁵³ M.J. BONELL, *Le regole oggettive del commercio internazionale: clausole tipiche e condizioni generali*, Milán, Giuffrè, 1976; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2004.

¹⁵⁴ G.W. PAULSEN, “Historical Overview of the Development of Uniformity in International Maritime Law”, *Tulane L. Rev.*, vol. 57, 1983, pp. 1065 ss, esp. p. 1078. Vid. I. ARROYO, “El Derecho marítimo. Derecho especial o Derecho de la especialización”, *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XIII, 1996, pp. 17 ss.

mundo del arbitraje marítimo de la sustancial evolución del arbitraje comercial internacional en su globalidad¹⁵⁵. Es obvio que el arbitraje marítimo es el resultado de una decidida labor de ciertas entidades especializadas en este sector, que ha elaborado sus propias reglas de procedimiento y, con frecuencia, sus propias listas de árbitros.

Con todo, junto a la existencia de un lenguaje específico, es fácil advertir ciertas especificidades en el arbitraje marítimo¹⁵⁶. En primer lugar, gran parte de los litigios derivan de las discrepancias en la interpretación y aplicación de modalidades contractuales de enorme envergadura que suelen oponer a compañías navieras y operadores sólidamente integrados en la industria marítima dando lugar a una apreciable especificidad de este sector. En segundo término, la naturaleza misma del transporte en el medio marino requiere una continua cooperación y coordinación entre los actores implicados pues, cuando un buque navega en alta mar, está sujeto a un complejo bloque normativo de contenido internacional, a unas fuerzas de la naturaleza imprevisibles y a la autoridad incuestionable del capitán. Por último, la esencia del negocio de las compañías navieras reside en el mantenimiento de los buques en navegación permanente. Estos factores inciden decisivamente en la necesidad, cuando surge el litigio, de solventarlo de manera rápida y eficiente manteniendo al mismo tiempo, si es posible, la relación comercial entre las partes a fin de mantener sus relaciones contractuales. Por eso, junto con la experiencia de los árbitros, la celeridad en la resolución del conflicto y la confidencialidad inherentes al arbitraje, y a la facilidad de circulación transfronterizas de los laudos propiciada por la Convención de Nueva York de 1958, este mecanismo se ha impuesto a los sistemas que ofrecen las jurisdicciones estatales¹⁵⁷ discurriendo dentro de un importante componente autorregulador¹⁵⁸.

36. A las controversias clásicas entre navieros y armadores, fletadores y exportadores, compañías de salvamento marítimo y de remolque por mar, compañías de seguro, astilleros de construcción y reparación de buques, han de añadirse los inmensos avances realizados y en trance de realización en ingeniería, tecnología y comunicaciones, que han llevado a la aparición de innumerables prácticas comerciales nuevas, entendimientos comunes y usos dentro de los cuales los productos son transportados por mar a través del mundo ofrecen amplias cotas de conflictividad.

En este sector es habitual recurrir al arbitraje para resolver controversias derivadas de los contratos de utilización de buques en sus distintas modalidades, comenzando por las distintas modalidades del transporte como el contrato de fletamento por viaje (*Voyage Charter*)¹⁵⁹, el contrato de arrendamiento de buques¹⁶⁰ y, por supuesto, del contrato de transporte marítimo de mercancías bajo conocimiento de embarque, sin omitir los contratos de transporte de contenedores (*Joint Container Service*), de remolque, de construcción y reparación naval, de hipoteca naval, de compra venta y *leasing* de buques, así como de los contratos de seguros marítimos –casco y carga–, y también diferencias derivadas de operaciones de asistencia y salvamento, abordajes, entre otros. La práctica del comercio marítimo internacional muestra, además, una gran complejidad en la participación de los distintos y potenciales sujetos intervinientes que, durante la vida del contrato puede ir cambiando paulatinamente respecto de los sujetos que iniciaron la relación inicial. También muestra que la modalidad de arbitraje *ad hoc* ha sido histórica-

¹⁵⁵ Como pusiera de relieve W. TETLEY “*Although it may seem strange that maritime law, arbitration law and conflict of laws have been joined together in this brief essay on the ius commune in the twentieth century, many common themes and principles link the three subjects together*” (“The General Maritime Law – The New Lex Maritima (With a brief reference to the ius commune in arbitration law and the conflict of laws)”, *Syracuse J. Int'l. L. & Com.*, vol. 20, 1994, pp. 105–145, esp. p. 107).

¹⁵⁶ Con una impresionante aportación bibliográfica *vid.* A. LA MATTINA, “L’arbitrato marittimo internazionale”, *Riv. arb.*, vol. XXIV, n° 1, 2014, pp. 19–52.

¹⁵⁷ R. CORTAZZO, JR., “Development and Trends of the Lex Maritime from International Arbitration Jurisprudence”, *J. Mar. L. & Com.*, vol. 43, 2012, pp. 255–277, esp. p. 257

¹⁵⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, en J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, R. ARENAS GARCÍA y P.A. DE MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los negocios internacionales*, 5ª ed., Madrid, Iustel, 2016, pp. 40 ss.

¹⁵⁹ La Ley de Navegación Marítima de 2014 define genéricamente al contrato de fletamento o de transporte marítimo de mercancías como aquél en virtud del cual un porteador, a cambio de un flete, se obliga frente al fletador o al cargador a transportar mercancías por mar y a entregarlas al destinatario en el lugar convenido (art. 203)

¹⁶⁰ El contrato de arrendamiento del buque es aquél en virtud del cual el arrendador se obliga, a cambio de un precio cierto y por un período de tiempo, a entregar un determinado buque al arrendatario para que éste lo use conforme a lo acordado o, en su defecto, según su naturaleza y características (art. 188 LNM).

mente más frecuente en las controversias derivadas de contratos de fletamento o de abordajes, en tanto que el empleo del de arbitraje institucional es más frecuente en contratos de construcción naval y en los supuestos de salvamento¹⁶¹.

Debido a la cohesión de la industria marítima, esta modalidad arbitral se caracteriza principalmente por su flexibilidad. De hecho, las partes tienen una mayor libertad de acción que en el arbitraje comercial clásico. Ahora bien, la incidencia del arbitraje no es, similar en todos los sectores: frente a su empleo generalizado en el transporte marítimo de mercancía que es, por su propia naturaleza, una actividad esencialmente internacional, existen otros donde su operatividad resulta menos efectiva como los relacionados con el embargo preventivo, el abordaje y el salvamento marítimo¹⁶².

Se refuerzan en este sector las eventuales ventajas del arbitraje frente a la jurisdicción ordinaria los tópicos habituales¹⁶³, poniéndose el acento en la velocidad del procedimiento y en la experiencia de los árbitros¹⁶⁴. Esta última destaca sobre las otras esgrimiéndose la necesidad de conocimientos técnicos especializados. La especialización de los árbitros, en efecto, se hace particularmente necesaria en un sector como es el del Derecho de la navegación en el que sus particularidades lo alejan bastante de los asuntos habituales que conocen los tribunales ordinarios.

La razón de ser del arbitraje marítimo se encuentra muchas veces en propia la dispersión del contrato que puede dificultar la concreción por las partes del sometimiento a una ley determinada y a una sede arbitral de alguno de los puntos del contrato. Así acontece, por ejemplo, en un contrato de fletamento en donde intervienen elementos subjetivos de diferentes nacionalidades y elementos objetivos como un diferente pabellón del buque o incluso pabellones de conveniencia, con varios lugares de carga o descarga, etc...; y tal diversidad hace que la concreción de una ley o de una sede sea compleja. La dificultad de alcanzar un acuerdo sí permite inclinarse por una ley y/o por una sede, aparentemente neutrales, como evidencia el arbitraje desarrollado en tales plazas¹⁶⁵.

2. Generalización de las ofertas

37. Por lo general el transporte de mercancías se realiza bajo la modalidad de fletamento en régimen de conocimiento de embarque y resulta una práctica habitual que, al igual que acontece con las cláusulas atributivas de competencia, se incorpore en el mismo una cláusula de arbitraje expresa o por referencia a condiciones generales o a un contrato estándar que incluya un acuerdo arbitral, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

La práctica arbitral contemporánea, sobre todo en el ámbito del Derecho marítimo, muestra la tendencia favorable a que la cláusula compromisoria no figure en el contrato litigioso sino que esté incorporada en determinadas condiciones generales o en otros instrumentos como el contrato principal o un contrato anterior. En este caso su validez depende de si adopta una posición formalista o consensualista, esto es, si depende exclusivamente del consentimiento de las partes o, por el contrario, debe estar de acuerdo con determinadas exigencias de índole formal¹⁶⁶. El art. 7.2º *in fine* LMU (redacción de 1985) y las numerosas legislaciones que se inspiran en este instrumento¹⁶⁷ confirma la admisión de la denominada cláusula arbitral por referencia, siempre que se cumplan determinados requisitos for-

¹⁶¹ F. BERLINGIERI, "International Maritime Arbitration", *J. Mar. L. & Com.*, vol. 10, 1979, pp. 199–247, esp. p. 201.

¹⁶² J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Vitoria–Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2000, pp. 58–60 y 78–79

¹⁶³ Ph. FOUCHARD, "L'arbitrage et la mondialisation de l'économie", *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, París, 1999, pp. 381–395.

¹⁶⁴ G. BURTON, "Arbitration and Expedited Court Procedures in Commercial Disputes", *Corporate Dispute Magazine*, Jan–Mar 2016, pp. 40 ss.

¹⁶⁵ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, "Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral", *Lima Arbitration. Revista del Circulo Peruano de Arbitraje*, 2007, (2), pp. 25–62, esp. p. 31 E.M. RODRIGUEZ GAYÁN, "El arbitraje internacional en las pólizas de fletamento y en los conocimientos de embarque", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XII, 1996, p.18.

¹⁶⁶ X. BOUCOZZA, "La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage commercial international", *Rev. arb.*, 1998, pp. 495–516.

¹⁶⁷ En España, art. 9.2º Ley Arbitraje de 2003: "Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato".

males, al disponer que “la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forme parte del contrato”.

Habitual es, en efecto, que en el marco de la contratación marítima la exigencia de forma escrita sea satisfecha con la inserción de una simple cláusula contenida en condiciones generales, pues la normativa internacional no exige de forma expresa un acuerdo individualizado referido a la cláusula arbitral, lo que se corresponde con la admisibilidad de la extendida práctica de las cláusulas arbitrales pactadas por referencia. Son distintas las hipótesis en las que opera esta remisión y entre ellas cabe aludir a la remisión en el contrato a un convenio o acuerdo sobre asuntos contractuales donde esté expresamente sancionada, o a un reglamento de una institución arbitral marítima; asimismo puede apreciarse la referencia a partir de la existencia de un contrato marco que incluya una cláusula compromisoria y a que partir del mismo se realicen otros contratos para su cumplimiento o ejecución que no se incluyen tal cláusula.

38. La aceptación de los convenios arbitrales incorporados en contratos mediante referencia a documentos desconocidos para una de las partes no recibe idéntico tratamiento en la jurisprudencia estatal de los distintos Estados. Por su posición privilegiada en los litigios marítimos, la jurisprudencia inglesa es expresión de una aceptación prácticamente sin reservas toda vez que una simple incorporación en el conocimiento de embarque mediante referencia a la existencia de una cláusula de arbitraje en el contrato de fletamento, se considera bastante para apreciar la voluntad de someterse a arbitraje, incluso aunque no se detallen los extremos de dicha sumisión y que una de las partes en el conocimiento la desconozca. Se considera que las cláusulas de incorporación, insertas por lo general en unas “acuerdos marco” son parte de los términos y condiciones del conocimiento de embarque y su finalidad es facilitar transacciones al incorporarse a un acuerdo posterior¹⁶⁸. El empleo de dichas cláusulas, aunque no se haya generalizado, se ha extendido en la contratación marítima internacional por el hecho de que los armadores buscan estar bien posicionados tanto frente a los fletadores como frente a los terceros designados en los conocimientos de embarque. No obstante, ante a este empleo frecuente los tribunales han desarrollado una serie de reservas basadas, esencialmente, en que “*the operative words of incorporation must be found in the bill of lading itself*”¹⁶⁹.

La práctica es muy variada y está suficientemente estudiada¹⁷⁰, sin embargo, por afectar a nuestro país, resulta obligado referirse a la decisión de la *Court of Appeal* de 17 diciembre 2009 en el asunto *National Navigation Co v Endesa Generacion S.A.* cuyo origen está en una sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Almería de 3 diciembre 2008, declarativa de la invalidez de una cláusula de arbitraje, que estimó la competencia de la jurisdicción española para pronunciarse sobre una controversia relativa a un retraso en la entrega de la mercancía. A la hora de la ejecución de esta decisión ante los tribunales ingleses ésta fue denegada en primera instancia por considerar válida la cláusula de arbitraje, no obstante la *Court of Appeal* estimó el recurso al considerar que el supuesto entraba dentro del Reglamento Bruselas I¹⁷¹.

Por su parte, en la jurisprudencia norteamericana consideró que un conocimiento de embarque referido a un contrato de fletamento que había dejado en blanco los nombres de las partes y la fecha del conocimiento no era válido. Se trataba de conocimientos de embarque que, aunque pretendían incor-

¹⁶⁸ E. RIGHETTI, “La validità della clausola arbitrale nelle polizze di carico”, *Riv. arb.*, vol. 24, n° 3, 2014, pp. 505–519.

¹⁶⁹ *Court of Appeal (UK)*, *Skips A/S Nordheim v. Syrian Petroleum Co (The Varenna)* [1984] 1 QB 599 (CA), pp. 615–616. Sin apartarse de la tendencia especializada en la interpretación de esta materia dentro del Derecho inglés de los contratos, esta decisión entendió que en el caso concreto no era correcta la inserción de la cláusula de arbitraje en el conocimiento de embarque.

¹⁷⁰ L. GERSPACHER, “The Ambiguous Incorporation of Charterparties into Bills of Lading under English Law: A Case of too Many Cooks?”, *J. Int’l Maritime L.*, 2006, n° 12, pp. 192–204. *Vid.* con carácter general S. JAI, *Incorporation of Arbitration Clauses under a Charterparty and a Bill of Lading: English and Chinese Law Perspectives*, Faculty of Law, Kund University, 2013, “<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=3808398&fileId=3808400>”.

¹⁷¹ De acuerdo con la *Court of Appeal*: “*The Spanish court had decided that the arbitration clause had not been incorporated, but the claimant now sought to enforce the arbitration clause. Held: The arbitration proceedings were dismissed. The English court was bound to apply the decision as taken. The decision by the Spanish court counted as a judgment within article 3 of the Regulation*” ([2009] EWCA Civ 1397, [2009] 2 CLC 1004). Cabe agregar aquí la posición fijada por la STJ, Gran Sala, 10 febrero 2009 (asunto C-185/07: *West Tankers*)

porar los términos del contrato de fletamento, no identificaba al fletador con suficiente claridad, por lo que el tribunal consideró injusto vincular a los titulares de los conocimientos de embarque con cláusulas contenidas en un contrato de fletamento identificados de manera insatisfactoria¹⁷².

Los ejemplos anteriores no son otra cosa que una muestra de que nos hallamos ante una diversidad de apreciación en la incorporación de la cláusula de arbitraje en la contratación marítima internacional que no se ha superado y que ha dificultado, como hemos puesto de relieve, los intentos de unificación internacional en el sector¹⁷³.

39. Huelga decir que los procedimientos de arbitraje no pueden iniciarse a menos que exista una cláusula de arbitraje válida, por consiguiente, gran parte contratos modelo comunes producidos en el marco del Derecho marítimo contienen cláusulas de arbitraje. La redacción de la cláusula de arbitraje es un factor importante para determinar si una controversia debe someterse a arbitraje o a un procedimiento judicial estatal, como también lo es la elección entre las cláusulas-modelo recomendadas. Las incertidumbres con respecto al alcance de la cláusula de arbitraje a menudo conducen a discusiones sobre la competencia del tribunal arbitral, que se verá obligado a adoptar medidas, muchas veces costosas y lentas para aclarar la esta cuestión antes de pronunciarse sobre el fondo de la cuestión o al resolver esta última.

Resulta habitual contemplar en los distintos contratos de Derecho marítimo (fletamentos, transporte marítimo de mercancías y pasajeros, salvamento, etc.) una cláusula arbitral, mediante la cual, las partes deciden someter a arbitraje cualquier conflicto surgido del respectivo contrato¹⁷⁴. Semejantes contratos inclusivos de cláusulas de arbitraje son ofrecidos por una variedad de instituciones con el objeto tanto de resolver las controversias entre las partes como para impulsar la actividad arbitral de una determinada institución administradora. No resulta tarea fácil determinar el alcance que debe otorgarse a las cláusulas de arbitraje (y eventualmente atributiva de jurisdicción) incluidas habitualmente en estas diversas modalidades contractuales, plasmadas en complejos instrumentos (*bills of lading, charter-parties, sea-waybills...*) cuya aplicación e interpretación da origen a frecuentes controversias vinculadas al juego de los usos y prácticas del tráfico marítimo internacional presentes no sólo en la dimensión de resolución de tales litigios, tanto en el ámbito jurisdiccional como en el arbitral, sino también la determinación del Derecho aplicable a este marco de conflictividad¹⁷⁵.

Insistiendo en lo anterior, en la actualidad es prácticamente imposible encontrar un contrato de fletamento (*charter parties*), por viaje (*voyage*), por tiempo (*time charter*) y casco desnudo (*bareboat charter parties*) que no incluya cláusulas de arbitraje¹⁷⁶; pero éstas también figuran en otros importantes instrumentos de la contratación marítima como conocimientos de embarque (*bills of lading*) y también pueden resolver controversias surgidas en los contratos de compra o venta de embarcaciones y mercancías, contratos para la construcción y reparación de embarcaciones, contratos de suministro gubernamental y contratos de servicio y de travesía¹⁷⁷. Las cláusulas de arbitraje que estamos examinando hacen

¹⁷² *United States District Court, S.D. New York*. (5 Mar, 1962) (*USA v Cia Naviera Continental SA* [(202 F. Supp. 698 (S.D.N.Y.1962)] (<https://www.casemine.com/judgement/us/5914c926add7b049347efeda>) y *Southwestern Sugar & Molasses Co v Eliza Jane Nicholson* [126 F. Supp. 666 (S.D.N.Y.1954)] (<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/126/666/1625008/>)).

¹⁷³ B. MAKINS, "Uniformity of the Law of the Carriage of Goods by Sea in the 1990s: The Hamburg Rules – a Casualty", *Maritime Law Association of Australia and New Zealand Journal*, vol. 8, 1991, pp. 34–47 (<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/ANZMarLawJI/1991/4.pdf>); W. TETLEY, "Uniformity of International Private Maritime Law—The Pros, Cons, and Alternatives to International Conventions—How to Adopt an International Convention", *Tulane Maritime L.J.*, n° 24, 1999–2000, pp. 775–856

¹⁷⁴ P. BONASSIES y C. SCAPEL, *Traité de droit maritime*, 2ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 806, n° 1166; Th. CLAY, "L'arbitrage en droit des affaires", *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 6, nov. 2008; A. JOB, "Arbitrage maritime, dérives et perspectives", *Drot maritime français*, n° 711, 2010, p. 95; M. ÖZDEL, "Enforcement of arbitration clauses in bills of lading: where are we now?", *J. Int'l Arb.*, vol. 3, n° 2, 2016, pp. 151–169.

¹⁷⁵ En la jurisprudencia española: STS 1ª 3 julio 2003 (E. VERDERA, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, J.M. BENEYTO y G. STAMPA, *Jurisprudencia española de arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson, Reuters, Aranzadi, 2013 –en adelante *JEA*–, n° 307; AAP Tarragona 3ª 23 octubre 2004, *JEA*, n° 308; STS 1ª 16 mayo 2008, *JEA*, n° 353; TOL1.324.501; ATSJ Cataluña CP 1ª 15 marzo 2012, *JEA*, n° 265.

¹⁷⁶ Por ejemplo, en contratos de fletamento es habitual la póliza "GENCON", que contiene, en lugar de una cláusula arbitral en sentido clásico, una cláusula de arbitraje *sui generis* con sometimiento a la ley inglesa.

¹⁷⁷ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, *Derecho marítimo y Derecho internacional privado*, Vitoria-Gasteiz, 2000, pp. 69-0. *Vid.*, asimis-

referencia por lo general a alguna organización marítima de árbitros ya establecida, principalmente en Londres o en Nueva York, siendo la consecuencia de una compleja operación de *marketing* arbitral¹⁷⁸. En esta última plaza existe una gran tradición de arbitraje marítimo desde el siglo XIX y al amparo hoy de la *Federal Arbitration Act* se encuentra la *Society of Maritime Arbitrators (SMA)* fundada en 1963¹⁷⁹. Del mismo modo se dedican a estos menesteres instituciones arbitrales más generalistas que también cubren las controversias derivadas del tráfico marítimo (*American Arbitration Association*). La eficacia de estas cláusulas se ha visto confirmado a partir de 1995 cuando el Tribunal Supremo de los EE UU consideró como válida una cláusula arbitral extranjera contenida en un conocimiento de embarque regulado por la *Carriage of Goods by Sea Act (COGSA)*¹⁸⁰.

España no podía quedar al margen de esta tendencia admitiendo la jurisprudencia del TS la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas en contratos de adhesión celebrados entre empresarios, “por ser tales cláusulas como su propio contenido usuales en el comercio marítimo”¹⁸¹.

40. Existen multitud de cláusulas a disposición de los operadores marítimos, que se someten a diversos reglamentos que son ofrecidas no sólo por la LMAA, sino por la ICC y LCIA, así como condiciones de arbitraje propuestas por asociaciones de la importancia del GAFTA o del FOSFA. Ante la gran variedad de las ofertas las partes deben estudiar con precisión cuál de ellas se acomoda mejor a su negocio en particular, pues no todas son iguales y pueden encontrarse con sorpresas indeseadas. Por lo general, las fórmulas de arbitraje más conocidas y comúnmente usadas poseen un contenido similar, pero las consecuencias del costo pueden ser muy diferentes y la duración del procedimiento arbitral imprevisible. En tal sentido las partes deben considerar que los gastos de la administración del arbitraje estén plenamente justificados, sopesando la oportunidad de que el asunto sea resuelto por un árbitro único.

Y otro dato que deben considerar es que, en función del protagonismo que hasta ahora ha tenido Londres como sede del arbitraje marítimo pues aún no se ha materializado la salida del Reino Unido de la UE. Esta modalidad de arbitraje utiliza mayoritariamente el arbitraje de equidad y no de Derecho y ello puede presentar el inconveniente de experimentar las consecuencias de conferir a los árbitros unas facultades muy amplias y soslayar la aplicación de la Ley inglesa de arbitraje, pero tiene la ventaja de ahorrar los costes derivados de costosos dictámenes elaborados por expertos jurídicos.

3. Cláusulas de arbitraje en los contratos de utilización de buques

41. Al lado del transporte marítimo de línea regular comprensivo de la explotación de buques a través de líneas regulares ofreciendo un servicio de carácter permanente, habitual, y con rutas y frecuencias predeterminadas (*Liners Term*), se ha generalizado el transporte marítimo en régimen de fletamentos (*Tramp*), cuya cobertura contractual ha contado con una extraordinaria expansión en orden al transporte marítimo de mercancías ajenas efectuado en interés de terceros. Sin embargo, al lado del mismo cabe la posibilidad de que el transporte se efectúe a través de otras modalidades contractuales que ofrecen una cierta autonomía. El supuesto más común es el arrendamiento o del alquiler de buque, a través del cual el propietario cede el uso y utilización del buque al arrendatario para que éste efectúe por

mo, S.M. CARBONE, P. CELLE y M. LÓPEZ DE GONZALO, *Il diritto marittimo. Attraverso i casi e le clausole contrattuali*, Turín, Giappichelli, 2015.

¹⁷⁸ P.N. TASSIOS, “Choosing the Appropriate Venue: Maritime Arbitration in London or New York”, *J. Int'l Arb.*, vol. 21, nº 4, 2004, pp. 355–365.

¹⁷⁹ <http://www.smany.org/>.

¹⁸⁰ *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. / M/V Sky Reefer*, 29 F.3d 727; 115 S.Ct. 571. Hasta entonces todavía se barajaban en este país argumentos en contra y a favor de la validez de las cláusulas arbitrales en los conocimientos de embarque.

¹⁸¹ ATS 28 marzo 2000 (RJ 2000, 2964) y 26 febrero 2002 (PROV 2002, 62463); ATSJ Cataluña CP 1ª 15 marzo 2012: “Los eventuales defectos del convenio debieron ser opuestos en el marco del procedimiento arbitral toda vez que no nos hallamos ante relaciones jurídicas entre un consumidor y un empresario que podría justificar una actuación de oficio en la medida en que fuesen contrarias a las normas nacionales de orden público sino en el caso de contratación entre empresarios del mismo sector marítimo, en el cual la nulidad quedara condicionada a los elementos de hecho y de Derecho aplicables, sin olvidar que la jurisprudencia del TS ha admitido la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje predispuestas en contratos de adhesión celebrados entre empresarios, por ser tales cláusulas como su propio contenido usuales en el comercio marítimo” (RJ\2012\6120) y ATSJ Cataluña CP 1ª 29 marzo 2012 (RJ 2012\6128).

su cuenta el transporte. La LNM contempla estas dos modalidades contractuales en capítulos separados, determinando que “por el contrato de arrendamiento de buque el arrendador se obliga, a cambio de un precio cierto, a entregar un buque determinado al arrendatario para que éste lo use temporalmente conforme a lo pactado o, en su defecto, según su naturaleza y características” (art. 188). Y, a su lado entiende que “por el contrato de transporte marítimo de mercancías, también denominado fletamento, se obliga el porteador, a cambio del pago de un flete, a transportar por mar mercancías y entregarlas al destinatario en el puerto o lugar de destino” (art. 203).

Esta última modalidad dentro de la tipología de contrato de utilización del buque, tanto si se trata del fletamento ordinario (fletamento por viaje), como si se trata del fletamento impropio (fletamento por tiempo o *time charter*), se materializa a través de una relación contractual que determina de manera total o parcial el espacio de carga de un buque a los efectos de realizar uno o más viajes, o bien para emplearlo durante un cierto periodo. En tal modalidad las partes son el fletador (cargador que tiene grandes volúmenes de mercancías) y armador fletante (navieros que disponen de buques adecuados) concretándose la operación en un documento llamado póliza de fletamento (*Charter Party*), que coexiste con el conocimiento de embarque. A partir de aquí la póliza de fletamento se configura como un instrumento en el que se incorpora el contrato de fletamento con todo su clausulado específico mientras que el conocimiento de embarque, se centra, propiamente, en la recepción de la mercancía y la obligación de entregarla en el punto de destino. Y, además, es la modalidad usual para el transporte de grandes volúmenes de mercadería a granel, sea líquida o sólida y de gran número de unidades como automóviles o plantas de fabricación completas. No obstante, pese a esta generalización su tipología es muy variada.

42. Es menester insistir en que, como consecuencia del entronque entre arbitraje y el transporte marítimo la generalidad de los contratos de fletamento incluyen una cláusula de arbitraje siendo extremadamente raro que los contratantes elijan otro mecanismo de solución de controversias porque, reticentes a las soluciones ante las jurisdicciones nacionales, consideran fundamental que sus eventuales controversias sean resueltas por árbitros cuyos nombres, reputación, competencia e independencia conocen perfectamente. De ellos esperan, eficiencia, velocidad y confidencialidad, y, por descontado, una decisión justa y equilibrada. Concretamente, el art. 469 LNM permite la puesta en marcha de lo dispuesto en cláusula arbitral, pero teniendo en cuenta las condiciones establecidas en el art. 468 y, con carácter subsidiario, si esta no existe o ha sido declarada nula, pone en marcha una serie de foros de competencia judicial con carácter alternativo, para todos los contratos de utilización de buque. Dichos foros a elección del demandante son el del lugar del domicilio del demandado, el del lugar de celebración del contrato o el del lugar del puerto de carga o descarga, si estamos ante un contrato de utilización del buque, o del lugar de prestación de los servicios, si estamos ante un contrato auxiliar de la navegación.

Siendo cierto que en la mayor parte de las pólizas de fletamento se incluye una cláusula de arbitraje, también lo es que esta práctica aún no se ha generalizado¹⁸² lo que da lugar a problemas que pueden englobarse en dos grandes grupos. En primer lugar, los derivados de la utilización de expresiones poco precisas que en modo alguno expresan la voluntad de las partes de someterse a este procedimiento de arreglo de controversias o que dar lugar a profundas patologías; baste referirse a la frecuencia de cláusulas que se limitan a remitirse al “arbitraje en Londres”. En segundo lugar, por prescindirse de la voluntad de una de las partes al no ser el resultado de una negociación, sino de la incorporación a un fletamento para viajes consecutivos.

El examen de las cláusulas de arbitraje incluidas en un contrato de transporte marítimo no puede escapar a las especificidades de la ley de transporte marítimo y las disposiciones de los convenios marítimos internacionales. Además, el enfoque del sujeto por el método comparativo nos permitirá descubrir, a través de las soluciones concretas finalmente conservadas en los tres sistemas jurídicos en cuestión, que el efecto legal de la cláusula compromisoria está directamente relacionado con la posición contractual de estos operadores. Entre los involucrados en el envío, el destinatario de los productos es de particular interés para nosotros. Este último, al no estar presente, de hecho, en el momento de la forma-

¹⁸² UNCTAD: “Pólizas de fletamento: análisis comparado”, TD/B/C.4/ISL/55, 27 julio 1990, “http://unctad.org/es/PublicationsLibrary/c4isl55_es.pdf”, n^{os} 319 a324.

lización del contrato, se obliga a una cláusula compromisoria insertada, casi siempre “por referencia” y ello no siempre goza de una favorable acogida. Estos contratos tipo suelen ser elaborados por los armadores de acuerdo con modelos estandarizados aunque la esencia de la controversia refiera a la relación entre el agente de flete y el fletador.

43. Resulta habitual, en efecto, que las partes incorporen una cláusula de arbitraje en la denominada póliza de fletamento suscrita por lo general entre el porteador y el cargador emitiéndose con posterioridad el conocimiento de embarque en virtud de la citada póliza¹⁸³. Este conocimiento de embarque en la mayoría de las ocasiones es un título valor negociable y, por tanto, transferible a terceros, siendo emitido unilateralmente por el transportista, y se acepta por la contraparte sin más, constando únicamente la firma del porteador. Fuerza es confesar la posibilidad de que un tercero adquirente de buena fe se vea implicado en una relación de la que no era parte en un principio y que estos conocimientos de embarque circulen sin el conocimiento de los tenedores, ignorando que pueden incorporar una cláusula de sometimiento a arbitraje. Debe tenerse en cuenta que, en la práctica, el conocimiento de embarque se emite a favor del porteador, pero quien habitualmente ejercita los derechos suele ser el consignatario o el cargador que es una persona distinta cuando la mercancía se ha vendido en tránsito.

Por ejemplo, la *High Court of Hong Kong*, 30 julio 1992 (*Pacific International Lines (PTE) Ltd. y otro con Tsinlien Metals and Minerals Co. Ltd.*) entendió que aunque la póliza de fletamento no estaba firmada por ambas partes, tal póliza debía surtir efectos toda vez que no cabía dudar, sobre la base de los hechos y las comunicaciones previas al viaje, que el demandado había fletado el buque del demandante y había pagado también ciertas sumas a éste conforme a dicha póliza. Concretamente el tribunal llegó a la conclusión de que se había cumplido con el art. 7 LMU (redacción de 1985), y concedió al demandado un plazo de siete días para designar a un segundo árbitro, que en caso de no hacerlo designaría el propio tribunal¹⁸⁴. En cambio, el mismo tribunal consideró, en una sentencia posterior de 8 septiembre 1992 (*Hissan Trading Co. Ltd. / Orkin Shipping Corporation*), que aunque el conocimiento de embarque no estaba firmado por las partes, tampoco había acuerdo escrito de arbitraje contenido en un documento firmado por éstas, como lo exigía el párrafo 2 del art. 7 LMU, pues la correspondencia entre las mismas era insuficiente, dado que el precepto excluye la adopción de los documentos a que se hacía referencia, que fueron emitidos después de la celebración del acuerdo de arbitraje¹⁸⁵.

Con carácter complementario, dentro de la jurisprudencia francesa, debe destacarse, el asunto *SOERNI c. ASB* que puso el acento en la intención de las partes y las circunstancias particulares del caso¹⁸⁶.

¹⁸³ Según el ATS 1ª 28 marzo 2000: “conforme es habitual en las relaciones de comercio marítimo, se remite al modelo de póliza de fletamento tipo asbatank, el cual incorpora a su articulado una cláusula de sumisión a arbitraje; y, el segundo, de fecha 28 junio del mismo año, confirmando a su principal los términos del contrato de fletamento perfeccionado, hay también mención expresa del modelo de póliza de fletamento tipo asbatank. Este conjunto de comunicaciones es prueba evidente de la concurrente voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que surgieran en el desarrollo y ejecución del contrato de fletamento convenido (...), entre cuyas condiciones se incluía la cláusula de sumisión a arbitraje, y, por ello, sirve para tener por cumplido el presupuesto exigido por el art. IV.1º.b) del Convenio (de Nueva York de 1958)” (*JEA*, nº 1252). *Vid.*, en una dirección similar ATS 1ª 26 febrero 2002, *JEA*, nº 1266)

¹⁸⁴ *Arbitration and Disp. Res. L. J.*, Parte 4, diciembre de 1992, p. 240.

¹⁸⁵ Caso Clout 45, “http://www.uncitral.org/clout/clout/data/hkg/clout_case_43_leg-1239.html”.

¹⁸⁶ Sentencia de la *Cour de cassation* de 8 julio 2000 (*Société d'études et représentations navales et industrielles (SOERNI) et autres vs. Société Air Sea Broker limited (ASB)*): “l'engagement d'une société à l'arbitrage ne s'apprécie pas par référence à une quelconque loi nationale mais par la mise en oeuvre d'une règle matérielle déduite du principe de validité de la convention d'arbitrage fondée sur la volonté commune des parties, de l'exigence de bonne foi et de la croyance légitime dans les pouvoirs du signataire de la clause pour conclure un acte de gestion courante qui lie la société; que l'arrêt retient exactement, d'abord, que la lettre d'exonération de responsabilité, faisant expressément référence aux «règles d'arbitrage du connaissance CLS», a été signée, pour la société Soerni, par M. Y..., seul contact de la société ASB pendant les négociations, cette dernière n'ayant été mise en garde, ni avant ni après la signature de la lettre, sur un éventuel défaut de pouvoir de ce salarié par les dirigeants de la société Soerni qui avaient au contraire tacitement ratifié l'opération en demandant un devis pour une assurance complémentaire; puis que la volonté d'arbitrer de la société Soerni résulte de sa connaissance de l'existence d'une référence claire à la convention d'arbitrage dans la lettre d'exonération de responsabilité; que la cour d'appel a décidé à bon droit que la société Soerni était engagée par la clause compromissaire” (“https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/956_8_13204.html”)

44. Estos conocimientos de embarque se refieren a las condiciones del contrato de fletamento, de ahí la aplicabilidad de la cláusula de arbitraje y su fuerza vinculante a las controversias derivadas de esta modalidad contractual. De hecho, el recurso al arbitraje presupone, en principio, el consentimiento previo de las partes en la controversia. Sin embargo, en este tipo de situación, las partes se ven compelidas a recurrir al arbitraje, aunque no lo hayan consentido expresamente. La cuestión de la aplicabilidad de los acuerdos de arbitraje es uno de los puntos de fricción más fuertes en el uso del arbitraje en el campo del transporte, considerando la jurisprudencia que la cláusula no es inaplicable en principio para el destinatario. Este problema también se puede encontrar en otras modalidades de transporte, ya que todos los contratos de este sector se caracterizan por su carácter tripartito (expedidor, el transportista, consignatario) sin una negociación real entre las partes.

Si la presencia de cláusulas de arbitraje es constante en los formularios tipo o estándar más utilizados en gran parte de sectores del Derecho de los negocios, en el Derecho marítimo su generalización está a la orden del día¹⁸⁷, pero este proceder es especialmente significativo en el ámbito de la contratación marítima internacional¹⁸⁸. El conocimiento de embarque estándar de CONGENBILL es probablemente el instrumento más utilizado en el tráfico marítimo siendo la redacción de sus términos revisada en 1994, junto con la revisión del formulario de fletamento estándar GENCON¹⁸⁹.

45. Desde determinados medios se ha denunciado que en este sector las cláusulas de arbitraje muestran una marcada dependencia de formularios-tipo internacionales en los que figuran la sumisión arbitral a Londres, lo cual puede ser perjudicial para los intereses de los operadores marítimos españoles, al o figuran ningún árbitro de nuestro país en las listas de árbitros habituales¹⁹⁰. La cláusula arbitral en este sector suele limitarse a determinar la instancia arbitral, pues aquí es dominante el arbitraje institucional, o el número de árbitros que compondrán el tribunal arbitral, así como, habitualmente, el lugar donde tal arbitraje se llevará a cabo, junto a ciertas previsiones en materia de procedimiento arbitral¹⁹¹. Ya hemos apuntado el protagonismo que tiene la plaza de Londres para el desarrollo del arbitraje marítimo. Según parece, en la inmensa mayoría de los contratos marítimos, por ejemplo en el *Lloyds Form of Salvage* se incluye la expresión “Arbitraje en Londres” aun cuando la mayoría de las demandas que se suscitan ante instituciones del tipo de la LMAA no sean británicas. Existen, además, otros argumentos de peso, aparte de las instituciones de arbitraje que estamos estudiando cuenta varias asociaciones de productos básicos que ofrecen servicios de arbitraje como *London Metal Exchange*, *Sugar Trade Association* y *London Rice Brokers. Asociación*. Incluso antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje de 1996, Londres había cimentado su posición como el centro preeminente para el arbitraje comercial internacional¹⁹².

Sin embargo también existen bloques contractuales como el de los denominados *Towage Contracts* que designan la plaza de Tokyo para el desarrollo de un eventual arbitraje.

Para este particular sector la entidades como la CCI o el Comité Marítimo Internacional (CMI) han redactado un conjunto de reglas para el arbitraje marítimo preparadas por expertos de ambas entidades que fueron aprobadas en 1978. El reglamento resultante abarca una gran variedad de supuestos del tráfico marítimo susceptibles de producir controversias: en contratos charter, contratos de transporte marítimo de mercancías, transporte combinado de mercancías, contratos de seguro marítimos, contratos de construcción y reparación de embarcaciones, contratos de venta de embarcaciones y otros contratos que creen derechos sobre embarcaciones¹⁹³. La administración de los casos sometidos al Reglamento de

¹⁸⁷ Puede realizarse una consulta de muchas de ellas en www.gama.org y en el completo elenco contractual que ofrece www.businessinbox.com.

¹⁸⁸ Aunque diferido en el tiempo son de utilidad para contrastar con la práctica actual los trabajos de J.M. DELEUZE, “La redaction des clauses compromissoires dans les contrats commerciaux internationaux”, *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1964, pp. 83–102; Ch. DEL MARMOL, “Rédaction d’une clause d’arbitrage...”, *loc. cit.*, pp. 282–296.

¹⁸⁹ M. GOLDBY, “Incorporation of Charter Party Arbitration Clauses into Bills of Lading: Recent Developments”, *Denning L.J.*, vol. 19, 2007, 2007, pp. 171–180.

¹⁹⁰ J.M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ, “El arbitraje marítimo en España hoy”, *anave.es*, diciembre, 2015.

¹⁹¹ J.J. ÁLVAREZ RUBIO, “Arbitraje marítimo y criterios de selección del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Especial referencia al sector del transporte”, *Revista de la Corte Española de ArbitrajeCEA*, vol. XIII, 1997, p. 66.

¹⁹² J.M. ALCÁNTARA, “La nueva Ley inglesa de Arbitraje de 1996 y el arbitraje marítimo”, *Diario La Ley*, 29 agosto 1997, p. 4.

¹⁹³ “<http://132.204.136.33/doc/html/reg/en/2003/2003jiregen16.html>”.

Arbitraje CCI/CMI se confía a una entidad común para las dos instituciones: la Organización Marítima Internacional (IMAO).

4. Práctica española a partir de la Ley de Navegación Marítima

46. A la línea jurisprudencial española en relación con la sumisión a tribunales extranjeros¹⁹⁴ se une a otra relativa a los efectos de la sumisión a arbitraje en la contratación marítima internacional. Esta línea paralela muestra el alejamiento de los principios de formalismo estricto y su orientación hacia la búsqueda de la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje. Precisamente en vez de detenerse en los aspectos formales, *v.gr.* la inexistencia de firma, la verificación la autonomía de la voluntad de las partes para sentar la ineficacia del convenio arbitral, la tendencia apunta a una superación del argumento formal. Esta tendencia favorable, que ha quedado seriamente alterada tras la entrada en vigor de la Ley de Navegación Marítima de 2014¹⁹⁵, pudo apreciarse tanto en sede de declinatoria arbitral y como en sede de ejecución de laudos arbitrales extranjeros:

- i) Al igual que señalábamos en relación con las cláusulas atributivas de jurisdicción, las reservas frente a las cláusulas de sumisión por suponer una “mayor libertad contractual del fletante”, han cedido “hacia de una línea interpretativa favorable a la admisión del arbitraje respecto de problema de aplicación de las Reglas de La Haya, e incluso la confirmación de esta tendencia en las todavía inaplicables Reglas de Hamburgo”¹⁹⁶. El supuesto típico de la declinatoria arbitral en este ámbito deriva de contratos de fletamento que incorporan una cláusula de arbitraje que es ignorada con la presentación de la demanda ante los tribunales españoles. La cuestión estriba entonces de determinar la validez o eficacia del convenio arbitral que es resuelta mayoritariamente en favor de la declinatoria, salvo alguna excepción basada en la Ley de arbitraje de 1988¹⁹⁷. Mayoritariamente la jurisprudencia de estos años consideró que lo decisivo para la validez del convenio arbitral no era tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca éstas de someter sus controversias a arbitraje¹⁹⁸, defendiendo la validez del convenio arbitral por cuanto no se ha probado la falta de consentimiento¹⁹⁹, reiterando la clara voluntad de la parte demandada de no renunciar a un arbitraje previsto en un contrato de fletamento por tiempo pactado entre los litigantes, aunque sin hacer especial referencia al contenido de la voluntad de las partes en su elaboración²⁰⁰ o apreciando la validez del convenio arbitral pactado en el contrato de fletamento por coincidir con el estipulado en el acuerdo de salvamento concertado entre el capitán del buque y la empresa de salvamento²⁰¹. A ello hay que añadir que en el transporte internacional de mercancías se produce con frecuencia la vinculación al pacto de sumisión de las compañías aseguradoras que se han subrogado en la posición de su asegurado²⁰².

¹⁹⁴ *Vid. supra*, nºs 34 ss.

¹⁹⁵ AAP Barcelona 15ª 21 diciembre 2016 (Roj: AAP B 5241/2016 – ECLI: ES:APB:2016:5241ª)

¹⁹⁶ STS 1ª 14 mayo 1992, EDJ 1992/4762.

¹⁹⁷ STS 1ª 29 noviembre 2002 consideró que no se había acreditado suficientemente que la cláusula arbitral, en un supuesto de avería gruesa, formalizase un compromiso arbitral suficiente y expresivo, y con clara sumisión a determinada Ley, en aplicación del art. 61 de la Ley de Arbitraje de 1988 que hacía referencia a que la Ley expresamente designada por las partes debía tener “alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia”, lo que no concurría en el caso examinado (RJ 2002\10403. LA LEY JURIS: 11397/2003).

¹⁹⁸ STS 1ª 6 febrero 2003: “Lo cierto y verdad es que en toda la documentación de los contratos entre la porteadora y las empresas españolas aparece la cláusula de arbitraje en Londres y aplicación de la ley inglesa, siendo significativa su constancia no sólo en los conocimientos de embarque del cargamentos de ambos buques (...) sino también en las “notas de cierre” previas entre la porteadora y las dos empresas españolas (...), por lo que no cabe poner en duda la voluntad inequívoca de las partes contratantes de someter sus controversias a arbitraje en Londres con aplicación de la ley inglesa (LA LEY JURIS: 1093/2003; TOL253.543).

¹⁹⁹ STS 1ª 9 mayo 2003 (LA LEY JURIS: 1391334/2003; TOL274.471).

²⁰⁰ SAP Pontevedra 2ª 23 mayo 2002 (LA LEY JURIS: 1216341/2002)

²⁰¹ STSJ Galicia CA 1ª 16 octubre 2002 (RJCA 2003\677, AEDIPr 2004–11 y nota de E.M. GAYÁN RODRÍGUEZ).

²⁰² STS 1ª 3 julio 2003: “por estar contenida la cláusula arbitral en un contrato de fletamento y también en el contra-to de

- ii) El marco del *execuátur* también apunta hacia esta dirección antiformalista, resultando obligada la referencia a la doctrina sentada por el ATS 1^a 31 julio 2000 en un supuesto de reconocimiento en España de un laudo arbitral pronunciado en el extranjero en un litigio derivado de una Póliza de fletamento “modalidad Gencon” consideró la existencia de un convenio de arbitraje porque la solicitante del *execuátur* había aportado “un conjunto de comunicaciones por teleimpresor o telefax que, a juicio de esta Sala, y tras su minucioso examen, satisfacen razonablemente la exigencia del art. IV.1^o.b) del Convenio (de Nueva York de 1958), pues permiten inferir con un grado de certeza suficiente que fue voluntad de las partes en litigio someter las disputas surgidas en el desenvolvimiento del contrato de fletamento celebrado entre ellas al juicio y decisión de árbitros”²⁰³. En la misma línea el ATS 1^a 26 febrero 2002 declaró improcedente, en trámite de oposición al *execuátur* de un laudo extranjero, la alegación de inexistencia de pacto arbitral por estar incluida la cláusula de arbitraje en una póliza de fletamento que no aparecía firmada. Para el TS en la aplicación del art. IV.1^o b) del Convenio de Nueva York de 1958 el juzgador ha de orientar su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial, debiéndose considerarse satisfecho el requisito del referido precepto “en la medida en que se han aportado con la demanda de *execuátur* documentos de los que razonablemente cabe inferir la voluntad concorde de las partes de someter las controversias que pudieran surgir de la ejecución del contrato de fletamento a la decisión arbitral”²⁰⁴.

seguro marítimo” (LA LEY JURIS: 2609/2003, AEDIPr 2005–12 y nota de E. SIERRA NOGUERO); AAP Tarragona 3^a 23 octubre 2004 (AEDIPr 2005–15).

²⁰³ RJ 2000\6875.

²⁰⁴ JUR 2002\62463. *Vid.* en la misma dirección ATS 1^a 1 abril 2003: “ha de entenderse producido éste [el acuerdo] a la vista de la existencia (...) de relaciones comerciales entre las partes que se evidenciaban en la realización de actos típicos de ejecución contractual, lo que, por otra parte, no ha de suponer necesariamente la aceptación por la demandada de la sumisión a arbitraje” (JUR 2003\118425); ATS 1^a 29 abril 2003: “cabe constatar la presencia de una voluntad concorde dirigida a solucionar los conflictos derivados del cumplimiento del contrato por vía de arbitraje, voluntad que alcanza, en lo que al cumplimiento del requisito que ahora ocupa, a la mercantil actora” (JUR 2003\132244).

LIBERTAD DE TESTAR Y LIBERTAD DE ELEGIR LA LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN

FREEDOM OF TESTATION AND FREEDOM OF CHOICE OF THE LAW APPLICABLE TO THE SUCCESSION

JOSEP MARÍA FONTANELLAS MORELL

*Profesor agregado de Derecho internacional privado
Universitat de Lleida*

Recibido: 31.08.2018 / Aceptado: 05.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4381>

Resumen: De entre las aportaciones del Reglamento 650/2012, relativo a las sucesiones transfronterizas, sobresale la introducción de la elección de la ley sucesoria por parte del causante. Para justificar la institución y su inclusión en el instrumento europeo es fácil imaginar una suerte de correlación natural entre la libertad de testar existente en Derecho civil y la posibilidad de designar la ley aplicable propia de las herencias internacionales. Con todo, la doctrina prefiere invocar la seguridad y previsibilidad que la *professio iuris* proporciona en la planificación de la sucesión. No es ésta, sin embargo, la línea que está siguiendo la jurisprudencia registral española, pues, en sus resoluciones, se ha basado más en la libertad de testar que en la seguridad jurídica.

Palabras clave: sucesión *mortis causa*, libertad de testar, sucesiones internacionales, elección de la ley sucesoria, elección tácita, seguridad jurídica.

Abstract: Among the features of Regulation 650/2012, on cross-border successions, the introduction of the testator's choice of the succession law stands out. In order to justify the institution and its inclusion in the European instrument, it is easy to imagine a kind of natural correlation between the freedom of testation, granted by national law, and the possibility to select the applicable law which is characteristic of international inheritances. Nevertheless, scholars tend to invoke the security and predictability that *professio iuris* provides in the estate planning. Yet resolutions stemming from Directorate General for Registries and Notary Affairs are based more on the freedom of testation than on legal certainty.

Keywords: succession upon death, freedom of testation, cross-border successions, choice of law, tacit choice of law, legal certainty

Sumario: I. Introducción. II. Los conceptos. III. La relación entre los conceptos. 1. Libertad de testar y regulación conflictual de las sucesiones. 2. Libertad de testar y elección de la ley sucesoria. IV. La jurisprudencia registral en materia de *professio iuris*. V. Consideraciones finales.

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación DER2015-70636-C2-1.

I. Introducción

1. Pocos principios hay en el Derecho privado moderno que sean tan sugerentes –y potentes– como lo es el de la autonomía de la voluntad. La idea –directamente derivada de la etimología de las palabras¹– de que los individuos han de poder dictarse a voluntad las reglas a las que sujetar sus relaciones de derecho ha constituido una de las columnas fundamentales sobre las cuales se ha sostenido tradicionalmente el tráfico jurídico entre particulares y, a pesar de los profundos cambios de toda índole que ha experimentado la sociedad contemporánea, sigue conservando, debidamente acomodada a los tiempos que corren, plena validez². Sin embargo, este principio interviene con fuerza desigual según cuál sea el sector del Derecho que sea considerado. En efecto, es un lugar común el dar por sentado que los contratos son el territorio natural de la autonomía privada, mientras que, en otras partes del Derecho civil, como las relativas a las esferas personal, familiar y sucesoria, su penetración ha sido mucho más limitada, debido a una mayor presencia en ellas de normas imperativas. Aun siendo cierta, esta apreciación se ha ido matizando recientemente en la medida en que, también en estos ámbitos, la autonomía privada se ha transformado en una manifestación de la dignidad y de los derechos fundamentales de la persona, la tutela de cuyo interés individual tiene que primar, bajo ciertas circunstancias, sobre la protección de los intereses generales de la sociedad o de los colectivos del grupo familiar³. Más en concreto, el Derecho de sucesiones –en el que es asimismo visible una incidencia creciente de los valores constitucionales⁴– ha puesto de relieve como ningún otro dominio jurídico la contradicción de, por un lado, ser un ejemplo de territorio hostil a la autonomía de la voluntad en razón de las *leges cogentes* que alberga, entre las cuales las preservadoras de las legítimas son el paradigma⁵; y, por otro lado, estar inspirado en un «principio básico indiscutido», la libertad de testar, que es una de las expresiones más genuinas de la autonomía privada⁶.

2. Las ideas recién bosquejadas explican el interés del presente trabajo en abordar el verdadero sentido y alcance de la autonomía de la voluntad reconocida al causante, tanto en la dimensión sustantiva como en la conflictual, así como en averiguar la relación que pueda existir entre ambos planos jurídicos. Para llevarlo a cabo, primeramente [II], parece obligatorio definir algunos conceptos de Derecho sustantivo y de Derecho internacional privado (DIPr) relativos al tema tratado, los cuales, debido a su carácter interdisciplinar, han dado lugar en ocasiones a confusiones o malinterpretaciones; en segundo lugar [III], exploraremos la relación entre las dos vertientes de la autonomía del causante, la material y la conflictual, para indagar si y en qué medida la primera puede tener ascendiente sobre la segunda; en tercer término [IV], pondremos a prueba las conclusiones obtenidas en el apartado anterior a la luz de la doctrina que, hasta el momento, ha elaborado la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) con relación al Reglamento 650/2012; en última instancia [V], haremos unas breves consideraciones finales que hagan balance de las reflexiones precedentes.

¹ No está de más recordar que el término moderno «autonomía», que nos ha llegado a través del latín y del francés [donde está documentado desde 1596 (<http://www.cnrtl.fr/etymologie/autonomie>), más de un siglo antes que en español, en que, de acuerdo con J. COROMINAS y J. A. PASCUAL (*Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, vol. I, A-CA, Madrid, Gredos, 1980, p. 415), no se atestigua hasta 1702], proviene del griego αὐτονομία, αὐτονομίας (autonomía, autonomías), palabra conformada por αὐτός, αὐτή, αὐτόν (aytós, ayté, aytón), cuyo significado es «él mismo», «ella misma»; por el sustantivo νόμος, νόμου (nómos, nómu), que se traduce por «ley», «norma»; y por el sufijo -ία (-ia), que indica «acción» o «cualidad».

² M. ALONSO PÉREZ, «La autonomía privada y su expresión fundamental, el negocio jurídico», en J. RAMS ALBESA (dir.), *Tratado de Derecho Civil*, t. II, *Normas civiles y derecho subjetivo*, Madrid, Iustel, 2014, pp. 315-320.

³ M. A. PARRA LUCÁN, «La autonomía privada en el Derecho civil: tendencias y transformaciones», en M. A. PARRA LUCÁN (dir.), *La autonomía privada en el Derecho civil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 49-50.

⁴ Véase, por todos, T. F. TORRES GARCÍA y M. P. GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

⁵ En este sentido, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, *Limitaciones de derecho sucesorio a la facultad de disponer*, t. I, *Las legítimas*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1974, *passim*.

⁶ A. VAQUER ALOY, «Los límites a la autonomía privada en el Derecho de sucesiones», en M. A. PARRA LUCÁN (dir.), *op cit.* en nota 3, p. 246.

II. Los conceptos

3. En las páginas que siguen se van a utilizar repetidamente unas nociones que, aun siendo indispensables para el estudio de la autonomía de la voluntad, no son compartidas ni siquiera conocidas por especialistas de las distintas ramas del Derecho que se ocupan de la materia. No deja de ser curioso –y revelador de su importancia– que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, que no es proclive a incluir expresiones de naturaleza jurídica, incorpore una definición de *autonomía de la voluntad*, al especificar que es la «[c]apacidad de los sujetos de derecho para establecer reglas de conducta para sí mismos y en sus relaciones con los demás dentro de los límites que la ley señala»⁷. A tenor de que, por regla general, el juego de la autonomía de la voluntad está excluido de la esfera jurídico-pública⁸, porque el mismo se circunscribe a las relaciones privadas, se puede establecer, *en principio*, una correspondencia entre los términos autonomía de la voluntad y *autonomía privada*. En nuestra literatura, esta segunda ha sido definida como el «poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte», manifestándose esta aptitud de autogobierno «como poder de creación, modificación o extinción de las relaciones jurídicas y como poder de reglamentación de las situaciones creadas, modificadas o extinguidas»⁹. Ahora bien, cuando la teoría de la autonomía de la voluntad, propia del Derecho civil, se ha injertado en el DIPr, ese doble poder autonormador se ha visto aumentado, ya que, además de a su ejercicio, en nuestra disciplina, las voluntades privadas han sido llamadas «à un rôle que le droit interne n'a jamais envisagé pour elles»¹⁰: el de seleccionar el derecho aplicable a una relación o situación jurídica con elemento de extranjería.

4. La pluralidad de funciones que desempeña la autonomía de la voluntad ha hecho posible que los iusinternacionalprivatistas distinguan dos nociones que a veces extrañan a los juristas no familiarizados con la especialidad. Se trata, por un lado, de la *autonomía material* –aquella en cuya virtud las partes de una relación de derecho pueden establecer el contenido sustantivo de la misma en sus pactos, cláusulas y condiciones–, y, por otro, de la *autonomía conflictual* –aquella por la cual se autoriza a los

⁷ <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=4TsdBo>. Dentro de la temática del presente trabajo, debe también reseñarse que, en la definición de la voz «voluntad», el Diccionario recoge la particularidad «última voluntad» para referirse a «[l]a expresada en el testamento» (<http://dle.rae.es/srv/fetch?id=c2gSOgP>).

⁸ Esta afirmación debe, sin embargo, ser objeto de una explicación. La idea de que el Derecho público es ajeno a la intervención del arbitrio privado se remonta a dos famosos pasajes del Digesto [*Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*] (D 2.14.38) y «*Privatorum conventio iuri publico non derogat*» (D 50.17.45), *Cuerpo del Derecho civil romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, por I. L. GARCÍA DEL CORRAL, Barcelona, Jaime Molinas, 1899, t. I, p. 286; t. III, p. 948], atribuidos, respectivamente, a PAPINIANO y ULPIANO, cuya interpretación a lo largo de los siglos ha suscitado encendidos debates, por más que exista consenso en que dichos brocados hacen referencia a uno de los criterios fundamentales para distinguir el Derecho público del Derecho privado: el hecho de que la voluntad concertada de los particulares no puede dejar sin efecto una norma de Derecho público. Ciertamente, la ciencia moderna se ha preocupado de perfilar el alcance real de esta premisa, a lo que ha contribuido especialmente el contraste entre las nociones de Derecho público y orden público. Así, éste «*comprend d'abord et nécessairement toutes les lois de droit public*», pero, igualmente, las de *droit privé* «*toutes les fois que la disposition de la loi est motivée par la considération d'un intérêt général, qui se trouverait compromis si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi*» (M. PLANIOL y G. RIPERT (col.), *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, 11ª ed., Paris, LGDJ, 1928, pp. 113-114). De lo que se infiere que hay normas que, siendo de Derecho privado, participan de los principios integrantes del orden público, y que, por tanto, son asimismo inmunes a la voluntad privada, pues están inspiradas en el interés general cuya satisfacción podría verse comprometida si estuviera en manos de los particulares modular su aplicación. Inversamente, en la doctrina contemporánea hay quienes no descartan, asimismo, la existencia de reglas de Derecho público que, al no afectar a principio de derecho necesario alguno, son excluibles por las partes si las mismas así lo convienen [L. FIGA FAURA, «La renuncia de los derechos y la exclusión voluntaria de la ley», Academia Matritense del Notariado (ed.), *Estudios sobre el título preliminar del Código civil*, t. I, *Parte general*, Jaén, Edersa, 1977, p. 272]. El corolario de lo expuesto es que, si bien la autonomía de la voluntad y el Derecho privado inciden sobre la misma materia, esta coincidencia no es plena, porque la autonomía puede ejercitarse en sectores puntuales del Derecho público en los cuales no estén en riesgo los principios estructurales del Estado, y, por contra, en el Derecho privado hay parcelas que, dada su estrecha vinculación con el interés general, escapan a la influencia del arbitrio privado.

⁹ L. DIEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. I, *Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2016, pp. 307-308.

¹⁰ H. BATIFFOL, «Le rôle de la volonté en droit international privé», *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 71. En realidad, el profesor francés alude únicamente a la facultad para determinar la ley aplicable a los contratos, pero su razonamiento vale para cualquier situación privada internacional que sea susceptible de tolerar el juego de la autonomía de la voluntad.

sujetos de una relación jurídica a designar la ley que debe regularla—. Esta diferenciación, centrada en el ámbito obligacional, es obra de Zitelmann¹¹, pero es perfeccionada por Haudek, quien acuña dos expresiones (*materiellrechtliche Verweisung* y *kollisionsrechtliche Verweisung*) que han hecho fortuna¹². Por medio de la primera se alude a la remisión contractual a un derecho determinado como enunciación de la voluntad de las partes de incorporarlo al contrato, en tanto que con la segunda se hace referencia a la remisión a una concreta ley para que lo rijan. Aunque la distinción parezca de un bizantinismo innecesario, conviene tenerla en cuenta, porque, en ocasiones, puede acarrear enormes consecuencias. Efectivamente, del hecho de hallarnos en una u otra situación, dependerá, tanto la respuesta a un hipotético conflicto internacional transitorio¹³, como la efectividad de la cláusula remisiva frente a las normas imperativas, puesto que la referencia de índole material sólo puede operar en el marco de las reglas dispositivas, mientras que la de naturaleza conflictual es capaz de apartar las normas de obligado cumplimiento de la legislación que hubiera sido aplicable en ausencia de elección¹⁴. Para poder delimitar mejor la verdadera autonomía conflictual, la doctrina alemana ha realizado una doble distinción complementaria: por una parte, la existente entre la remisión directa, propia o inmediata y la remisión indirecta, impropia o mediata, siendo la primera —la *direkte, echte* o *unmittelbare Verweisung*— la que hemos denominado *kollisionsrechtliche Verweisung*, a saber, la designación por las partes de la normativa aplicable a una situación privada internacional en particular, mientras que la segunda —la *indirekte, unechte* o *mittelbare Verweisung*— es una manera de seleccionar la ley competente a través de una actuación de los sujetos de la relación jurídica dirigida a introducir un cambio en el elemento —nacionalidad, domicilio, residencia habitual, lugar de situación de los muebles, lugar de otorgamiento del acto— que constituye la conexión —variable o mutable— de la norma de conflicto¹⁵; por otra parte, la que separa la elección real de la hipotética, al no entrañar ésta —*hypothetische Rechtswahl*— más que un ejercicio de intenciones, que

¹¹ Al decir que «[d]ie gedachte Klausel [la cláusula en que las partes fijan la competencia de una ley] kann in doppeltem Sinn aufgefasst sein. Sie kann gemeint sein als ein Satz des internationalen Privatrechts (...) das von den Parteien gekürte Recht würde Kraft ihrer als das massgebende Obligationsstatut zu gelten haben. Oder sie ist nur als ein Bestandteil der materiellen Rechtsordnung eines einzelnen Staats gemeint» (E. ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, vol. II, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1912, p. 374). Traducido al español, el párrafo indica que la cláusula en la que los contratantes deciden la competencia de una ley «se puede interpretar en un doble sentido. Puede ser entendida como una disposición de Derecho internacional privado (...) en virtud de la cual el derecho elegido por las partes tendría el valor de estatuto obligacional competente. O bien puede entenderse solamente como una parte integrante del ordenamiento material de un Estado en particular». Debe hacerse constar, empero, que, en el primer tomo de su tratado, E. ZITELMANN (*Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1897, pp. 270-278) había ya sentado las bases de la distinción, al hablar, por un lado, de «[d]ie Gestattung der Parteibestimmung als materiellrechtlicher Satz» y, por el otro, de «[d]ie Gestattung der Parteibestimmung als Kollisionsnorm». Una visión actual de esta fase germinal, puede encontrarse en la obra de K. BRATVOGEL, *Rechtswahlfreiheit*, Jena, JWV, 2016, pp. 59-60.

¹² W. HAUDEK, *Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht*, Berlin, Springer, 1931, pp. 3-5). Con todo, esta terminología no es por entero de su invención, pues J. ZIMMERMANN [«Die Bedeutung des Parteiwillens im internationalen Privatrecht», *Zentralblatt für die juristische Praxis*, XLIV (1926), pp. 882-887] es el primero que parece haber hablado de «*materiell-rechtliche Parteiverweisung*» (p. 883) y de «*kollisions-rechtliche Parteiverweisung*» (p. 885). Para la evolución que estas categorías conceptuales han tenido desde sus orígenes, véase K. BRATVOGEL, *op. cit.* en nota anterior, pp. 61-63.

¹³ La *materiellrechtliche Verweisung*, al incorporar un derecho al contrato, lo «petrifica» con el contenido que tenía en la fecha de su conclusión; en cambio, la *kollisionsrechtliche Verweisung* invoca la ley rectora de la relación jurídica, que será apreciada en el momento del suscitarse la controversia. Véase, al respecto, el lúcido tratamiento del tema que hacen J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1993, pp. 505-506.

¹⁴ Éste es el punto clave para poder hablar con propiedad de una autonomía conflictual, como, a propósito de la contribución del ilustre Charles Dumoulin a la progresiva introducción de la voluntad privada en los conflictos de leyes, pusiera en evidencia F. GAMILLSCHEG (*Der Einfluss Dumoulins auf die Entwicklung des Kollisionsrechts*, Berlin-Tübingen, de Gruyter-Mohr, 1955, p. 118), al aducir que una libertad de elección real «*müßte sich dort bewähren, wo das gewählte Recht auf prohibitives örtliches Recht stößt*».

¹⁵ Sobre las diferencias entre la remisión propia y la impropia, véase, entre otros, W. HAUDEK, *op. cit.* en nota 12, pp. 2-3; P. H. NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., Tübingen, Mohr, 1976, p. 252; y J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht einschliesslich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, 6ª ed., Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 293. Cabe poner de relieve, sin embargo, que no faltan autores (K. BRATVOGEL, *op. cit.* en nota 11, p. 65) que entienden que la *mittelbare Verweisung* es una subdivisión dentro de la *indirekte* o *unechte Verweisung*, que se distingue por la manera que tienen las partes de incidir sobre la conexión objetiva, ya que en la remisión indirecta su influencia se materializa mediante alteraciones de la realidad fáctica —un cambio de residencia habitual, por ejemplo—, mientras que en la mediata sólo depende del acuerdo entre las partes, como ocurre con la determinación del savignyano «*Erfüllungsort*», cuya plena operatividad no precisa que el cumplimiento efectivo de la obligación se lleve a cabo en el lugar fijado, bastando con que los contratantes así lo hayan pactado.

trata de discernir el derecho que hubieran escogido los intervinientes de haber sido conscientes de su poder de elección, en tanto que aquélla –*reale* o *wirkliche Rechtswahl*– representa la auténtica y efectiva designación de la ley aplicable por quien tiene la facultad de hacerlo. No está de más recalcar que sólo ésta última es una genuina *kollisionsrechtliche Verweisung*, porque, al carecer de virtualidad, la remisión hipotética no evita la activación de las soluciones conflictuales previstas para los supuestos en los que las partes no se hayan pronunciado¹⁶.

5. Centrándonos en la que propiamente puede llamarse –directa, propia, inmediata, real y efectiva– autonomía conflictual, hemos de poner de relieve que tampoco la misma es una noción completamente uniforme y homogénea, ya que, si bien en todos los casos autoriza a las personas participantes en una relación de tráfico privado externo a designar el derecho que la tiene que gobernar, no siempre lo hace con idéntica amplitud; de modo que, a tenor del margen de libertad que se confiere a las partes¹⁷, cabe distinguir entre la «autonomía ilimitada» –o «de localización absoluta»–, gracias a la que los sujetos de una situación con componente extranjero pueden, sin restricción *conflictual* alguna, sujetarla al ordenamiento jurídico que tengan por conveniente¹⁸; y la «autonomía limitada», por la cual se permite a las partes emplazar su relación de derecho en el ámbito legislativo que elijan, siempre que entre éste y aquélla exista la suficiente proximidad¹⁹, siendo posible deslindar las hipótesis de «autonomía de localización relativa» –en las cuales es al juez a quien, *a posteriori*, corresponde enjuiciar, para dar validez a la elección, si efectivamente concurre el nexo objetivo demandado entre el derecho seleccionado y el negocio jurídico subyacente²⁰– de las de «autonomía de opción» –en las que los sujetos intervinientes en la relación jurídica pueden escoger la ley aplicable a la misma, pero únicamente de entre las que, *a priori*, ha acotado el legislador, al considerar que eran las que presentaban una vinculación más estrecha con la relación de derecho en cuestión²¹.

¹⁶ En cuanto a la dicotomía existente entre la elección real y la elección hipotética, véase F. BRÄNDL [«Der Parteiwille in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dem auf Vertragsverbindlichkeiten anwendbaren örtlichen Recht», *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, XIX (1925), cc. 821-823], quien se vale de las locuciones *empirischer Parteiwille* y *heuristischer Parteiwille*; W. HAUDEK (*op. cit.* en nota 12, pp. 106-110), el cual añade la fórmula *vermutlicher* o *hypothetischer Parteiwille*, que se contraponen a la *konkreter* o *empirischer Parteiwille*; P. H. NEUHAUS, *op. cit.* en nota anterior, pp. 263-267; G. KEGEL y K. SCHURIG, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, 9ª ed., München, Beck, 2004, pp. 658-660.

¹⁷ Una pionera clasificación de esta índole puede encontrarse en la obra de W. NIEDERER (*Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, 3ª ed., Zürich, Polygraphischer, 1961, pp. 194-195), donde, al describir los ejercicios de autonomía, se distingue entre los supuestos de «*völlige Wahlfreiheit*», de «*Beschränkung der Wahl auf eine der Rechtsordnungen mit tatbeständlicher Beziehung zum Verträge*», de «*Beschränkung der Rechtswahl auf eine gesetzlich begrenzte Gruppe von Rechten*» y de «*Beschränkung der Rechtswahl auf die Fragen der Vertragswirkungen*».

¹⁸ El ejemplo paradigmático de este tipo de autonomía conflictual es el art. 3.1 del Reglamento 593/2008 («Roma I») cuando dictamina que «[e]l contrato se regirá por la ley elegida por las partes» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 27ª ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 1139].

¹⁹ En materia de conflictos de leyes, el principio de proximidad expresa la idea de que «[u]n rapport de droit est régié par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits» [P. LAGARDE, «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye (R. des C.)*, t. 196 (1986-I), p. 29].

²⁰ El art. 10.5.1 del Código civil español (CC) [«Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 617, énfasis nuestro)] encarna a la perfección este modelo al prever, como puntualiza M. DE ANGULO («Comentario al art. 10.5»), en M. AMORÓS GUARDIOLA *et al.*, *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, p. 525), que, en tales casos, opere «una fiscalización jurisdiccional del ejercicio de la autonomía».

²¹ Entre mucha otras que podrían aducirse, una plasmación de esta modalidad de autonomía conflictual se halla tipificada en el art. 5.2.2 del Reglamento «Roma I» cuando, en relación con el contrato de transporte, decreta que «[l]as partes podrán elegir como ley aplicable a un contrato para el transporte de pasajeros, de conformidad con el art. 3, únicamente la ley del país donde: a) el pasajero tenga su residencia habitual, o b) el transportista tenga su residencia habitual, o c) el transportista tenga el lugar de su administración central, o d) se encuentre el lugar de origen, o e) se encuentre el lugar de destino» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, pp. 1134-1135]. Digno de ser mencionado es que, entre una y otra clase de «autonomía limitada», además de la amplitud de la elección, varía la relación entre la seguridad jurídica y la justicia formal: si un sistema de DIPr decide limitar *ex post electione* la autonomía de las partes, a través del control judicial, la solución, más propicia para la justicia conflictual, procura a los sujetos de la relación jurídica controvertida una mayor libertad de selección que, con todo, se traduce, a la postre, en una menor certidumbre sobre la normativa definitivamente aplicada; por el contrario, cuando el sistema actúa

6. Es perceptible como, de este entramado teórico, ha estado prácticamente ausente el Derecho de sucesiones, por lo que lo que, acto seguido, proyectaremos las principales categorías conceptuales recién descritas a la esfera sucesoria. Para hacerlo, tenemos que operar en la doble dimensión prefigurada: la sustantiva y la conflictual. La primera obliga a interrogarse, siquiera mínimamente, sobre el significado y el alcance de la «libertad de testar». Definida como la «libertad de decidir el destino de los bienes para después de la muerte», supone no solamente «una especificación de la autonomía de la voluntad»²² en el Derecho de sucesiones, sino que, en éste, puede llegar a considerarse su expresión por antonomasia²³. No obstante, como ha señalado un reputado sector de la doctrina, no debe propugnarse una plena equiparación conceptual entre la libertad de testar y la autonomía privada –singularmente, la contractual–, pues, bien que ambas comparten el fundamento del «reconocimiento del individuo como persona por medio del ordenamiento jurídico»²⁴, se diferencian en que, por un lado, el testador, al disponer para cuando ya no esté, no se autorregula –«no se da norma a sí mismo»–, sino que «actúa de acuerdo con sus propias normas, sus criterios personales, sus valores y principios», gozando, más que de autonomía material en el sentido detallado en el párrafo anterior, de «autonomía moral»²⁵; por otro lado, en que, contrastando con la libertad de contratación, que es «funcional al mercado y abierta a las personas jurídicas lo mismo que a las físicas», la libertad de disposición por causa de muerte, «exclusiva de las personas físicas, es ajena al mercado y a los principales problemas de regulación y límites de la libertad contractual», características que la alejan de los parámetros a los que se ahorra la justicia conmutativa y la hacen partícipe de los principios inherentes a la justicia distributiva²⁶. En suma, aun cuando quepa estimar que la libertad de testar no es sino una manifestación de la autonomía privada, presenta unas particularidades muy marcadas que le otorgan un acusado perfil propio.

7. En el plano conflictual²⁷, la institución del Derecho sucesorio internacional en la que se refleja la idea de la autonomía del causante es la denominada *professio iuris*, que se puede definir como «aquella facultad conferida al causante para que, en una disposición por causa de muerte, designe, dentro de ciertos límites, la ley que debe regir, en todo o en parte, su sucesión»²⁸. Heredera –en el nombre– de las *professiones legis* medievales, a través de las cuales los intervinientes en un negocio jurídico declaraban

apriorísticamente, mediante la disciplina legislativa, la mayor seguridad ofrecida implica, empero, una menor libertad de elección a la vez que un mayor riesgo para la equidad espacial del resultado final.

²² A. VAQUER ALOY, *loc. cit.* en nota 6, p. 246.

²³ Como dice A. VAQUER ALOY («La libertad de testar y sus límites», en M. A. PARRA LUCÁN/S. GASPAS LERA, *Derecho y autonomía privada: una visión comparada e interdisciplinar. Actas del Congreso Internacional “Límites a la autonomía de la voluntad” celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza los días 29 y 30 de septiembre de 2016*, Granada, Comares, 2017, p. 175), en el Derecho de sucesiones, «[l]a autonomía de la voluntad se denomina ... libertad de testar».

²⁴ A. RÖTHEL, «Testierfreiheit und Testiermacht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 210 (2010-1), p. 33. La frase en el texto alemán reza: «Die Testierfreiheit ist wie die Privatautonomie Ausdruck der Anerkennung des Einzelnen durch die Rechtsordnung als Person» (énfasis nuestro).

²⁵ J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Autonomía privada y Derecho de sucesiones», en CONSEJO GENERAL DEL NOTARIADO (ed.), *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. I, *Derecho de la persona, familia y sucesiones*, Madrid, Wolters Kluwer, 2012, p. 525; la misma idea también en p. 529.

²⁶ J. DELGADO ECHEVERRÍA, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 529-530. *In extenso*, el razonamiento del autor es el siguiente: frente a la libertad de contratación, que se ejercita según los criterios de «la justicia conmutativa –igualdad o proporción en el intercambio de las prestaciones– y la desigualdad de poder económico entre las partes[, e]n la libertad de disponer para después de la muerte no hay intercambio de prestaciones. Nadie tiene derecho a una liberalidad, ni nadie tiene la obligación de aceptarla. El testador no puede, propiamente, imponer nada, pues siempre cabe repudiar la herencia (...), [p]ero ... puede motivar conductas, propiciar ... la consecución de determinados fines, condicionar la vida de otras personas ofreciéndoles oportunidades que de otro modo no tendrían, hasta “cambiarles la vida”. “Puede” quiere decir aquí que los medios jurídicos (el testamento) le permiten conseguir estos resultados fácticos. Cabría pensar que las disposiciones para después de la muerte, en cuanto que afectan a otras personas cambiando el estado previo de sus expectativas y oportunidades están sujetas a los principios o las ideas reguladoras de la justicia distributiva. El testador como juez que, aun con cierto ámbito de discrecionalidad, distribuye bienes según criterios de necesidad o mérito de los destinatarios. También de recompensa a servicios prestados, o de igualdad (en alguno de los sentidos de esta palabra)» (pp. 529-530).

²⁷ En este trabajo, se aborda la autonomía de la voluntad en el DIPr de las sucesiones, pero solamente en lo que respecta a los conflictos de leyes, haciéndose abstracción de otros sectores, como el de la competencia judicial internacional, en los que el arbitrio privado puede, asimismo, jugar un papel destacado.

²⁸ J. M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 187.

cuál era la ley de su stirpe a fin de que la misma lo disciplinara²⁹, la moderna *professio iuris*, originada en la Suiza de finales del siglo XIX³⁰, hace referencia a la posibilidad reconocida al testador de escoger la legislación reguladora de su sucesión. Dando por sentado que se trata de un supuesto de autonomía conflictual, la profesión de ley muestra dos rasgos distintivos: por una parte, su unilateralidad, porque, a diferencia de otras modalidades de ejercicio de la autonomía que se llevan a la práctica mediante un acuerdo de elección o «*pactum de lege utenda*»³¹, la *professio iuris* es, de conformidad con su génesis histórica y su trayectoria contemporánea, «*le fait d'une seule personne*»³²; por otra parte, su limitación, ya que, en contraste con el incontable número de legislaciones a las cuales pueden acudir las partes para gobernar su contrato, el profesante sólo tiene generalmente derecho a escoger la *lex successionis* de entre un elenco restringido de candidatas, propuestas por el legislador; a veces, es tan reducido que únicamente incluye dos opciones³³. Presentada la institución, apartamos momentáneamente su estudio, al que retornaremos repetidamente en páginas posteriores.

III. La relación entre los conceptos

8. Una vez precisadas las nociones principales que tienen que ver con la autonomía de la voluntad, tanto en la vertiente material como en la formal, hemos de comprobar si, en el dominio hereditario, es posible establecer una correlación entre la libertad de testar y las soluciones de DIPr en materia de sucesiones *mortis causa* [1], y, aún más, entre la libertad de disposición por causa de muerte y la elección de la *lex hereditatis* [2].

1. Libertad de testar y regulación conflictual de las sucesiones

9. En una primera aproximación al tema, cabría aventurar que, al moverse en planos diferentes –sustantivo la libertad de disponer y conflictual la normativa de DIPr–, ambas realidades no se interfieren; y que, en este sentido, podría postularse una indiferencia –o, si se quiere, una ajenidad– de una con respecto a la otra. Sin embargo, dicha apreciación deja de ser correcta si, con la mejor doctrina³⁴,

²⁹ Si esta invocación de filiación jurídica era meramente retórica o implicaba una designación del derecho rector del acto ha sido objeto de un debate, que ha opuesto los partidarios de la libertad de elección de ley [véase, por todos, BARÓN DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, libro XXVIII, cap. II (Classiques Garnier, t. II, Paris, 1990, p. 211)] a los valedores de la inelegibilidad del derecho personal fuera de los casos previstos legalmente (véase, por todos, F. C. VON SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, t. I, 3ª reimpresión de la 2ª ed. de 1834, Darmstadt, Hermann Gentner, 1956, pp. 138-167, en especial, p. 152). La tesis de una cierta permisibilidad en la apelación al *genus* parece las más verosímil, sobre todo si se piensa en el prolongado declive del personalismo, que probablemente hizo que, con el tiempo, las profesiones de ley se trocaran en elecciones de ley [en este sentido, E. VITTA, «The Conflict of Personal Law», *Israel Law Review*, 5 (1970), pp. 172 y 340; A. CURTI GIALDINO, «La volonté des parties en droit international privé», *R. des C.*, t. 137 (1972-III), p. 851].

³⁰ Todo da a entender que fue F. MEILI (*Das internationale Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis*, Zürich, Art. Institut Orell Füssli, 1902, p. 121) quién recuperó la denominación tradicional para aludir a una figura de nuevo cuño contenida en el art. 22 de la *Bundesgesetz betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter/Loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*, de 1891, el cual preveía que «La sucesión está sometida a la ley del último domicilio del causante. No obstante, en una disposición por causa de muerte o en un pacto sucesorio, puede someterse la propia sucesión a la ley del cantón de origen» (traducción nuestra de los textos francés y alemán editados por A. N. MAKAROV, *Quellen des internationalen Privatrechts*, 2ª ed., vol. I, *Gesetzestexte*, Berlin-Tübingen, de Gruyter-Mohr (Siebeck), 1953, *La Suisse/Die Schweiz*, pp. 13-14). A lo largo de toda la pasada centuria, la terminología arraigó en la doctrina helvética, que, mediada la década de los sesenta, la proyectó internacionalmente gracias a un influyente estudio de A. E. VON OVERBECK («La *professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», en J. LIMPENS *et al.*, *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, Gent, Story-Scientia, 1966, pp. 1085-1112). Al incorporarla al Convenio sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte, de 1989, la Conferencia de La Haya dio a la *professio iuris* sucesoria el impulso decisivo para una difusión imparable, que el Reglamento europeo de Sucesiones no ha hecho más que confirmar.

³¹ Fórmula acuñada por A. CURTI GIALDINO (*loc. cit.* en nota 29, p. 863).

³² J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 259.

³³ Con acierto expresivo, J.-Y. CARLIER (*op. cit.* en nota anterior, p. 261) habla de «*choix bipolaire*».

³⁴ Para un examen exhaustivo de las tendencias primordiales que, tanto desde la perspectiva de la realidad normativa (diversificación y especialización) como desde la funcional (flexibilización y materialización), hay en el DIPr contemporáneo,

admitimos que una de las características esenciales de la ciencia internacionalprivatista de nuestro tiempo es la «materialización» de las normas de DIPr, que es producto de la penetración en los sistemas conflictuales de objetivos y valores propios del derecho material³⁵. Ciertamente, no puede afirmarse que esta presencia de consideraciones de naturaleza sustantiva sea una novedad, pues, como se ha remarcado oportunamente³⁶, *todas* las normas de conflicto las han contenido desde siempre, siendo perceptibles en la manera de precisar la naturaleza de la relación objeto de reglamentación y en la preferencia por un determinado punto de conexión que ponga en contacto dicha relación con la sede que le corresponde; pero sí que ha significado una innovación el *incremento e intensificación* de este proceso de infiltración, que ha hecho posible que los expertos más atentos distingan entre normas de conflicto localizadoras y reglas de colisión materialmente orientadas³⁷. Las primeras, en la ortodoxia savignyana, se limitan a situar la relación o situación jurídica dentro del perímetro de un determinado ordenamiento, que es el encargado de gobernarla³⁸; las segundas, por el contrario, hacen depender el señalamiento del derecho aplicable «*d'un élément de droit substantiel*»³⁹. Si a la luz de este debate, volvemos sobre la cuestión inicial, interrogándonos acerca de la incidencia que un principio fundamental del Derecho de sucesiones como la libertad de testar tiene en la regulación conflictual de las mismas, conviene advertir que, en función de la relación de fuerzas –reflejada en el trato brindado a la legítima⁴⁰– que, a la hora de determinar la ley de la sucesión, un sistema de DIPr establezca entre las pretensiones del causante y las de los potenciales beneficiarios de su herencia, la respuesta puede ir de una influencia testimonial de la libertad de disposición, como pasa en el Código civil español⁴¹, a un impacto mucho mayor del derecho material concernido, que alguno de los más reputados especialistas parecen haber detectado en el Reglamento de Sucesiones⁴².

véase por todos, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *R. des C.*, t. 287 (2000), pp. 9-426; en concreto, sobre la materialización, pp. 309-411.

³⁵ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 314-319.

³⁶ J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1996, p. 309. El ejemplo al que recurren estos autores para ilustrar su idea es muy gráfico: cuando el art. 9.8 CC dice que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante», pone de relieve la total coherencia de nuestro legislador, quien es «plenamente consecuente con la naturaleza que el fenómeno sucesorio presenta en los sistemas de concepción romanista, tributarios de los principios de personalidad y unidad en la sucesión».

³⁷ Sobre esta diferenciación y las consecuencias inherentes a la misma, véase, por todos, la gran obra de P. M. PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Georg, 1985, *passim*.

³⁸ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota 34, p. 57.

³⁹ A. BUCHER, «La dimension sociale du droit international privé. Cours général», *R. des C.*, t. 341 (2009), p. 28.

⁴⁰ Tanto en el orden interno como en el internacional, la visión de la legítima como punto de intersección entre las aspiraciones del *de cuius* y las de sus herederos parece obvia en la sucesión voluntaria, pero lo es igualmente en la intestada, pues, como apunta S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ [«Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos», *Anuario español de Derecho internacional privado (AEDIPr)*, t. XI (2011), p. 372], en sistemas como el «del Cc, las legítimas tienen o pueden tener un efecto sobre actos de disposición efectuados por el causante durante su vida. A pesar de que el causante no haya dispuesto nada para después de su muerte, el derecho a percibir por cualquier título una cierta cuantía del patrimonio del causante o su valor puede haberse visto afectado por donaciones y otros actos *inter vivos* del causante; y éstos por esa razón (por afectar a las legítimas) pueden estar sujetos a algún grado de ineficacia».

⁴¹ Aun cuando nuestro derecho conflictual autónomo –hoy desplazado por el Reglamento europeo– tiene presente los designios del testador para que, en los supuestos de conflicto móvil –debidos al cambio de su nacionalidad entre el momento del otorgamiento de los actos *mortis causa* y el de la muerte–, la alteración de la legislación rectora de la sucesión no acarree la invalidez de las disposiciones realizadas, las legítimas quedan al margen de esta previsión normativa *in favorem voluntatis*, porque el segundo punto del art. 9.8 CC [«Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, *si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 615, énfasis nuestro)] las subordina a la *lex patriae tempore mortis*. Como con razón se ha dicho, este modelo consigue que «prevalezca la legítima más amplia; la que más recorta la libertad de disposición, siempre que testador o pactantes se hubieren ajustado, como suele ser habitual, a la ley potencialmente aplicable en el momento de disponer» (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota anterior, p. 377).

⁴² En este punto, hay que ceder el uso de la palabra a A. BONOMI que, antes y después de la aprobación del instrumento, ha venido abonando que «[I]es solutions consacrées dans le Règlement sont ... généralement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties»; estando imbuidas de una «philosophie "libérale"» que se irradia a todo el texto [A. BONOMI, «Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2ª ed., Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 39, existe traducción castellana de la primera edición a cargo de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ *et al.*, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*,

10. Habida cuenta de que éste último caso es el que nos interesa, antes de abordarlo, haremos una breve reseña del régimen conflictual general consagrado en el Reglamento 650/2012⁴³. Pese a que, desde su prehistoria⁴⁴, ha sido un instrumento muy controvertido, objeto de una literatura prácticamente inabarcable⁴⁵ en la que se ha pasado revista a todos los aspectos internacionalprivatísticos de las herencias transnacionales, uno de los puntos en nuestra opinión mejor resueltos de la normativa europea es el correspondiente a la ley rectora de la sucesión. Para justificar esta estimación, hay que tener presente la variedad –y disparidad– de soluciones que recogía el DIPr de los Estados miembros de la Unión, que, a la hora de gestar una reglamentación uniforme, obligaba al legislador comunitario a posicionarse en los temas clave. A partir de las consideraciones de uno de los *founding fathers* de la iniciativa⁴⁶, cabe sostener que, en materia de Derecho aplicable, cuatro eran esencialmente las decisiones que debían tomarse: primeramente, optar por una regulación unitaria o por una fraccionada –tanto desde un punto de vista territorial como desde uno funcional⁴⁷– de la sucesión; en segundo término, inclinarse por la *lex domici-*

Cizur Menor, Aranzadi, 2015]. Que esta idea responde a una fuerte convicción del autor italiano lo prueba el hecho de que, en otro pasaje de la obra («Article 35», p. 592), la reitera casi con idénticas palabras «[L]es solutions proposées sont ... largement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties»; así como que, a raíz de la publicación de la Propuesta de Reglamento (PR), ya había avanzado las mismas reflexiones (A. BONOMI, «Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members», *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2010, p. 606; «Quelle protection pour les héritiers réservataires sous l'empire du futur règlement européen?», *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2008-2010, Paris, 2011, p. 264).

⁴³ Su título íntegro es Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo [(RS): DOUE, L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134; corrección de errores, L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 3; y L 60, de 2 marzo de 2013, p. 140].

⁴⁴ Aunque el impulso político del Reglamento se halla en el «Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia», adoptado, en Viena el 3 de diciembre de 1998, por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, en el cual, entre las medidas a implementar, se exhortaba a las instituciones comunitarias a que, en un plazo de cinco años, estudiaran la viabilidad de «un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones» [apartado 41, letra c), párrafo primero del «Plan de acción de Viena» (DOCE, C 19, 25 de enero de 1999, p. 10)], la «discusión científica» propiamente dicha acerca del mismo no se inicia sino a partir de la difusión, desde finales de 2002, del estudio [«Étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne/Rechtsvergleichende Studie der erbrechtlichen Regelungen des Internationalen Verfahrensrechtes und Internationalen Privatrechts der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union», publicado como libro (DEUTSCHES NOTARINSTITUT –ed.–, *Les Successions Internationales dans l'UE. Perspectives pour une Harmonisation/Conflict of Law of Succession in the European Union. Perspectives for a Harmonisation/Internationales Erbrecht in der EU. Perspektiven für eine Harmonisierung*, Würzburg, 2004, y aún disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_fr.pdf (francés) y http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/testaments_successions_de.pdf (alemán)] que la Comisión Europea, por medio de la Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior, encomienda al Deutsches Notarinstitut en colaboración con los profesores H. DÖRNER y P. LAGARDE, que hacen las veces de coordinadores científicos.

⁴⁵ De la ingente bibliografía generada en torno a la unificación europea del DIPr de las sucesiones, en este trabajo emplearemos una mínima fracción que sirva de apoyo a nuestra línea argumental.

⁴⁶ Seguimos –libremente– el planteamiento de P. LAGARDE [«Présentation de la proposition de règlement sur les successions», en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dir.), *Perspectives du droit des successions européennes et internationales. Étude de la proposition de règlement du 14 octobre 2009*, Paris, Defrénois, 2010, pp. 10-14], que el autor había esbozado unos años antes [«Familienvermögens- und Erbrecht in Europa», en P. GOTTWALD (ed.), *Perspektiven der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen in der Europäischen Union*, Bielefeld, Giesecking, 2004, pp. 14-17; «Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, *Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varia*, Madrid, Eurolex, 2005, pp. 1701-1704] y luego ha reiterado con leves retoques [«Présentation du règlement sur les successions», en G. KHAIRALLAH/M. REVILLARD (dir.), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, Defrénois, 2013, pp. 9-14].

⁴⁷ Si se entiende, como procede, que un sistema de unidad es aquél que *supedita el conjunto de bienes que componen la herencia durante todo el proceso transmisivo mortis causa a una sola ley*, el fraccionamiento puede deberse tanto a la aplicación de legislaciones diferentes a los distintos bienes que integran el caudal relicto como a la observancia de derechos varios en fases diversas del iter sucesorio. El contraste entre las dos clases de fragmentación ya fue advertida, en su *Dissertation*, por F. NIGGEMANN (*Nachlasseneinheit oder Nachlassteilung. Eine rechtspolitische Untersuchung am Beispiel des deutschen und französischen Rechts*, Köln, Universität zu Köln, 1973, pp. 171-172), que denominó a la segunda de ellas «escisión horizontal» («*horizontale Teilung*») para distinguirla de la tradicional escisión vertical entre los estatutos de los bienes relictos, siendo popularizada por M. FERID [«Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé», *R. des C.*, t.

lii o por la *lex patriae* para el gobierno de –según la respuesta al dilema anterior, la totalidad o la parte mobiliaria– de la herencia; en tercer lugar, limitarse a estipular una solución basada sólo en criterios objetivos o establecer una que –con mayor o menor amplitud– reconociese el rol conflictual de la voluntad del causante; en última instancia, elegir entre una conexión objetiva exclusivamente rígida y una que incorporase una cierta dosis de flexibilidad. El Reglamento 650/2012 ha resuelto las cuatro disyuntivas de la siguiente manera: primero, decantándose por un régimen –espacial y funcionalmente– unitario en la reglamentación de las herencias transfronterizas⁴⁸; segundo, sujetando, por lo común, las sucesiones por causa de muerte a la legislación vigente en el Estado de la última residencia habitual del causante⁴⁹; tercero, accediendo a que, para disciplinar la transmisión *mortis causa* de sus bienes, el testador pueda designar el derecho correspondiente a su nacionalidad⁵⁰; cuarta, introduciendo una cláusula de excepción que haga posible escapar a la aplicación de la *lex residentiae*, si del conjunto de circunstancias del caso se infiere que la sucesión está más estrechamente vinculada a otro país, cuyo ordenamiento deviene, entonces, competente⁵¹. En suma, el sistema instaurado por el Reglamento es resultado de un juego de equilibrios tejido con el propósito de integrar –adaptadas al derecho sucesorio– tres ideas fuerza de la ciencia conflictual actual: el empleo, como conexión objetiva general, de la residencia habitual –no reforzada⁵²– del *de cuius tempore mortis*; el recurso, a través de la cláusula de escape, a otra legislación que presente vínculos significativamente más estrechos con la sucesión que la inicialmente predeterminada⁵³; y la admisión de una extremadamente restringida profesión de ley en favor de la *lex patriae*⁵⁴.

142 (1974-II), p. 110], que prefiere hablar de «*scission territoriale*», para la derivada de la aplicación de la ley real a los bienes inmuebles, y de «*scission fonctionnelle*», para la que trae causa de la separación entre la delación y la transmisión hereditarias.

⁴⁸ Mientras que la unidad territorial aparece recogida en el art. 21.1 RS [«Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1023, énfasis nuestro)], la funcional está contemplada en el art. 23.1 RS [«La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1023, énfasis nuestro)]. Que el Reglamento aboga por ambos tipos de unidad lo confirman el último inciso del cdo. 37 [«Por motivos de seguridad jurídica y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley [la *lex successionis*] rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1010, énfasis nuestro)] y la frase inaugural del cdo. 42 [«La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia tal como establece esa ley» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1010, el énfasis es nuestro)].

⁴⁹ Solución consagrada en el ya citado art. 21.1 RS [«Salvo disposición contraria del presente Reglamento, la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1023)].

⁵⁰ La *professio iuris* viene regulada en el art. 22 RS, en cuyo primer apartado se estipula que «[c]ualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁵¹ Para hallar la cláusula de escape prevista, hay que ir al art. 21.2 RS, el cual dispone que «[s]i, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado cuya ley fuese aplicable de conformidad con el apartado 1, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁵² Este dato, importante, distancia la regulación del Reglamento 650/2012 de la del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 (CLH89), pues éste, en su art. 3.1 y 2, subordina la eficacia de la conexión a que el país de residencia del causante coincida con el de su nacionalidad o, en su defecto, que haya residido en él un mínimo de cinco años antes de su muerte [«La sucesión se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento, si en ese momento fuera nacional de dicho Estado. La sucesión también se regirá por la ley del Estado en que el difunto tuviera su residencia habitual en el momento de su fallecimiento si hubiera residido en dicho Estado durante un periodo no inferior a cinco años inmediatamente anterior a su fallecimiento. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, si el difunto tuviera en el momento de su fallecimiento vínculos manifiestamente más estrechos con el Estado del que en ese momento fuera nacional, se aplicará la ley de este último Estado»] [A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-2007)*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 256].

⁵³ Se trata de una «cláusula de excepción» *standard*, similar a las que figuran en los restantes instrumentos comunitarios sobre Derecho aplicable. Para un estudio de los fundamentos y evolución de las cláusulas de escape, véanse dos referencias clásicas: C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, Georg, 1983; D. KOKKINI-IATRIDOU (ed.): *Les Clauses d'Exception en matière de Conflits de Lois et de Conflits de Juridictions – ou le principe de proximité. XIV^e Congrès International de droit comparé*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1994.

⁵⁴ Aunque con diferencias, la regulación del Reglamento 650/2012 sigue el patrón fijado por la Ley suiza de Derecho internacional privado (LSDIP) de 1987 y por el Convenio de La Haya, ya que sólo tolera una opcionalidad básica.

11. En este contexto normativo, se ha sostenido, como ya hemos apuntado⁵⁵, que las soluciones del Reglamento 650/2012 son «*largement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties*». Para ilustrar esta apreciación, Bonomi aduce los ejemplos del reconocimiento de la *professio iuris*, de la preferencia por la residencia habitual como criterio de competencia judicial y de designación de la ley aplicable, del establecimiento de un régimen favorable a las disposiciones *mortis causa*, como los pactos sucesorios, y del protagonismo que, en la contestación de estas medidas liberales, puede cobrar el orden público en defensa de las reglas nacionales de protección de los familiares del causante⁵⁶. Sin embargo, no han faltado comentaristas que, con sólidos argumentos, han matizado el alcance real de estas pretendidas manifestaciones de la libertad testamentaria⁵⁷. Dejando apartada, por ahora, la elección de la ley sucesoria, que examinaremos más adelante, nos quedarían tres expresiones de esta orientación propiciadora de la libertad de disposición por causa de muerte –la residencia habitual, los contratos sucesorios y el orden público– sobre cuya idoneidad conviene detenerse siquiera momentáneamente.

12. Más allá de las dificultades evidentes que plantean la definición y concreción⁵⁸ de la residencia habitual, su utilización por el Reglamento 650/2012 como conexión objetiva de base para determinar la *lex hereditatis* es uno de los grandes hitos del instrumento⁵⁹ y, como se ha avanzado, un posible factor de ensanchamiento de la libertad de disposición del causante, ya que, bajo este punto de vista, la preferencia reglamentaria por la última residencia habitual del *de cuius* como criterio de conexión permite que éste flexibilice la designación de la ley aplicable, pues si opta por establecerse en un Estado cuyo derecho no conozca la legítima disfrutará de una mayor libertad de actuación a la hora de testar⁶⁰. Varios son, empero, los comentarios que merece este razonamiento. El primero es hacer notar que, en esta hipótesis y a diferencia de la contemplada en el art. 22 RS, se habla de libertad testamentaria pero no de

⁵⁵ Véase, *supra*, nota 42.

⁵⁶ A. BONOMI, *op. cit.* en nota 42, pp. 39-40 y 592-593.

⁵⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, pp. 378-388. La explicación que viene a continuación se ajusta al esquema diseñado por S. Álvarez González para puntualizar la tesis de A. Bonomi.

⁵⁸ Al igual que es propio de los Convenios de La Haya, el Reglamento 650/2012 no contiene una definición legal de residencia habitual y, como dice acertadamente J. CARRASCOSA GONZÁLEZ [«Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual del causante», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, 8 (2016-1), p. 61] el problema técnico que ello supone ha sido «específicamente buscado por el legislador europeo», que, si bien «ha rechazado la posibilidad de seguir una “metodología mecanicista” para precisar la residencia habitual del causante», al no exigirle una duración determinada ni unos requisitos de calidad adicionales, sí que se ha preocupado de proporcionar una «“guía metodológica operativa” para concretar la residencia habitual del causante, de modo que el operador jurídico sí que podrá hallar[la]». Concluye Carrascosa que «[e]s evidente que ello supone dejar la cuestión a la labor de los tribunales y que se trata de una opción de política jurídica perfectamente consciente [porque] [d]onde no llega el Reglamento, llegarán los tribunales, los notarios y las demás autoridades que aplican el DIPr. europeo». Ahora bien, el RS maneja –aunque no defina– «*an overall, weighted, casuistic concept of the notion of habitual residence*», ya que, en tanto que global, «*a range of indications needs to be verified*»; por ser ponderado, «*the importance of each element is to be assessed*»; y, en cuanto casuístico, «*the elements to be considered will always need to be analysed meticulously on a case-by-case basis*» [A.-L. CALVO CARAVACA, «Article 21», en A.-L. CALVO CARAVACA *et al.* (ed.), *The EU Succession Regulation. A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 303-305].

⁵⁹ A diferencia del CLH89, en el que la residencia no acaba de imponerse con claridad a la nacionalidad como conexión primordial en materia sucesoria, la codificación europea del DIPr de las sucesiones asumió desde el inicio que la solución objetiva habría de ser la residencia habitual del causante (véase, el informe DÖRNER/LAGARDE, *op. cit.* en nota 44, pp. 99-100 (francés) y 261-262 (alemán)).

⁶⁰ En el párrafo entero («Article 21», *op. cit.* en nota 42, p. 312) en el que argumenta su posición, dice A. BONOMI: «*Dans plusieurs États membres, le passage à la résidence habituelle a pour effet de flexibiliser le droit des successions et d'accroître sensiblement la marge de manoeuvre du de cuius. Tel est le cas dans de nombreux États qui adoptent actuellement le rattachement à la nationalité. En effet, le ressortissant d'un de ces États pourra désormais modifier les règles applicables à sa succession en déplaçant sa résidence habituelle à l'étranger. Dans ce cas, le droit de la nouvelle résidence habituelle s'appliquera à l'ensemble des biens successoraux. Par ce biais, le de cuius peut se ménager une plus grande liberté quant à la disposition de son patrimoine en choisissant de s'établir ... dans un État no prévoyant pas de réserve successorale ou d'autres règles équivalentes. Cette avancée de la liberté testamentaire se fait inévitablement aux prix d'une certaine fragilisation des règles protectrices des membres de la famille*». Es irrefutable que la residencia habitual es un punto de conexión más maleable que la nacionalidad, el domicilio o el lugar de situación de un bien inmueble que, en DIPr comparado, se han utilizado de ordinario para ubicar internacionalmente una sucesión, pero la posibilidad de flexibilización de la localización que es inherente a su empleo no tiene por qué basarse ni desembocar en un resultado material determinado.

autonomía de la voluntad, lo cual, como se ha aclarado en el párrafo 4⁶¹, no sería totalmente improcedente, siempre que se tenga presente que, en supuestos como el previsto en el art. 21 RS, en los cuales los sujetos –aquí el causante– pueden operar sobre el elemento conector –aquí la residencia habitual–, estaríamos ante una *indirekte* o *unechte Verweisung*, esto es, una mera autonomía o remisión indirecta o impropia, carente de alcance conflictual, pues, aun cuando, mediante ella, se habilite una actuación de las partes, ésta, de producirse, sería previa a la intervención de la norma de conflicto, la cual, a la postre, operará con independencia de la voluntad real de las partes e indiferente por completo a la misma⁶². Una segunda observación a este planteamiento guarda relación con las motivaciones que pueden estar detrás del comportamiento del *de cuius*, porque presumir que todo cambio de residencia que redunde en una alteración de la ley sucesoria deriva de la intención de acogerse a un régimen legitimario más laxo que favorezca la libertad de disposición, entraña correr el riesgo de sobreponderar esta razón en detrimento de otras, como la búsqueda de un clima más benigno o de un menor coste de la vida, que pueden también haber guiado una decisión de esta naturaleza⁶³. La última reflexión que sugiere la idea de la residencia habitual como conexión propiciadora de la libertad de testar es la de que quizás no tiene del todo en cuenta los condicionantes a los que el art. 21 RS somete la solución objetiva, que rebajan la fuerza de dicha orientación material. Así, por un lado, el precepto alude a la última la *última* residencia habitual del disponente, lo que mengua sensiblemente su capacidad planificadora *mortis causa*, pues cualquier residencia previa –en el momento de otorgar testamento, por ejemplo– no será tomada en consideración, y por más que, en DIPr comparado, la *lex residentiae tempore dispositionis* nunca se haya percibido como una alternativa viable, sí que el Reglamento hubiera podido aceptarla, al igual que el CLH89⁶⁴, como una de las leyes potencialmente elegibles por el profesante cosa que verdaderamente hubiera comportado una ampliación de su libertad de disposición⁶⁵; por otro lado, el pretendido margen de maniobra de que, gracias a la conexión de la residencia habitual, goza el causante podría quedarse en nada por la supervisión global que de la solución objetiva lleva a cabo la cláusula de excepción, la cual entraría en liza si, después del trasladado de su residencia, el *de cuius* mantuviera vínculos manifiestamente más estrechos con el país de procedencia⁶⁶.

13. Por lo que atañe a los pactos sucesorios, la percepción de que su regulación en el instrumento europeo era una prueba del carácter liberal del mismo y de su proclividad a incrementar la libertad de disposición *mortis causa*⁶⁷ parece haberse desvanecido en gran parte a la luz del texto definitivo del Reglamento 650/2012⁶⁸, el cual, con respecto al de la PR, incorpora tres cambios sustanciales –la

⁶¹ En particular, véase, *supra*, nota 15.

⁶² En palabras de K. BRATVOGEL (*op. cit.* en nota 11, p. 64), en situaciones como la que nos incumbe, «[d]ie Bedeutung des Parteiwillens endet aber bereits vor dem Eingreifen bzw. vor der konkreten Einschlägigkeit der Kollisionsnormen. Bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts wird gar nicht mehr danach gefragt, ob die Parteien die Anwendung des Rechts des Landes, in dem sie den Anknüpfungspunkte verwirklicht haben, wirklich wollen. Vielmehr kommt das maßgebliche Recht völlig unabhängig von einem eventuell vorhandenen dahingehenden Wunsch der Parteien zur Anwendung».

⁶³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 379. En ausencia de estadísticas que lo desmientan, resume Álvarez González su punto de vista sugiriendo que tal vez el *de cuius* se ha procurado «la felicidad en vida y no la seguridad de que su libérrima voluntad será respetada tras su muerte».

⁶⁴ El art. 5.1 CLH89 establece que «[c]ualquier persona podrá designar la ley de un Estado determinado para que rija la totalidad de su sucesión. La designación sólo surtirá efecto si, en el momento de la misma o en el del fallecimiento, dicha persona fuera nacional de ese Estado o tuviera su residencia habitual en el mismo (A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 256).

⁶⁵ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, pp. 379-380.

⁶⁶ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 379.

⁶⁷ A. BONOMI, «Testamentary Freedom ...», *loc. cit.* en nota 42, pp. 608–609; «Prime considerazioni sulla proposta di regolamento sulle successioni», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)*, XLVI (2010-4), pp. 902-905; «Quelle protection ...», *loc. cit.* en nota 42, pp. 268–270.

⁶⁸ En su obra de referencia, los comentarios que A. BONOMI dedica a esta idea son mínimos y genéricos, ya que solamente invoca el espíritu liberal de la reglamentación europea para ensalzar su reflejo en el régimen muy favorable que tienen las disposiciones por causa de muerte («Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 39), mencionando entre ellas, casi de pasada, los pactos sucesorios («Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 593). Con todo, lo verdaderamente paradójico es que, en el análisis detallado que hace de éstos («Article 26», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 429-449), nunca trae a colación el tema.

eliminación, en caso de conflicto móvil, de una aplicación alternativa, en favor de la validez del pacto referente a la sucesión de una persona, de la *lex hypothetici successionis* (la que sería la ley sucesoria si la defunción se hubiera producido el día de la conclusión del acuerdo) y la *lex successionis*; la sustitución de una solución igualmente alternativa *in favorem validitatis*, fundada en la observancia de la ley potencialmente aplicable a la sucesión de cualquiera de los intervinientes en un pacto concerniente a la sucesión de diversas personas, por una conexión cumulativa que sujeta la admisibilidad de dichos pactos al visto bueno de la *ley sucesoria anticipada* de todos los estipulantes; y la supresión de la alusión expresa a la legítima de los terceros, protegida por la *lex hereditatis* frente a una eventual lesión causada por la *lex contractus*— que, por más que hayan sido bien recibidos por la doctrina especializada⁶⁹, no conllevan ampliación alguna del margen de libertad que tiene la persona —o las personas— de cuya sucesión se trate a la hora de disponer *mortis causa* de sus bienes. Yendo de lo particular a lo general, las razones de esta intrascendencia son, por un lado, que la única diferencia relevante en este tema entre el RS y la PR —la falta de mención de la legítima de terceros ajenos al pacto— debe interpretarse, sobre la base del cdo. 50 RS, en el sentido de que el tenor de la normativa rectora del pacto no puede ir en menoscabo de la protección que la ley sucesoria brinda a los derechos legitimarios de *todos* los herederos forzosos, hayan o no participado en el otorgamiento del contrato hereditario; por otra parte, que la legítima depende siempre de la *lex successionis*, no de la legislación que gobierna el acuerdo, por lo que, a la postre, «el sesgo de la orientación material en la búsqueda de la ley aplicable al pacto sucesorio es *indiferente* para los sistemas legitimarios»⁷⁰.

14. Corregido y aumentado, lo que se acaba de exponer con relación a los convenios sobre herencia futura es predicable de la excepción de orden público. En efecto, la inexistencia en el Reglamento 650/2012 de una regla comparable al art. 27.2 de la Propuesta —que venía a descartar que la disparidad legitimaria pudiera alegarse como fundamento para la intervención de este correctivo funcional⁷¹ y que tantas reservas había suscitado acerca de su misma inclusión⁷², su redacción⁷³ y su verdadero alcance⁷⁴—,

⁶⁹ Para una lectura favorable a estas modificaciones, véase I. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, *La ley aplicable a los pactos sucesorios*, Santiago de Compostela, Universidade de Santiago de Compostela, 2014, pp. 289-371.

⁷⁰ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 385.

⁷¹ Rezaba —erróneamente— el precepto: «En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento sólo podrá considerarse contraria al orden público del foro si sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria son diferentes de las disposiciones vigentes en el foro» [COM(2009) 154 final, p. 24].

⁷² Alejada del mundo académico, una muestra de discrepancia con el tratamiento que el art. 27.2 PR daba a la legítima lo hallamos en las resoluciones que las dos cámaras parlamentarias de la República Francesa adoptaron al respecto. Así, la Asamblea Nacional, luego de deplorar la «*protection insuffisante des droits du conjoint et des enfants du défunt*» que proporcionaba la PR, reclamaba a la Comisión la introducción de «*mécanismes propres à empêcher que l'application des dispositions de la loi successorale désignée par la proposition permette de violer les principes fondamentaux d'attribution de la réserve héréditaire aux plus proches parents...*» (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i2148.pdf>, p. 21). A su vez, el *avis* del Senado francés decía: «*Estimant ... que le principe de la réserve héréditaire, traduction juridique d'un véritable devoir moral, constitue une règle essentielle du droit français, constamment réaffirmée au cours du temps et destinée à protéger la famille du défunt; qu'il convient, pour cette raison, d'en garantir le respect dans les successions transfrontalières...*» (<http://www.senat.fr/leg/ppr09-126.html>, p. 11, núm. 7).

⁷³ La versión española del apartado contenía un grave error de traducción —para cuya detección bastaba con confrontarla con las escritas en otras lenguas oficiales de la Unión Europea, como la alemana [KOM(2009) 154 endgültig, p. 24], la francesa [COM(2009) 154 final, p. 23], la inglesa [COM(2009) 154 final, p. 22] o la italiana [COM(2009) 154 definitivo, p. 24]—, que le hacía decir justamente lo contrario de lo que debiera, a saber: «En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento no podrá considerarse contraria al orden público del foro por el sólo hecho de que sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria sean diferentes de las disposiciones vigentes en el foro». Como se desprende de las actas de la Cámara de Representantes belga, el texto neerlandés habría cometido una equivocación similar (véase, http://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/standpunt_belgische_kamer_van/f=/vib7jdwoiws4.pdf, p. 11, nota 2).

⁷⁴ En Alemania, existía el temor de que una imposibilidad de recurrir al orden público frente a un derecho extranjero ignorante de la legítima y de mecanismos tuitivos comparables contravendría el art. 14.1 del *Grundgesetz* —el cual, de conformidad con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de abril de 2005 (ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20050419.1bvr164400), garantiza el *Pflichtteilsrecht* de los hijos— y llevaría a aplicar la tesis de la compatibilidad entre el Derecho europeo y el Derecho constitucional de la República Federal, fijada por el *Bundesverfassungsgericht* en su Sentencia *Solange II*, de 22 de octubre de 1986 (H. DÖRNER, «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme», *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)* 17 (2010-5), p. 227). En Francia e Italia, el debate era más sutil, puesto que, partiendo de los redactados del art. 27.2 PR en sus lenguas nacionales, que hablaban, res-

deja la salvaguarda del orden público en manos de una cláusula general ordinaria⁷⁵ –el art. 35 RS–, cuya activación habrán de ponderar, caso por caso, los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro en función de los principios y valores que estiman absolutamente irrenunciables en materia sucesoria. Entre éstos, al principio de igualdad⁷⁶, no discutido en Europa por nadie, tiene que añadirse el de la protección de los familiares del causante cuando el DIPr del foro le reconozca esta cualidad de esencial, cosa que la jurisprudencia –variando perceptiblemente de un país a otro⁷⁷– pocas veces ha hecho. Para lo que aquí interesa, de lo antedicho cabe concluir que la supresión del art. 27.2 PR implica privar a los sistemas legitimarios de un mecanismo específico de defensa frente a ordenamientos extranjeros que atentasen –faltaría puntualizar en qué dirección⁷⁸– contra sus postulados fundamentales. En todo caso, el «borrado» del precepto «hace desaparecer un argumento favorable (cualquiera que fuera su interpretación más adecuada) a la consideración de que la PR se orienta[ba] hacia la concesión de mayor libertad de disposición al causante»⁷⁹.

15. Hemos dejado para el final el examen de la profesión de ley, porque es el indicio aparentemente más sólido de la influencia real de la libertad de disposición *mortis causa* en la regulación conflictual de las sucesiones⁸⁰. Efectivamente, parece fuera de duda que, además⁸¹ de tener una vertiente formal

pectivamente, de «modalités concernant la réserve héréditaire» [COM(2009) 154 final, p. 23, énfasis nuestro] y de «modalità ... in relazione alla legittima» [COM(2009) 154 definitivo, p. 24, énfasis nuestro], se sugirió que, al referirse a «modalidades de legítima», el art. 27.2 PR pensaba en la variabilidad de ésta –por lo que respecta a su cuantía, su naturaleza o su configuración–, pero que no había tenido nunca en mente la hipótesis de su inexistencia [C. NOURISSAT, «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne (À propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009)», *Defrénois*, 2010, núm. 39072, p. 404; A. BONOMI, «Prime considerazioni...» cit. en nota 67, p. 893].

⁷⁵ Que, según S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (*loc. cit.* en nota 40, p. 386), se contrapondría a una «cláusula especial negativa de orden público», como la que albergaba el art. 27.2 PR.

⁷⁶ Sobre su incidencia en el Reglamento 650/2012, véase A. BONOMI, «Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 584-590.

⁷⁷ Ciñéndonos a los grandes países de la Unión Europea, puede, por una parte, agruparse a Italia y España, cuyos tribunales han establecido –no sin dudas previas– que la institución de la legítima no está «tra quelli che costituiscono l'ordine pubblico» [Sentencia de la *Corte di cassazione*, de 24 de junio de 1996 [RDIPP, XXXVI (2000-3), p. 786] o que «no pertenece a materia protegida por el orden público interno» [Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996 (ECLI:ES:TS:1996:6401), FJ 8º *in fine*]; y, por la otra, a Alemania y Francia, donde la evaluación es más compleja. En Alemania, como ya se ha indicado (*supra*, nota 74), la Sentencia del *Bundesverfassungsgericht*, de 19 de abril de 2005 (*Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, pp. 1561-1567), ha supuesto un punto de inflexión en el enfoque del problema, porque, al determinar que el art. 14.1 de la Ley Fundamental de Bonn garantiza el derecho de los hijos a una parte inarrebtable del caudal relicto de sus padres, obliga a una ley foránea que no conozca la legítima –y que no quiera verse excluida por orden público– a arbitrar medidas de protección familiar equiparables al *Pflichtteilsrecht* alemán. Por último, en Francia, en donde el tema nunca ha estado claro, cobran gran valor las Sentencias de la *Cour de cassation*, de 27 de septiembre de 2017 (ECLI:FR:CCASS:2017:C101004 y ECLI:FR:CCASS:2017:C101005), en las cuales la Sala ha dictaminado «qu'une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français et ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels». Ambas decisiones pueden consultarse en la página web de la *Cour* (https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1005_27_37694.html y https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1004_27_37690.html).

⁷⁸ La impresión generalizada de que el art. 27.2 PR era «una norma que impedía activar el orden público en materia de legítimas frente a leyes extranjeras más liberales que la ley de[] foro», debería, a criterio de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (*loc. cit.* en nota 40, p. 387), matizarse, porque, «en su literalidad, la situación contraria también tendría cabida; es decir, la cláusula podría impedir que la ley del foro, basada en la absoluta libertad de testar, pudiese activar la excepción de orden público contra la ley sucesoria extranjera que restringiese esta de manera amplia»; lo cual la convertía, en realidad, en una cláusula neutra, que «impediría la acción del orden público en las dos direcciones: frente a leyes que otorgasen una absoluta libertad de testar, pero también frente a leyes que previesen un estricto sistema legitimario con un mínimo (o sin él) margen de maniobra a la libertad de disposición del causante».

⁷⁹ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 388.

⁸⁰ Procede recordar aquí que, en tanto que ejercicio directo de la autonomía que es –no indirecto, como el cambio de residencia habitual–, la *professio iuris* permite excluir el *ius cogens* eventualmente protector de la legítima del ordenamiento aplicable en defecto de elección.

⁸¹ El primero en detectar el carácter híbrido, a la vez formal –solución de compromiso entre la conexión de la nacionalidad y la del domicilio– y material –como modo de preservar los intereses del causante en disponer con la máxima libertad– de la *professio iuris* fue F. VISCHER [«Die erbrechtliche professio iuris und der schweizerisch-amerikanische Staatsvertrag von 1850», *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht*, XXII (1965), p. 68]. En la doctrina contemporánea, predomina, no obs-

innegable, que permite superar la eterna oposición entre la nacionalidad y el domicilio a la hora de «localizar» el centro de gravedad de una sucesión internacional⁸², la norma de conflicto que autoriza a designar la *lex hereditatis*, como cualquier otra que tenga carácter sustancial, incorpora una «*volonté d'accepter les résultats de droit matériel*» previstos por la legislación elegida⁸³, dado que es razonable pensar que en la decisión del *de cuius* ha resultado determinante un propósito de derecho material, que puede ser de muy diversa índole –la búsqueda de «un régimen de legítima colectiva en vez de un régimen de legítima individual, [de] un régimen que permita una conmutación de la legítima en metálico en vez de uno prescrito por una concepción de la legítima como *pars bonorum*, [de] un régimen que permita el testamento por comisario en vez de uno que lo prohíba»⁸⁴–, pero lo más lógico es presuponer que al profesante le ha motivado, sobre todo, la obtención de la mayor libertad de disposición posible o, dicho a la inversa, la sujeción al sistema legitimario menos estricto de entre los susceptibles de elección⁸⁵. Sea cual sea el móvil que haya inducido al testador a servirse de la *professio iuris*, si lo hace conforme al DIPr de la Unión Europea, debe seguir las pautas estipuladas en el art. 22 RS, que son, en esencia, las que se relacionan a continuación. Primeramente, pese a que, incomprensiblemente, la versión española del Reglamento lo haya omitido⁸⁶, la designación del causante ha de abarcar todo el patrimonio hereditario –excluyéndose, así, la posibilidad de una *professio* parcial–⁸⁷. En segundo lugar, se reconoce al testador una opcionalidad básica, que únicamente le faculta para apartarse de la ley de su última residencia habitual –propuesta por

tante, la convicción de que, en la profesión de ley, el elemento sustantivo prevalece sobre el conflictual (véase, por todos, J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota 34, pp. 257-258 y 316-317).

⁸² De ahí el título del famoso estudio de A. E. VON OVERBECK citado, *supra*, en la nota 30.

⁸³ A. BUCHER, *Droit international privé suisse*, t. I/2, *Partie générale - Droit applicable*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1995, p. 99. A su vez, P. M. PATOCCHI, aunque adscribe las reglas con una conexión subjetiva –la voluntad de las partes– a las normas de conflicto de carácter sustancial, es consciente de que presentan la particularidad de que, a diferencia del resto de disposiciones con una finalidad material, en ellas, no se concreta –ni siquiera implícitamente– el efecto jurídico material perseguido, sino que sólo se faculta a los particulares para designar la ley aplicable «*selon leur intérêt, cet intérêt pouvant varier d'un choix concret à l'autre*» (*op. cit.* en nota 37, p. 121). Esta divergencia trasluce una más profunda que es la de que, en las reglas materialmente orientadas basadas en conexiones alternativas o en conexiones jerárquicas sucesivas, la norma acoge un *designio de política legislativa* predeterminado –*favor alimentii, favor filiationis, favor matrimonii, favor testamenti*–, en tanto que los preceptos de cariz material fundados en la voluntad de las partes no incorporan una directriz sustantiva latente, sino que abren la puerta a que sean los intervinientes los que, gracias a su autonomía, velen por sus intereses, necesariamente desde su *particular* punto de vista, sin intromisiones del poder público. Cabría, no obstante, interrogarse acerca de si este esquema se cumple cuando, como ocurre en la profesión de ley, los sujetos concernidos no hacen otra cosa que decantarse por una de las opciones propuestas por el legislador a partir de su nexa con la situación privada internacional; mas, como subraya A. BUCHER (*loc. cit.* en nota 39, p. 136), «*il n'en demeure pas moins que, dans le cadre restreint ainsi fixé, les parties disposent d'une véritable possibilité de choix qui va jusqu'à leur permettre de sélectionner le droit matériel qui leur convient le mieux en raison de son contenu. L'objectif matériel est donc également présent dans ces cas*».

⁸⁴ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, pp. 382-383.

⁸⁵ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *loc. cit.* en nota 34, pp. 257-258 y 317.

⁸⁶ En castellano, el art. 22.1 RS dictamina que «[c]ualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» (*DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012, p. 120), olvidándose de especificar para regular qué puede el causante elegir su derecho nacional. Este despiste de los traductores cuesta de entender si se para mientes en que, por una parte, el texto español del art. 17.1 la Propuesta era correcto [«Cualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posee para que rija la totalidad de la sucesión» [COM(2009) 154 final, p. 21, énfasis nuestro], y, por la otra, las versiones que suelen servir de guía a nuestros juristas lingüistas, como la francesa [«*Une personne peut choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession la loi de l'État dont elle possède la nationalité au moment où elle fait ce choix ou au moment de son décès*» (*Journal officiel de l'Union européenne*, L 201, du 27 juillet 2012, p. 120, énfasis nuestro)] o la inglesa [«*A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death*» (*Official Journal of the European Union*, L 201, of 27 July 2012, p. 120, énfasis nuestro)], no muestran esta laguna.

⁸⁷ Proscrita por el Reglamento, una designación de ley que afecte solamente a una parte del caudal relicto sería aceptable, a criterio de A. BONOMI («Artículo 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 341-342), cuando los tribunales de un Estado miembro hubieran de decidir, sobre la base del art. 10.2 RS, la suerte sucesoria de bienes sitos en su territorio (radicando el resto en un tercer Estado) para cuya regulación el causante, en un «*separate will*», ha escogido la ley del foro. Con profundo conocimiento de la realidad práctica, abunda en esta problemática A. RIPOLL SOLER [«Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*», *Revista de Derecho Civil*, III (2016-2), pp. 44-47], para quien, estando claro que la elección de ley ha de abarcar toda la herencia y siendo a la vez posible la existencia de testamentos parciales, puede darse la circunstancia de que el ámbito de la profesión de ley y el del testamento no coincidan; en cuyo caso, en opinión del autor, se impone la viabilidad de estas *professiones* de alcance global pero de eficacia limitada *ratione rei sitae*, siempre que esta solución sea compatible con el conjunto de disposiciones *mortis causa* otorgadas por el testador.

el legislador— en beneficio de la de su nacionalidad⁸⁸; no obstante —a diferencia de la Propuesta, que nada preveía al respecto⁸⁹—, en el RS este margen tan estrecho de maniobra se ve aumentado tanto por la adopción de una solución alternativa en caso de conflicto móvil —según la cual, la nacionalidad del profesante, que le habilita para escoger la normativa correspondiente a la misma, se puede apreciar bien en el momento de la elección bien en el de la defunción⁹⁰—, como por la aceptación, en la línea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de otros instrumentos comunitarios, de que todos los vínculos nacionales tienen idéntico valor y de que, por tanto, el *de cuius* puede optar, en igualdad de condiciones, por la legislación correspondiente a cualquiera de ellos⁹¹. En tercer término, acerca de la forma del acto de elección, el Reglamento, más generoso que la Propuesta⁹², accede a que la designación del derecho aplicable se pueda hacerse expresamente o resultar de los términos de la disposición por causa de muerte⁹³, lo que ya es —y con seguridad lo continuará siendo— motivo de controversia⁹⁴. En cuarto lugar, la regulación europea sujeta, sin novedades ni sorpresas, la validez sustancial de la cláusula de elección a la *lex electa*⁹⁵. En última instancia, en cuanto a la modificación o revocación de la *professio iuris*, el instrumento sólo parece interesarse por su forma —y da la impresión de que se desentiende del fondo⁹⁶—, subordinando la validez de la misma a la observancia de las formalidades que se requieren para la modificación o revocación de las disposiciones hereditarias⁹⁷. A la vista del régimen de elección de ley consagrado en el Reglamento

⁸⁸ *In nuce*, es la fórmula que recogen la LSDIP [arts. 90: «1. La sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en Suiza se rige por el derecho suizo. 2. Un extranjero podrá, no obstante, someter su sucesión, por testamento o pacto sucesorio, al derecho de uno de sus Estados nacionales...» y 91: «1. La sucesión de una persona que haya tenido su último domicilio en el extranjero se rige por el derecho que designen las reglas de derecho internacional privado del Estado en el que el difunto estaba domiciliado. 2. En la medida en que las autoridades judiciales o administrativas suizas sean competentes en virtud del artículo 87, la sucesión de un difunto suizo que haya tenido su último domicilio en el extranjero se rige por el derecho suizo, a menos que, por testamento o pacto sucesorio, el difunto haya hecho reserva expresamente del derecho de su último domicilio» (traducción de J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho internacional privado*, Madrid, Edersa, 1995, pp. 718-719)] y el CLH89 [art. 5.1: «Cualquier persona podrá designar la ley de un Estado determinado para que rija la totalidad de su sucesión. La designación sólo surtirá efecto si, en el momento de la misma o en el del fallecimiento, dicha persona fuera nacional de ese Estado o tuviera su residencia habitual en el mismo» [A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 256].

⁸⁹ Como se ha dicho *supra*, nota 86, el art. 17.1 PR autorizaba al *de cuius* a «... designar la ley del Estado cuya nacionalidad posee ...» [COM(2009) 154 final, p. 21], sin prever el conflicto móvil.

⁹⁰ El ya reseñado en la nota 86 art. 22.1 RS establece que «[c]ualquier persona podrá designar la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» (DOUE, L 201, de 27 de julio de 2012, p. 120, énfasis nuestro).

⁹¹ Así lo prescribe el art. 22.1.2 RS al estipular que «[u]na persona que posea varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁹² El art. 17.2 PR decía que «[l]a citada designación [la de la ley aplicable] se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte» [COM(2009) 154 final, p. 21]. Una interpretación adecuada de este precepto, cuya redacción española era equívoca, había de concluir que la Propuesta solamente contemplaba la opción expresa [sobre esta problemática, véase nuestro trabajo «La forma de la designación de ley en la Propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones», *Revista Española de Derecho Internacional*, LXII (2011-2), pp. 137-139].

⁹³ Decreta el art. 22.2 RS que «[l]a elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo». Para un examen pormenorizado del precepto, véase, *infra*, el párrafo 26.

⁹⁴ Véase, *infra*, el apartado IV.

⁹⁵ En la senda marcada por el segundo inciso del art. 5.2 CLH89 [«La existencia y la validez en cuanto al fondo del acto de designación se regirán por la ley designada» (A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 257)], que el art. 17.3 PR casi reproducía literalmente [COM(2009) 154 final, p. 21], el art. 22.3 RS estipula que «[l]a validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁹⁶ Consciente de este déficit —ya perceptible en la Propuesta— y consecuente con la similitud negocial entre la *optio iuris* y su modificación o revocación, el *Max Planck Institut* propuso, en un articulado alternativo, supeditar éstas a las mismas normas que el art. 17 PR pautaba para aquélla en lo concerniente a la validez formal y sustancial de la declaración de voluntad del *de cuius* [MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW, «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 74 (2010), p. 607].

⁹⁷ Con una fórmula introducida por el art. 5.3 CLH89 [«La revocación por su autor de una designación de esta índole deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la revocación de las disposiciones por causa de muerte» (A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, p. 257)], que el art. 17.4 PR reitera con el añadido de la «modificación» de la declaración, el art. 22.4 RS dispone que «[c]ualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos

650/2012, que se acaba de describir sintéticamente, debe remarcar que, tal como está configurada –una opción en favor de la (actual) ley nacional en detrimento de la ley de la (postrera) residencia habitual–, «el valor añadido de la *professio iuris* no es tanto material sino de seguridad jurídica y de previsibilidad: la *professio iuris* asegura cuál será la ley sucesoria, pero no asegura que esa ley sea más favorable a la libertad del causante que la que sería aplicable en defecto de elección»⁹⁸.

16. Una vez analizadas las reglas del Reglamento 650/2012 que, supuestamente, son propicias al incremento de la libertad de disposición del causante, puede concluirse que, en realidad, únicamente –y aún con los matices reseñados– la profesión de ley encaja en este perfil. De ahí que vayamos a dedicar el apartado siguiente a tratar de averiguar si –y, en su caso, cómo– se articulan la libertad de testar y la *professio iuris* desde el momento en que, con todas las cautelas que se quiera, se proyecta la idea de que ésta representa en el DIPr los valores que aquélla encarna en el Derecho civil.

2. Libertad de testar y elección de la ley sucesoria

17. Habida cuenta de lo hasta aquí expuesto, la cuestión que ahora queremos abordar cabe plantearla en los términos siguientes: ¿la libertad testamentaria y la *professio iuris*, más allá de ser manifestaciones, ambas, de la autonomía privada que, no obstante, operan en dimensiones diferentes –material la libertad de disposición y formal la designación de la ley sucesoria–, guardan entre ellas una relación de dependencia o de causalidad? Como podría desprenderse de una primera impresión, ¿el plano conflictual se fundamenta o se basa en el sustantivo?

18. Para responder a estas preguntas nos serán de gran ayuda unas breves referencias históricas sobre el tema. Empezando por el comienzo, hay que recordar que el principio de libertad, uno de los pilares del ordenamiento jurídico romano, alcanza en el Derecho de sucesiones un carácter prácticamente absoluto⁹⁹, que no pierde sino desde finales de la época republicana¹⁰⁰, con la incipiente aparición de la porción legítima, la cual va a ir desarrollándose hasta cristalizar, escasos siglos más tarde, en el modelo justinianeo¹⁰¹,

formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa*» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

⁹⁸ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.* en nota 40, p. 382.

⁹⁹ Textos de autores latinos –jurisconsultos o no– demuestran el valor de ley que la civilización jurídica romana concedía a la voluntad del testador. En este sentido, deben citarse algunos bien conocidos, que se remontan a QUINTILIANO [«*interest tamen supremae hominis voluntate legem favere*»] (*Declamationes quae supersunt CXLV*, revisión a cargo de C. RITTER, Lipsiae, Teubneri, 1884, CCLXIV, p. 78)] y ULPIANO [«*dicat testator et erit lex voluntas eius*»] (D 35.1.19), *op. cit.* en nota 8, t. II, p. 715]. Con todo, esta segunda frase no figura en tales términos en las fuentes, tratándose más bien una máxima jurídica que se ha derivado del citado pasaje del Digesto (*Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter. Zusammengestellt, übersetzt und erläutert von Detlef Liebs unter Mitarbeit von Hannes Lehmann, Praxedis Möhring und Gallus Strobel*, 7ª ed., München, Beck, 2007, p. 63, núm. 32).

¹⁰⁰ F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, reimpresión de la 1ª edición, de 1934, Berlin, Duncker & Humblot, 2003, p. 106; asimismo, pp. 114 y 136. Hay versión española de la obra: *Principios del Derecho romano*, traducción de M. ABELLÁN VELASCO, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2000.

¹⁰¹ Esta evolución, sumamente interesante, está explicada de manera excelente por A. FERNÁNDEZ BARREIRO [«Libertad testamentaria y sistema de legítimas: un análisis desde la experiencia jurídico-cultural romana», *Revista General de Derecho Romano*, 7 (2006-2), pp. 18-25], quien hace constar que, desde mediados del siglo I a.C., «[l]a impugnación del testamento por inoficiosidad aparece ... como un instrumento de control social de la observancia de los deberes éticos derivados del officium pietatis en la cultura cívica del período republicano tras la difusión del testamento y el principio de libertad testamentaria» (p. 18); pero, apenas una centuria más tarde, ya se encuentra «fijada en la práctica judicial como cuota de suficiencia patrimonial la cuarta parte de lo que correspondería en la sucesión intestada al que pretende impugnar el testamento por inoficioso, siendo esa medida cuantitativa establecida por referencia a la cuarta Falcidia, de la que también se toman los criterios para su cálculo en relación con el activo hereditario neto» (p. 20). Con todo, la cuota «no nace como reconocimiento de un derecho patrimonial a la herencia por razón de parentesco [pues] se trata de un criterio procesal que se formula como excluyente en la admisión de la demanda de impugnación del testamento por inoficiosidad» (p. 21), y ésta es la razón por la que, de modo paulatino, «[e]n la práctica testamentaria se advierte la preocupación por efectuar las atribuciones patrimoniales pertinentes para evitar la impugnación del testamento por inoficiosidad; [y] por otro lado, en el ámbito judicial adquieren especial relevancia las operaciones de cuantificación del caudal neto de la herencia; de esta suerte, a la reducción de los legados establecida por la ley Falcidia se añade la de las donaciones realizadas en vida por el testador. Con ello, la cuota de suficiencia patrimonial acaba teniendo la consideración de portio debita, convirtiéndose de hecho en una limitación a la libertad de disposición testamentaria, y desde

que, con los cambios que experimenta a lo largo del *ius commune*¹⁰², ha llegado hasta el presente. Ciertamente que, a raíz de la Recepción, el régimen romano-justiniano, fundado en la libertad de testar con los límites de la legítima, sufre en algunas zonas de Europa «*der Einfluß der territorialen Rechte*», los cuales, en muchas ocasiones resultado de una mezcla de las tradiciones sucesorias germánicas y las premisas religiosas dimanantes de la doctrina de la Iglesia –cuyo mayor exponente es la llamada «*Seelquote*»¹⁰³–, constituyen el precedente remoto de la «*réserve*» –y de la «*quotité disponible*»– del Derecho francés moderno¹⁰⁴. La interacción entre ambos sistemas –el romano y el territorial– desemboca en una serie de regulaciones que, con apreciables discrepancias, de concepto y de detalle, alcanzarán sin grandes enmiendas la era de la codificación¹⁰⁵. Con el advenimiento de ésta, el panorama varía sensiblemente, puesto que las pautas legitimarias justinianas que, en los países de Derecho común, habían pervivido

el plano de los beneficiarios por parentesco comienza a percibirse como un derecho patrimonial exigible al causante» (pp. 21-22). A la vista de esta progresión, puede afirmarse que, desde el siglo IV, «prevalece ya la consideración sustantiva de la portio debita [dado que] [p]ara salvar la institución de heredero se reconoce al testador la facultad de ordenar que fuese sometida a decisión arbitral la controversia sobre la integración de la cuarta portio cuando pudiera resultar inferior a la que correspondía al beneficiario» (p. 24). El derecho justiniano sigue, en un primer momento, este planteamiento, en el que «se sitúa la creación de una acción procesal para completar la portio debita y las medidas para reintegrar el caudal hereditario reduciendo las donaciones excesivas hechas en vida por el causante, [p]ero un cambio sustantivo se produce con la regulación dispuesta en la Nov. 115 (año 542), que otorga a ascendientes y descendientes la condición legal de herederos e impone al testador la obligación de instituirlos; con ello adquieren ya en vida una expectativa patrimonial hereditaria, denominada cuota legítima, que debe serles atribuida en calidad de herederos al menos en una mínima parte, pudiendo ser dejada la cuantía restante a otro título. La falta de institución hereditaria o la desheredación sin causa justificada permiten la impugnación del testamento por inoficiosidad, con el resultado de rescindir las instituciones de heredero y la apertura de la sucesión intestada. Por otro lado, la cuantía de la legítima de los descendientes es aumentada a un tercio de la cuota ab intestato, o una mitad cuando concurren más de cuatro hijos, dejando la cuarta parte para los ascendientes; esa misma cuota se atribuye a los hermanos cuando resulten postergados por una persona indigna» (pp. 24-25). El resultado es un sistema de herencia forzosa en el que «el término heredero necesario, que había nacido en el antiguo *ius civile* en relación con el carácter forzoso de la sucesión legítima de los descendientes, adopta ahora el significado de parientes a los que el testador debe designar necesariamente herederos en virtud de un mandato legal que crea, además, la nueva condición de herederos legitimarios» (p. 25). A fin de cuentas, «[l]a debita portio se convierte en portio legítima, y se configura como intangible, prohibiéndose el pacto de renuncia a la misma. Deja de ser definitivamente un presupuesto procesal de inadmisibilidad de la demanda de impugnación del testamento y adquiere la naturaleza de *pars hereditatis* exigible al testador. La fundamentación cultural de la legítima es el antiguo *officium pietatis*, que pierde el sentido ético que le era propio al convertirse en una obligación legal la atribución de la portio debita y en un derecho patrimonial a la herencia la cuantía de la misma también establecida por la ley» (p. 25).

¹⁰² Esta trayectoria ha sido bien relatada por H. COING [*Europäisches Privatrecht*, vol. 1, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, Beck, 1985, pp. 610-615; hay traducción castellana de A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho privado europeo*, t. I, *Derecho común más antiguo (1500-1800)*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996], al repasar, primero, las principales características de la legítima justiniana para, luego, analizar los focos de discusión (naturaleza, cargas, círculo de legitimarios, cálculo, necesidad de institución formal, causas de exclusión, sanción en caso de inobservancia, mecanismos de defensa) que la deficiente regulación de la figura suscita entre los exegetas durante este extenso período.

¹⁰³ La «*Seelquote*» o «*Seelteil*» partía de la idea de que la herencia de una persona había de deferirse a sus familiares más cercanos, ante todo los hijos, salvo una porción que, en aras de la salvación del alma, podía ser objeto de libre disposición a favor de los pobres y la Iglesia [J. BONGARZ, «*Noterben, Noterbrecht*», en A. ERLER/E. KALFMANN (ed.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. II, *Haustür-Lippe*, Berlin, Schmidt, 1978, consulta electrónica (https://www.hrgdigital.de/download/pdf/noterben_noterbrecht.pdf), quien textualmente dice «*Nachdem unter Einfluss der Kirche letztwillige Zuwendungen an Arme oder die Kirche überhaupt erst zugelassen worden waren, konnten diese nur im Rahmen eines festgelegten Freiteils oder einer "Seelquote" erbracht werden, während der Rest den Verwandten als Erbe zufiel*». Según E. F. BRUCK (*Kirchenväter und soziales Erbrecht. Wanderungen religiöser Ideen durch die Rechte der östlichen und westlichen Welt*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Spring, 1956, p. 2), Basilio el Magno y, después de él, los otros grandes padres de la Iglesia de Capadocia fueron los primeros en abogar por la «cuota del alma», que, en el Occidente europeo, no se afianzó hasta unas centurias más tarde, sobre todo a partir de las leyes visigóticas y las «*Brehon Laws*», las cuales, desde Irlanda, irradiaron su práctica al resto de islas británicas y al corazón del continente (pp. 147-240).

¹⁰⁴ Para el estudio de las raíces *coutumières* de la *réserve* del *Code Napoléon*, véase M. PEGUERA POCH, *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil: la légitime en pays de coutumes (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009.

¹⁰⁵ Sobre este abanico de disparidades, que afecta, entre otros aspectos menores, a la esencia de la reserva *pro salute animae* –que, para el derecho castellano, no es sino una legítima aumentada, mientras que, para el francés, es una limitación específica de la libertad de testar que puede convivir con la *portio legitima*– y la cuantía de los derechos legitimarios –que, en la misma península ibérica, va de las cuatro quintas partes del haber hereditario, vigentes en Castilla, a la inexistencia de los mismos, como ocurre en Aragón, donde la construcción justiniana no llega a recibirse–, véase H. COING (*op. cit.* en nota 102, pp. 615-618).

hasta entonces, empiezan a padecer el embate, a veces decisivo, de dos nuevos sistemas que terminarán por imponer su ley en la mayor parte de Europa: por un lado, el modelo austro-prusiano –luego recogido por el *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*–, en el que el legitimario –sin ser coheredero– tiene una participación en el valor de la herencia que lo convierte en acreedor de la misma por el importe de la legítima; por otro lado, está el régimen francés del *Code* –exportado a diversos ordenamientos romanistas– que escinde el patrimonio de las personas con *héritiers à réserve* en dos partes, una destinada a éstos, de la que el causante no puede desprenderse a título gratuito, y otra que tolera los actos de libre disposición, respecto de los cuales está permitido, no obstante, que los legitimarios ejerciten la *action en réduction* si lastiman la reserva patrimonial prevista en su favor¹⁰⁶. Si se recapitula lo acontecido durante los más de dos milenios considerados, se concluye que el margen cuasi omnímodo de libertad del que disfrutó el testador en el Derecho romano primigenio no se ha vuelto a dar, porque, reducido progresivamente en la época imperial hasta la forja del modelo legitimario justiniano y condicionado en los derechos territoriales medievales por la acción combinada de las costumbres germánicas y la doctrina de la Iglesia, tampoco recobra su pretérita grandeza con las codificaciones, pues, a pesar de que el marco económico, político y social –crisis del Antiguo Régimen y auge del liberalismo– así como el ideológico e intelectual –desarrollo de la Ilustración– pudiera hacer creer lo contrario, los cuerpos legales decimonónicos, por más que tomen medidas renovadoras, como la supresión del fideicomiso universal o el reforzamiento de la posición del cónyuge, mantienen –con las notables diferencias que hemos podido ver– la legítima como institución básica de las relaciones patrimoniales familiares.

19. En este contexto histórico, avanzado el siglo XIX, culminadas ya la codificación francesa y la italiana y pendientes aún la española y la alemana, Laurent escribe su *Droit civil international*, colosal tratado que consagra varias de sus páginas a la autonomía de la voluntad, tanto en general como en particular a la del causante. El profesor belga, que participaba de las tesis de Mancini favorables a la autonomía de las partes¹⁰⁷, considera que ésta ha de prevalecer en aquellas relaciones jurídicas que dependen por entero de la voluntad humana¹⁰⁸. Entre las mismas se hallan sin duda las relaciones contractuales¹⁰⁹, pero, para él, igualmente las sucesorias dimanadas de un testamento, pues, tratándose de un negocio de este tipo, «*c'est la volonté du défunt qui tient lieu de loi*»¹¹⁰. La semejanza entre estas palabras («es la voluntad del difunto la que hace las veces de ley») y las que, equivocadamente¹¹¹, se atribuyen a Ulpiano («hable el testador y su voluntad será ley») podría dar a entender que, pese a las vicisitudes por las que la cuestión ha pasado, desde Roma hasta los códigos todavía vigentes, todo permanece igual. Sería, no obstante, una apreciación errónea, porque, tanto bajo un punto de vista interno como desde una óptica

¹⁰⁶ Este período, en el que conviven el languidecimiento del *ius commune* y la emergencia, con los rasgos descritos, de los patrones que, en materia de legítima, marcarán el futuro está bien resumido por H. COING (*Europäisches Privatrecht*, vol. 2, 19. Jahrhundert. Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München, Beck, 1989, pp. 630-632; hay traducción castellana de A. PÉREZ MARTÍN, *Derecho privado europeo*, t. II, *El siglo XIX*, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996).

¹⁰⁷ La admiración que profesa a P. S. Mancini lleva a F. LAURENT a dedicarle toda la obra (*Droit civil international*, t. I, Bruxelles-Paris, Bruylant/Christophe-Marescq, 1880, p. V).

¹⁰⁸ F. LAURENT, *op. cit.* en nota anterior, t. I, pp. 633-634. Los términos en los que se manifiesta Laurent son: «*il faut dire que les faits juridiques où la volonté de l'homme domine ne sont pas assujettis à la loi nationale des personnes qui y figurent; le législateur n'entend leur imposer aucune règle; il se borne à prévoir ce qu'elles veulent, en leur permettant de vouloir autre chose; tout dépend donc de leur volonté, et ce qu'elles veulent leur tient lieu de loi*» (énfasis nuestro).

¹⁰⁹ La supeditación de las obligaciones convencionales al arbitrio de los particulares –uno de los ejes de su construcción– es invocada por F. LAURENT continuamente. Con todo, hay páginas en las que queda reflejada de forma singularmente escueta y concluyente: «*dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout; ce sont elles qui font la loi, c'est donc leur volonté qui déterminera la loi par laquelle elles seront régies*» (*op. cit.* en nota 107, t. II, Bruxelles-Paris, Bruylant/Christophe-Marescq, 1880, p. 383).

¹¹⁰ F. LAURENT, *op. cit.* en nota 107, t. II, p. 242. En el capítulo referente al Derecho de sucesiones, el autor abunda en la misma línea argumental, que, en algún párrafo, está bien resumida: «*il [le testateur] est libre de faire telles dispositions qu'il lui plaît de prendre; c'est sa volonté qui tient lieu de loi, et l'autonomie exclut l'idée d'une loi ou d'un statut qui oblige le disposant. Même dans le lieu où il a son domicile, il peut disposer conformément à une autre loi que celle qui y est en vigueur; de même il peut ne pas disposer d'après sa loi nationale, dans les cas où il est autonome*» (F. LAURENT, *op. cit.* en nota 107, t. VI, Bruxelles-Paris, Bruylant/Christophe-Marescq, 1881, pp. 520-521, énfasis nuestro).

¹¹¹ Véase, *supra*, nota 99.

internacional, nada es comparable. En efecto, en el plano material, por más vaivenes que haya vivido, la libertad de disposición *mortis causa* nunca ha recobrado la amplitud que había tenido en el Derecho romano antiguo; y, en la vertiente conflictual, el contraste es mayor, pues esta problemática, ausente –o irrelevante– en la literatura clásica, determina el enfoque de Laurent. Para éste, la legítima es un límite infranqueable a la hora de testar no sólo en la dimensión interna –lo que sería normal–, sino también en la internacional, de ahí que la autonomía que concibe sea meramente sustantiva, insuficiente para apartar el derecho imperativo de la ley sucesoria objetivamente aplicable¹¹².

20. Llegados a este punto y en vista de la evolución que ha experimentado la libertad de testar, es preciso reformular las preguntas con las que iniciábamos este apartado para inquirir si la libertad de testar incide verdaderamente sobre la autonomía conflictual del causante, y, en caso de ser así, de qué modo lo hace. A fin de responderlas, debe tenerse presente que, cuando –ya bien entrada la segunda mitad del siglo XX– el debate sobre la admisión y delimitación de la autonomía conflictual de las partes alcanza al Derecho de sucesiones, una de las preocupaciones de los expertos es el sostén teórico de esta idea en un campo como el hereditario tan distinto del contractual, que, en principio, constituye su entorno genuino. En este sentido, los primeros valedores de la *erbrechtliche Rechtswahl* apelan a la libertad de testar como *fundamento último* de la figura, pero apenas invierten tiempo en justificar su posición, porque les basta con presuponer que este vínculo es una suerte de correlación natural: a la libertad de testar en el orden interno le corresponde en DIPr la *professio iuris*¹¹³. Sin embargo, tampoco han faltado autores que, con argumentos atendibles, han cuestionado esta base dogmática bien a partir de las diferencias existentes entre el Derecho de contratos y el de sucesiones, que explican la dispar proyección de la que goza la autonomía privada en sus respectivos dominios¹¹⁴; bien, más recientemente, desde planteamientos apoyados en la lógica y en la sistemática jurídicas¹¹⁵.

¹¹² Que, en el pensamiento de Laurent, el *de cuius* posee una autonomía exclusivamente material se colige de las restricciones que le reconoce el propio jurista belga, al afirmar que «*la volonté de l'homme n'est pas absolue, ni quand il contracte, ni quand il dispose à cause de mort*» (F. LAURENT, *op. cit.* en nota 107, t. VI, p. 249), añadiendo, más adelante, que «*la succession testamentaire ... dépend absolument de la volonté de l'homme quant au fond, sauf le droit de réserve qu'il doit respecter*» (p. 291), y debe hacerlo porque la «*réserve*» es «*un droit fondé sur un devoir, et ce devoir a pour conséquence de rendre les biens indisponibles. En théorie, on pourrait dire que la quotité des biens dont il est permis de disposer tient au droit de tester, et dépend par conséquent de la volonté de l'homme, volonté qui ne connaît point de limites de territoire. Cela est vrai en tant que les lois n'ont pas restreint la faculté de disposer; mais pour les biens indisponibles, la transmission n'est pas réglée d'après la volonté de l'homme; elle l'est, malgré sa volonté, par la loi*» (p. 261). Por lo demás, que Laurent no trascienda el plano sustantivo de la autonomía es lo esperable si tenemos en cuenta que cuando escribe todavía faltan casi veinte años para que Zitelmann disocie por vez primera la faceta conflictual de la material (*supra*, nota 11).

¹¹³ En este apartado merecen citarse los trabajos pioneros de H. DÖLLE [«Die Rechtswahl im Internationalen Erbrecht», *RabelsZ*, 30 (1966), pp. 218-219 y 222] y K. P. HOTZ (*Die Rechtswahl im Erbrecht im interkantonalen und internationalen Verhältnis*, Zürich, Schulthess, 1969, p. 107). G. BEITZKE [*Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Personen-, Familien- und Erbrechts*, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1981, p. 67] sintetiza en una sola frase la esencia y simplicidad del mensaje: «*die erbrechtliche Parteiautonomie [darstelle] lediglich eine Parallele zum Institut der Testierfreiheit im internen Recht*».

¹¹⁴ El primero en poner en duda la idoneidad de la invocación de la libertad de testar como *ultima ratio* de la elegibilidad de la *lex successionis* ha sido G. KÜHNE (*Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht*, Bielefeld, Giesecking, 1973, pp. 56-61). Para motivar esta impugnación, el profesor alemán ha comparado la autonomía material que, en derecho interno, hay en el ámbito contractual y en el sucesorio, llegando a la conclusión que si bien, en el primero, las partes disfrutaban de una doble libertad –la de constituir relaciones contractuales y la de determinar su contenido–, en el derecho de sucesiones no concurre sino la primera de ellas –la libertad de destinar *mortis causa* el patrimonio–, mas no la segunda –la libertad de configurar el contenido de dicha atribución–, lo que es debido a la naturaleza eminentemente dispositiva del derecho de contratos, frente a un carácter mayormente imperativo del derecho de sucesiones. En esta misma línea de razonamiento, K. FIRSCHING [«Zur Reform des deutschen internationalen Erbrechts», en G. BEITZKE (ed.), en *Vorschläge... op. cit.* en nota anterior, pp. 221-222; *Internationales Erbrecht (Art. 24-26 EGBGB)*, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. EGBGB*, p. 5-1, *Internationales Privatrecht*, vol. IV-1, 10ª/11ª edición, Berlin, Sellier-de Gruyter, 1981, pp. 92-93], para justificar que la autonomía contractual no pueda exportarse al campo sucesorio –ni en la esfera material ni en la conflictual–, contrapone la homogeneidad comparada del derecho de contratos, su índole dispositiva y la bilateralidad negocial en la que se sustenta con la diversidad de las regulaciones civiles sucesorias, su componente muchas veces obligatorio y el tenor unilateral de las disposiciones testamentarias.

¹¹⁵ Contraria a la *professio iuris* y a su asiento hipotético en la libertad de testar, M. GORÉ («“De la mode” ... dans les successions internationales: contre les prétentions de la *professio juris*», en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 195-196; *L'administration des successions en droit international privé français*,

21. Con la aprobación del Reglamento 650/2012, esta controversia, todavía viva en la doctrina de hace una década¹¹⁶ y aun a raíz de la Propuesta¹¹⁷, parece haber desaparecido de los foros científicos. Es sintomático que, en los comentarios al instrumento, este tema sea poco mencionado¹¹⁸; siéndolo, a veces, desde una perspectiva totalmente distinta de la adoptada hasta entonces. Si se toma como modelo el libro de Bonomi y Wautelet –que probablemente se ha convertido en la principal obra de referencia sobre el Reglamento– debe remarcar que la expresión «*liberté testamentaire*»¹¹⁹ –u otra equivalente¹²⁰– casi no aparece en el texto¹²¹, y lo hace en una única ocasión en el capítulo concerniente a la elección de la ley sucesoria¹²². Esta falta de presencia, que podría creerse intrascendente, deja de parecerlo cuando la misma se combina con el tenor de algunas de las reflexiones vertidas al respecto, las cuales, en nuestra opinión, apuntan a una inversión del orden en el que hasta ahora se han venido articulando los conceptos implicados. Para desarrollar esta idea partiremos de las palabras de Bonomi cuando, acerca de la orientación tomada por el instrumento europeo, asevera que «*[I]es solutions consacrées dans le Règlement sont ... généralement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties [comme] [I] admission du choix de la loi applicable à l'article 22 [en] témoigne ouvertement*»¹²³. De esta

Paris, Economica, 1994, pp. 275-282) incorpora dos motivos suplementarios de reflexión: por una parte, la condición circular de una argumentación que hace emanar la libertad de disposición de la ley y que tolera que, en ejercicio de esa libertad, se pueda designar la ley sucesoria que precisamente ha de delimitar la libertad de disposición; por otra parte, la incoherencia que supone pretender que la autonomía conflictual resulte de la autonomía interna cuando los sistemas de *common law*, en los que el causante tiene una amplia libertad de disposición, no admiten en su normativa conflictual la elección del derecho rector de la sucesión.

¹¹⁶ En la literatura del decenio anterior a la Propuesta de Reglamento, aún pueden encontrarse ejemplos de especialistas que, en el debate sobre la aceptación o el rechazo de la profesión de ley, recurren, como punto de refuerzo o de fragilidad de su tesis, a la analogía de la elección de la *lex successionis* con la libertad de testar. Entre otros, merecen ser reseñados K. DREHER (*Die Rechtswahl im internationalen Erbrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des italienischen IPR-Reformgesetzes N. 218 vom 31. Mai 1995*, Frankfurt am Main, 1999, Lang, pp. 31-32 y 34-35), B. VON DAUMILLER (*Die Rechtswahl im italienischen internationalen Erbrecht und ihre Auswirkungen im deutsch-italienischen Rechtsverkehr*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, pp. 39-40), E. VASSILAKAKIS («La *professio juris* dans les successions internationales», en M.-N. JOBARD/P. MAYER (dir.) *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 812) y H. DÖRNER et al. («Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht», *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 25 (2005), p. 5), que se adscriben a los que conceptúan la autonomía conflictual del *de cuius* como el correlato de la libertad de disposición sustantiva; por contra, niegan este orden de cosas, V. HEUZÉ («La volonté en droit international privé», *Droits*, 28 (1999), pp. 121-123), P. KEMP (*Grenzen der Rechtswahl im internationalen Ehegüter- und Erbrecht*, Köln, Heymanns, 1999, pp. 40-41), S. BILLARANT (*Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales. Réflexions sur la méthode conflictuelle*, Paris, Dalloz, 2004, pp. 340-341) y L. ABADIE (*Essai sur l'introduction de la *professio juris* en droit international privé successoral français*, tesis doctoral, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2007, pp. 43-44, 55-63, 107, 298 y 569).

¹¹⁷ En su análisis crítico de la PR, el Instituto Max Planck abona la tesis de que la libertad de determinar el derecho sucesorio es una prolongación de la libertad de testar, al afirmar: «*Giving testators the freedom to choose the law governing their succession may be seen as an expansion of the freedom to testate into the area of private international law*» (MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LAW, *loc. cit.* en nota 96, p. 608).

¹¹⁸ Una excepción a esta escasa atención lo constituye el estudio de D. STAMATIADIS [«Article 22», en H. P. PAMBOUKIS (ed.), *EU Succession Regulation No 650/2012. A Commentary*, Athens, Nomiki, 2017, pp. 219-221], quien, tras recordar las posturas tradicionales sobre el particular, busca la manera de superarlas tanto dogmática como metodológicamente colocando la libertad de elección en el centro de un moderno sistema de DIPr, el cual «*should be characterized by its humanistic perspective and thus the absolute respect of the fundamental right for individuals to freely unfold their personality*».

¹¹⁹ Tras una lectura atenta, no hemos sabido encontrar la locución «*liberté de tester*» en ninguna página del volumen.

¹²⁰ Como «*liberté de disposer*», de la que habla la versión francesa del art. 23.2.h RS (*Journal officiel de l'Union européenne*, L 201, du 27 juillet 2012, p. 121).

¹²¹ De la decena de evocaciones, prácticamente la mitad se concentra en la glosa del artículo 35, atinente al orden público (A. BONOMI, «Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 589, 592, 599 y 600).

¹²² Salvo error u omisión por nuestra parte, en el comentario del art. 22 RS, únicamente hemos hallado una alusión a la libertad de testar, y es para poner de manifiesto, a propósito del *common law*, que los amplios márgenes de disposición que permiten los derechos de este ámbito son un estímulo para que los nacionales de los países en donde aquéllos imperan los escojan para gobernar su sucesión al amparo del Reglamento 650/2012 (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 343).

¹²³ Esta frase, ya citada *supra*, nota 42, puede leerse en A. BONOMI, «Introduction», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 39. El profesor de Lausana la reitera en su comentario del art. 35 RS: «*[I]es solutions proposées sont ... largement favorables à la liberté testamentaire et à l'autonomie des parties. Si l'admission du choix de la loi applicable ... témoigne ouvertement de cette orientation, elle n'en constitue pas la seule manifestation*» («Article 35», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 592).

sentencia se desprende un cambio significativo en la relación que mantienen las dimensiones –material y conflictual– de la autonomía del causante, porque al decírsenos que la designación de ley favorece la libertad de testar no solamente se está pasando por alto cualquier referencia a la segunda como sustrato teórico de la primera, sino que se nos está sugiriendo justamente lo contrario, a saber, que *la libertad testamentaria es posible gracias a la profesión de ley*, la cual ya no trae *causa* de la libertad de disposición al ser ésta la que deviene *consecuencia* de aquélla; dicho de otro modo, *la professio iuris deja de ser corolario de la libertad de testar para tornarse premisa de la misma*¹²⁴.

22. Si, como resulta perceptible, la libertad de testar no ha desempeñado ningún papel relevante a la hora de introducir la opción de derecho en el Reglamento 650/2012, ¿cuál es el argumento determinante que suele invocarse para justificar que el instrumento regule la figura? Parece claro que, al margen de consideraciones de gran valor científico, pero de reducida repercusión práctica¹²⁵, el principal activo de la designación de la ley sucesoria «*est d'assurer la prévisibilité de la loi applicable et de promouvoir, par ce biais, la sécurité du droit*»¹²⁶. De entrada, es indudable que, en contraste con la conexión objetiva –que siempre depende de la solución que siga el tribunal ante el que se litigue–, la elección de la *lex hereditatis* brinda al causante mucha más seguridad jurídica, pues le permite saber con antelación el ordenamiento que regirá su sucesión, facilitándole la organización de la misma y la toma de decisiones patrimoniales hasta su muerte¹²⁷. No obstante, esta apreciación necesita ser matizada por partida doble: por un lado, el aumento de la certidumbre que proporciona la profesión de ley se ha desvanecido en el Derecho comunitario al haberse unificado dentro de la Unión Europea *todas* las normas de DIPr en

¹²⁴ En realidad, el cuadro completo es más complejo y funciona como un juego de espejos. La autonomía de la voluntad, tronco común del que emanan tanto la libertad de testar como la profesión de ley, es la que posibilita la interacción de los dos círculos. Una persona tiene *siempre* una concreta libertad de disposición *mortis causa*, pero, *en una situación transfronteriza*, su determinación ha de pasar previamente el filtro de la normativa conflictual que señala el ordenamiento al cual deberán acomodarse las últimas voluntades. Si un sistema de DIPr permite que el causante elija –más o menos limitadamente– la *lex successionis*, se está dejando en sus manos la fijación del margen de libertad de que va a disponer. Este tránsito de un plano al otro –del material al conflictual y de éste nuevamente al material– es sólo aparente, puesto que la libertad testamentaria nunca deja de desenvolverse en el terreno sustantivo.

¹²⁵ Una de las máximas aportaciones de la doctrina internacionalprivatista de la segunda mitad del siglo XX ha sido el trasplante a nuestra disciplina de la metodología propia de la «jurisprudencia de intereses», ante todo realizado por G. KEGEL («Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht», en *Festschrift Hans Lewald bei Vollendung des vierzigsten Amtsjahres als ordentlicher Professor im Oktober 1953*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1953, pp. 259-288). En consonancia con las pautas establecidas por Kegel, en la reglamentación del tráfico privado externo deben tenerse en cuenta, junto con los intereses de DIPr y los de Derecho público, los intereses de Derecho privado material, que, en un tema como el que nos ocupa, cobran una importancia decisiva. Pues bien, como ya pusiera de relieve P. H. NEUHAUS [«Recensión del libro de G. Kühne “Die Parteiautonomie im internationalen Erbrecht”», *RabelsZ*, 39 (1975), p. 600], en un marco de intereses contrapuestos –el testador presto a disponer de su patrimonio con la mayor libertad posible y los legitimarios preocupados por recibir lo que esperan (según la ley en la que han fundado sus expectativas)–, un sistema conflictual, en lugar de dar preferencia a los intereses del causante –acogiendo una autonomía conflictual ilimitada– o de priorizar los intereses de sus familiares más allegados –negando la intervención de la autonomía localizadora en las sucesiones internacionales–, puede optar por la solución materialmente más neutra, que no es sino la *professio iuris*, pues ésta, en tanto que elección limitada, tiene la virtud de representar el punto medio entre la elección libre y la no elección –entre la absoluta libertad de disposición del testador y la cerrada salvaguarda de los derechos de los herederos forzosos–.

¹²⁶ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 326. En términos generales –o sea, comprendiendo tanto la conexión objetiva como la subjetiva–, la primacía de la certeza jurídica se refleja en el cdo. 37 RS, al proclamar éste que, «[p]ara que los ciudadanos puedan aprovechar, respetando en todo momento la *seguridad jurídica*, las ventajas que ofrece el mercado interior, el presente Reglamento debe permitirles conocer cuál será la legislación aplicable a su sucesión. Además, deben introducirse normas armonizadas en materia de conflicto de leyes para evitar resultados contradictorios. La norma principal debe garantizar que la sucesión se rija por una ley *previsible*, con la que guarde una estrecha vinculación. Por motivos de *seguridad jurídica* y para evitar la fragmentación de la sucesión, es necesario que esta ley rija la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado, que formen parte de la herencia» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, pp. 1009-1010, énfasis nuestro].

¹²⁷ La creencia de que, por lo común, la *designatio iuris* aporta certidumbre jurídica ya fue compartida por los pioneros en la reivindicación de la figura (H. DÖLLE, *loc. cit.* en nota 113, pp. 219, 229-231 y 233; A. E. VON OVERBECK, *loc. cit.* en nota 30, p. 1100; K. P. HOTZ, *op. cit.* en nota 113, pp. 107 y 116; G. KÜHNE, *op. cit.* en nota 114, pp. 56, 78-79 y 85) y, con las precisiones que se quiera, actualmente no es puesta en cuestión por nadie. Para una aproximación a la idea de seguridad en relación con la elección de la ley sucesoria en el Reglamento Europeo, véase, por todos, A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 326-327.

materia sucesoria¹²⁸; por otro lado, *no siempre* la institución es una garantía de mayor seguridad jurídica, por cuanto ésta puede fluctuar en función de la ley escogida –depara mucha más certeza designar la legislación correspondiente al Estado de la nacionalidad poseída por el testador en el momento de la opción que la hecha a favor del ordenamiento propio de un país la ciudadanía del cual el disponente pretende adquirir antes de su fallecimiento– y del lugar en donde se dirima el pleito –cuyo derecho puede desaprobarse la *optio iuris* o aprobarla con requisitos diversos a los cumplidos por el profesante, quien corre el riesgo de que su designación verificada al abrigo del Reglamento devenga ineficaz–¹²⁹. Dados estos reparos, parece indiscutible que sólo puede aprovechar el potencial de seguridad jurídica que otorga la *professio iuris* sucesoria *der «gut beratene Erblasser»*¹³⁰, aquél que, de la mano de sus asesores legales –sobre todo, abogados y notarios–, esté en condiciones de preparar cuidadosamente sus disposiciones de última voluntad y de programar con esmero las actuaciones personales y económicas que posteriormente las secundarán a fin de no desvirtuarlas.

23. Con respecto a la profesión de derecho, el Reglamento 650/2012 ha comportado, como acabamos de constatar, la admisión de la figura en el espacio judicial europeo y la unificación dentro del mismo de su régimen jurídico. El incremento de la seguridad que de ello debiera resultar puede, sin embargo, verse comprometido si, como tendremos ocasión de comprobar en el apartado que sigue, los criterios interpretativos sobre las condiciones de ejercicio de la elección de ley no terminan de homogeneizarse y se abre la puerta a la aparición de disparidades e incongruencias entre los tribunales de los Estados miembros a la hora de aplicar el instrumento. Además, esto puede revestir especial gravedad en un modelo regulatorio como el instaurado por el Reglamento, que ha apostado por garantizar la certidumbre jurídica en detrimento de otras consideraciones potencialmente atendibles como el favorecimiento de la libertad de testar¹³¹. Con todo, no parece que esta jerarquía de valores haya sido del agrado de nuestra jurisprudencia registral, que, como trataremos de demostrar a continuación, se ha encargado de subvertirla.

IV. La jurisprudencia registral en materia de *professio iuris*

24. Desde que, para gobernar la sucesión de las personas fallecidas a partir del 17 de agosto de 2015, cabe aplicar íntegramente el Reglamento 650/2012 sólo era cuestión de tiempo que, a la hora de llevar a la práctica sus disposiciones, se suscitaran las primeras dudas interpretativas. Ahora bien, teniendo en cuenta que su aparición requería que, tras la apertura de una sucesión, surgieran diferencias acerca de la adjudicación de los bienes relictos que ya hubieran sido resueltas por una autoridad competente en la materia, puede sorprender que, dados los plazos de tramitación de las herencias y los ritmos usualmente morosos de la justicia, todo este proceso culminara, en España, en menos de un año. Con todo, la prontitud de los pronunciamientos concernientes al Reglamento 650/2012 hasta ahora habidos en España –en lo que aquí nos interesa, cuatro resoluciones dictadas el 15 de junio de 2016, el 4 de julio de 2016, el 10 de abril de 2017 y el 2 de marzo de 2018¹³²– se explica por su origen, ya que proceden de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Centro Directivo que, luego de la inclusión en la

¹²⁸ A la vista de problemas exegéticos como los que examinarán, *infra*, en el apartado IV, no es superfluo recordar que, con el Reglamento 650/2012, en Europa, se ha producido una uniformización de las reglas, pero no –mientras no se pronuncie el Tribunal de Justicia (TJ)– de su interpretación.

¹²⁹ Acerca de estas puntualizaciones en torno al margen de seguridad que ofrece la profesión de ley, véase J. M. FONTANELLAS MORELL, *op. cit.* en nota 28, pp. 266-268.

¹³⁰ H. HANISCH, «Professio iuris, réserve légale und Pflichtteil», en B. DUTOIT *et al.* (ed.), *Mélanges Guy Flattet. Recueil de travaux offerts à M. Guy Flattet, Professeur honoraire à l'Université de Lausanne*, Lausanne, Payot, 1985, p. 477.

¹³¹ Véase, *supra*, párrafo 15 *in fine*.

¹³² Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 (*BOE*, núm. 175, 21 de julio de 2016, pp. 51281-51285), Resolución de la DGRN de 4 de julio de 2016 (*BOE*, núm. 194, 12 de agosto de 2016, pp. 59066-59071), Resolución de la DGRN de 10 de abril de 2017 (*BOE*, núm. 99, 26 de abril de 2017, pp. 32424-32431) y Resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2018 (*BOE*, núm. 69, 20 de marzo de 2018, pp. 51281-51285).

Ley Hipotecaria de una regulación pormenorizada de los recursos contra las calificaciones registrales¹³³, se ha caracterizado por la diligencia con la que resuelve los que se le presentan. En cambio, para contar con decisiones judiciales españolas sobre el Reglamento, ha habido que esperar hasta bien avanzado 2018¹³⁴, cuando ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se había pronunciado repeditamente¹³⁵.

25. En estas Resoluciones de la DGRN, aparte de otras cuestiones como el reenvío o las disposiciones de derecho transitorio del Reglamento 650/2012, lo que básicamente se discute es si, en el testamento, el causante ha llevado a cabo –o no– una elección implícita de la ley aplicable a su sucesión. Para abordar el tema adecuadamente, hay que tomar un poco de perspectiva, porque con los problemas planteados por la profesión tácita se han topado todos los sistemas de DIPr que llevan tiempo conviviendo con la institución. En este sentido y aun reflejando realidades normativas y jurisprudenciales distintas, tanto el Derecho suizo como el alemán son excelentes ejemplos. En Suiza, en donde la *professio iuris* tiene un siglo largo de existencia, la indefinición de la legislación de 1891¹³⁶ y la reglamentación incompleta de la hoy vigente¹³⁷, han obligado a los tribunales helvéticos a definir el régimen formal de la opción de ley, cosa que han hecho con una amplitud de miras que ha posibilitado el paulatino acogimiento de la designación tácita; siendo decisivas, al respecto, la Sentencia de 22 de diciembre de 1983¹³⁸, aún pronunciada bajo el imperio de la normativa decimonónica, y la Sentencia de 3 de septiembre de 1998¹³⁹, ya amparada en la Ley de 1987, que ha reafirmado la predisposición favorable del sistema a la opción

¹³³ Recogida en su Título XIV, introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, núm. 313, 31 de diciembre de 2001, pp. 50601-50603).

¹³⁴ La primera decisión jurisdiccional dictada en nuestro país acerca del Reglamento 650/2012 ha sido, a nuestro conocimiento, el Auto (núm. 175/2018) de la Sección 17ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de julio de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:4133A), que, ante una solicitud de medidas cautelares para evitar que un certificado sucesorio europeo emitido en Letonia desplegara efectos en España, confirma el veredicto del Juez de Primera Instancia de no adoptarlas, porque la Audiencia entiende –a nuestro parecer, correctamente– que «los tribunales españoles no pueden entrar a valorar la validez o no del certificado sucesorio europeo dictado en otro Estado miembro», lo cual sólo pueden hacer, de acuerdo con el art. 71 RS, la autoridad emisora del mismo o, eventualmente, por vía del recurso previsto en el art. 72 RS, los órganos judiciales del país al cual pertenece dicha autoridad; sin que, mientras tanto, proceda estimar con relación a los bienes hereditarios situados en territorio español un hipotético *periculum in mora*, puesto que la Sala tiene constancia de que, antes de resolver la apelación, un juzgado de Riga ya había acordado, en virtud del art. 73 RS, la suspensión de la validez del certificado (FJ 2).

¹³⁵ En la esfera comunitaria, el TJ ha dictado hasta la fecha tres sentencias sobre el Reglamento 650/2012: en la primera [Sentencia de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Kubicka* (ECLI:EU:C:2017:755), comentada por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012», *La Ley Unión Europea*, núm. 55, enero-2018, pp. 1-21], la Corte europea acuerda que las autoridades de un Estado miembro cuya legislación no conoce el legado vindicatorio no pueden, sobre la base de la exclusión de los derechos reales del campo de aplicación del Reglamento de Sucesiones, negarse a reconocer en su territorio los efectos de dicha figura, admitida por la ley aplicable a la sucesión, ya que, en el supuesto, se discute no la naturaleza del derecho real de propiedad, sino una forma de transmisión *mortis causa* del mismo, la cobertura *ratione materiae* del cual corresponde al instrumento sucesorio; en la segunda [Sentencia de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf* (ECLI:EU:C:2018:138), que, con el título «Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado», hemos reseñado en *La Ley Unión Europea*, núm. 61, julio-2018, pp. 1-23], el TJ falla que está incluido en el ámbito material del Reglamento 650/2012 un precepto como el parágrafo 1371.1 del Código civil alemán, que dispone, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias obtenidas constante matrimonio mediante un incremento de la parte alcuota del cónyuge viudo en la herencia del premuerto; en la tercera [Sentencia de 21 de junio de 2018, C-20/17, *Oberle* (ECLI:EU:C:2018:485), el Tribunal de Luxemburgo interpreta de manera extensiva la aplicación de las reglas de competencia judicial del RS para que también abarquen la expedición de certificados sucesorios nacionales.

¹³⁶ Véase, *supra*, nota 30.

¹³⁷ Véase, *supra*, nota 88. La LSDIP mantiene el silencio respecto de las profesiones de ley verificadas por extranjeros residentes en Suiza; por contra, para las opciones de suizos expatriados, la regla es más estricta y fuerza a una declaración expresa de elección del derecho domiciliario.

¹³⁸ Uno de los párrafos de la decisión [*Wernli: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts/Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse* (BGE/ATF), 109-II (1983), pp. 403-407], especifica que «[n]on è necessario, dunque, che il testatore si pronunci in termini solenni per il diritto del proprio Cantone di attinenza: può anche riferirvisi in modo approssimativo o persino implicito, purché il testo de la disposizione a causa di morte contenga indizi univoci, gli elementi estrinseci potendo servire semmai a interpretare le indicazioni che emergono dal testo, ma non a supplire o a sostituire il medesimo» (p. 406).

¹³⁹ Sobre esta resolución [*B. v. A.: BGE/ATF*, 125-III (1998), pp. 35-41], de gran importancia en la lectura que el Derecho suizo hace en la actualidad de las declaraciones tácitas de voluntad en los negocios *mortis causa*, volveremos más adelante (*infra*, párrafo 26 y notas 153 y 167).

implícita, siempre y cuando se demuestre su existencia. En Alemania, desde que, a raíz de la reforma del *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB)* de 1986, su DIPr autónomo tolera, siquiera parcialmente, la *erbrechtliche Rechtswahl*, se ha venido admitiendo la validez de la elección realizada de modo concluyente¹⁴⁰; y los jueces, cuando han participado en el debate, se han sumado, sin apenas discrepancias¹⁴¹, a esta apreciación¹⁴² con argumentos similares a los de sus colegas suizos¹⁴³.

26. Sabedor de los problemas de interpretación que la reglamentación de la forma de la *professio iuris* había generado en el Convenio de La Haya¹⁴⁴, el legislador europeo ha tratado de evitarlos con una redacción lo más diáfana posible. Si la Propuesta era, con la excepción de la versión española¹⁴⁵, meridiana en el rechazo a la elección tácita de la ley sucesoria¹⁴⁶, el Reglamento, en sentido opuesto al de su precursora, también lo es al dar carta de naturaleza, además de a la designación expresa, a la implícita¹⁴⁷. Ahora bien, una cosa es que el instrumento acoja indiscutiblemente esta modalidad de opción y otra bien distinta que en él se precise con nitidez cuando la misma se estima verificada. Conforme al Preámbulo, se reputará que ha existido una elección tácita de ley cuando «el causante ha hecho referencia en ella a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley»¹⁴⁸; dicho de diversa forma, «[l]a référence du disposant à des dispositions de la loi nationale constitue sans doute un élément de poids (...) [et il] en va de même lorsque le disposant se réfère à des notions ou institutions propres à sa loi nationale ou inconnue de la loi de sa résidence habituelle»¹⁴⁹. No obstante, el considerando referido únicamente contiene dos muestras ilustrativas de hipótesis en las cuales puede entenderse que el *de cuius* ha consumado un señalamiento implícito de la *lex successionis*, pero son imaginables casos semejantes¹⁵⁰, en los que las circunstancias

¹⁴⁰ La doctrina alemana se proclama unánimemente favorable a la eficacia de la *schlüssige Rechtswahl*, por todos, véase H. DÖRNER, *Art 25, 26 EGBGB (Internationales Erbrecht)*, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung, Berlin, Sellier-De Gruyter, 2007, pp. 277-278, núm. 535.

¹⁴¹ La disidencia se concentra en la Sentencia del *Landgericht Frankfurt am Main*, de 29 de julio de 1997 (*Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (IPRspr)*, 1997, núm. 122, pp. 232-235), y resulta no tanto de la aceptación de la profesión implícita –que no se cuestiona– como de la falta de acuerdo con lo dicho por otros tribunales en cuanto a los indicios que deben delatarla.

¹⁴² Deben mencionarse en este punto las Sentencias del *Landgericht Hamburg*, de 12 de febrero de 1991 (*IPRspr*, 1991, núm. 142, pp. 264-275), del *Oberlandesgericht Zweibrücken*, de 28 de mayo de 2002 (*IPRspr*, 2002, núm. 116, pp. 280-286), del *Landgericht Stuttgart*, de 11 de septiembre de 2002 (*IPRspr*, 2002, núm. 119, pp. 290-291), del *Landgericht München*, de 5 de febrero de 2007, (*IPRspr*, 2007, núm. 94, pp. 282-284) y del *Oberlandesgericht Hamm*, de 22 de julio de 2014 (<https://openjur.de/u/728979.html>).

¹⁴³ De estos argumentos hablaremos, *infra*, notas 153 y 167.

¹⁴⁴ Por mucho que, con el beneplácito generalizado de la doctrina (véase, por todos, T. BRANDI, *Das Haager Abkommen von 1989 über das auf die Erfolge anzuwendende Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, p. 304), D. W. M. WATERS avale que en el texto sólo cabe la elección expresa, pues «[l]a désignation tacite ou implicite est rejetée par la Convention» [«Rapport explicatif/Explanatory Report»], en *Actes et documents de la Conférence de La Haye de droit international privé, Seizième session*, t. II, *Successions – loi applicable*, La Haye, Bureau Permanent de la Conférence, 1990, p. 556], el comienzo del art. 5.2 CLH89 [«La citada designación se expresará en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte» (A. BORRÁS y J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *op. cit.* en nota 52, pp. 256-257)] no recoge en modo alguno esta limitación, antes bien, «laisse le champ libre aux interprétations» [A. BORRÁS, «La Convention de La Haye de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort et l'Espagne», en A. BORRÁS *et al.* (ed./coord.), *E pluribus unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague, Nijhoff, 1996, p. 19], la más plausible de las cuales da por bueno que, además de la designación explícita, el Convenio contempla, como se ha sostenido aisladamente [P. KINDLER, «Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht im italienischen IPR-Gesetz von 1995», *RabelsZ*, 61 (1997), p. 272], la posibilidad de la opción tácita.

¹⁴⁵ El texto castellano del art. 17.2 PR (véase, *supra*, nota 92) incurría en un error de traducción, ya que, a diferencia de los redactados en otras lenguas oficiales, que reclamaban al unísono que la *professio iuris* se hiciera expresamente, el escrito en español se contentaba con indicar que la elección «se expresará», en el sentido genérico de «se manifestará» o «se exteriorizará», con lo que estaba dando amparo no solamente a la opción expresa, sino también a la tácita. Para el desarrollo de esta problemática, reenviamos a nuestro estudio sobre el particular: «La forma...» *cit.* en nota 92, pp. 137-139.

¹⁴⁶ Que el texto de la Propuesta excluía la profesión implícita fue la *communis opinio* de los comentaristas que entraron a valorar el tema (véase, *per omnia*, H. DÖRNER, *loc. cit.* en nota 74, p. 226).

¹⁴⁷ Este extremo es completamente pacífico. Véase, por todos, A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 347).

¹⁴⁸ Cdo. 39 RS [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1010].

¹⁴⁹ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 348.

¹⁵⁰ A juicio de los tratadistas [véase, representativamente, M. GORÉ, «La professio juris», *Defrénois*, 2012-15/16, p. 765;

permiten inferir un ejercicio tácito de la autonomía por parte del testador. Mientras Bonomi incluye *«le fait que les dispositions à cause de mort aient été instrumentées par un notaire de l'État dont le de cujus a la nationalité, en respectant le style et la systematique caracteristiques des dispositions de dernière volonté dans la pratique notariale de cet État»*¹⁵¹; Dutta añade situaciones como *«wenn der Erblasser zu einem Zeitpunkt testiert hat, zu dem sich die Frage, ob ausländisches Recht anwendbar sein könnte, nicht ernsthaft stellte, weil keine Berührungspunkte zum Ausland bestanden (...) wenn der Erblasser später seinen gewöhnlichen Aufenthalt wechselt»*, también *«wenn die vom Erblasser errichtete Verfügung von Todes wegen nach dem objektiv bestimmten Erbstatut unzulässig oder unwirksam wäre»*, así como en el supuesto de *«eine negative Rechtswahl (Abwahl des nach Art. 21 Abs 1 eigentlich anwendbaren Aufenthaltsrecht)»*¹⁵². Estos ejemplos, de algunos de los cuales hay precedentes jurisprudenciales en los países en donde la *professio iuris* lleva tiempo implantada¹⁵³, permiten hacerse una idea de las enormes dificultades que, en ocasiones, puede entrañar la acreditación de una selección implícita de la ley sucesoria al igual que de la inseguridad jurídica resultante. Para tratar de remediarla, los expertos

A. DAVI y A. ZANOBETTI, «Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea», *CDT*, 5 (2013-2), p. 46; D. SOLOMON, «Die allgemeine Kollisionsnorm (Art. 21, 22 EuErbVO)», en A. DUTTA/S. HERRLER (ed.), *Die Europäische Erbrechtsverordnung. Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Deutschen Notarinstituts am 11. Oktober 2013 in Würzburg*, München, Beck, 2014, pp. 41-42; E. CASTELLANOS RUIZ, «Article 22», en A.-L. CALVO CARAVACA et al. (ed.), *op. cit.* en nota 58, p. 349; D. STAMATIADIS, *loc. cit.* en nota 118, pp. 232-233] el uso de un idioma determinado en el otorgamiento del testamento no entraría *por sí solo* en este grupo, bien que junto a otros elementos que fueran en la misma línea, sí lo haría. Como apunta el último de los autores citados, *«In this context, it would be meaningful to take into consideration whether the deceased was able to use a different language from the one in which he actually established the will. A multilingual testator for instance might have many reasons to use a specific language, not necessarily linking it to a specific choice of law, but rather due to his belief that that specific language can be understood by all heirs»*.

¹⁵¹ Siempre que este indicio cuente con el respaldo de otros convergentes (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 349; igualmente, A. DAVI y A. ZANOBETTI, *loc. cit.* en nota anterior, p. 46; y E. CASTELLANOS RUIZ, *loc. cit.* en nota anterior, pp. 348-349).

¹⁵² A. DUTTA, «Art. 22 EuErbVO», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, J. VON HEIN (red.), *Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 7ª ed., München, Beck, 2018, p. 1894, núm. 14. Las directrices que Dutta plantea (la disposición otorgada cuando la situación privada no alberga ningún elemento de extranjería cambiando luego la residencia del testador, la inadmisibilidad o invalidez de la disposición del causante con arreglo a la legislación objetivamente aplicable o la realización de una elección en negativo, esto es, manifestando el *de cuius* que no desea que a su sucesión se le aplique de la ley llamada a regirla según el art. 21 RS) son puro producto de la especulación científica de los que no constan precedentes en sistema nacional alguno. Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que otros juristas hayan abogado por la ponderación de la primera (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 350; A. DAVI y A. ZANOBETTI, *loc. cit.* en nota 150, p. 46; E. CASTELLANOS RUIZ, *loc. cit.* en nota 150, pp. 347-348), la segunda [M. SCHAUER, «Art 22 EuErbVO», en A. DEIXLER-HÜBNER/M. SCHAUER (ed.), *Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO)*, Wien, MANZ'sche, 2015, p. 188; C. HERTEL, «Art 22 EU-ErbVO», en T. RAUSCHER (ed.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht EuZPR/EuIPR*, vol. V, KSÜ, *EU-ErbVO, HUnStProt 2007, Rom III-VO*, 4ª ed., Köln, Otto Schmidt, 2016, p. 306, núm. 29] o la tercera de ellas [T. TRAAAR, «Art 22 EuErbVO», en A. BURGSTALLER et al. (ed.), *Die EU-Erbrechtsverordnung*, Wien, LexisNexis, 2016, p. 207].

¹⁵³ En Suiza, la Sentencia del Tribunal Federal de 3 de septiembre de 1998 (a la que regresaremos, *infra*, en la nota 167), a la hora de pronunciarse, toma en consideración, entre otros elementos, que *«[I]nsieme di tutte le ... circostanze, ossia il luogo della rogazione in Germania, la confezione e la pubblicazione dell'atto secondo il diritto notarile germanico da parte di un notaio germanico, la nazionalità germanica di tutte le parti interessate, la formulazione dell'istituzione d'eredità tipica del diritto germanico e piuttosto estranea a quello svizzero lasciano trasparire la volontà della testatrice di veder disciplinata la sua successione dal diritto germanico»* [BGE/ATF, 125-III (1998), p. 41]. Por su parte, en Alemania, las decisiones citadas en las notas 140 y 141 dirimen pleitos en los que para esclarecer si, con relación a los bienes inmuebles sitos en la República Federal un causante extranjero ha llevado a efecto una *konkludente Wahl* del *Bürgerliches Gesetzbuch*, se hace acopio de datos indiciarios –los disponentes y sus cónyuges, con una larga residencia en el país del foro, formalizan su disposición *mortis causa* ante un fedatario alemán, en lengua alemana, en Alemania, y lo hacen sirviéndose de una figura típica del Derecho alemán, como es el *gemeinschaftliches Testament*–, que para la mayoría de tribunales son concluyentes, con la salvedad del *Landgericht Frankfurt am Main*, el cual, en su resolución de 1997, los juzga insuficientes al destacar que *«[d]er Umstand, daß in deutscher Sprache in Deutschland ein für hiesige Verhältnisse typisches Ehegattentestament errichtet wurde, reicht nicht aus, einen Willen dahin gehend zu erkennen, daß deutsches Recht gewählt wird»* (IPRSpr, 1997, p. 233). Digno de reseñar es que, en su veredicto de 2007, el *Landgericht München* estima decisivo que la disposición *mortis causa* afectada maneje instituciones alemanas, pues razona que *«[d]ie im Testament verwendeten Rechtsbegriffe und Rechtsfiguren, wie zum Beispiel "gemeinschaftliches Testament", "Vor-, Nach-, Schluss-, unz Ersatzerven", "Testamentsvollstreckung", "Ausschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB" und "Wechselbezüglichkeit der Verfügungen im Sinne des § 2270 BGB" sprechen dafür, dass ein Testament nach deutschem Recht erstellt werden sollte, soweit dies rechtlich möglich ist»* (IPRSpr, 2007, p. 283).

sugieren que los «*Erblasser, die eine konkludente Rechtswahl, „verhindern“ wollen, sollten deshalb in ihrer Verfügung von Todes wegen ausdrücklich klarstellen, keine Rechtswahl treffen zu wollen*»¹⁵⁴; o sea, aconsejan a los testadores que recurran a declaraciones expresas de «inelección», de no haber realizado una elección¹⁵⁵, pues, aun cuando «*cette déclaration ne peut pas valoir comme choix de la loi applicable au sens du Règlement*»¹⁵⁶, sí que servirá para eliminar toda sospecha de una designación tácita de la *lex hereditatis*. De no contener el testamento una cláusula preventiva de esta índole, que facilitaría mucho las cosas ante una eventual controversia sobre la existencia o inexistencia de una designación tácita de la normativa sucesoria, habrá que fiarlo todo a la interpretación que los órganos jurisdiccionales competentes hagan de las disposiciones de última voluntad concernidas. La hermenéutica testamentaria, que es una cuestión clásica del Derecho de sucesiones¹⁵⁷, ofrece en el asunto que nos incumbe un perfil propio, que deriva de la peculiar dicción del art. 22.2 RS. Efectivamente, este precepto, a diferencia de otros equivalentes contenidos en instrumentos comunitarios sobre conflictos de leyes, tiene un redactado en apariencia más restrictivo, ya que, cuando introduce la posibilidad de una elección implícita, detalla que la misma «habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo [disposición *mortis causa*]»¹⁵⁸. Salta a la vista que, en contraste con el tenor del segundo inciso del art. 3.1 del Reglamento «Roma I» –que exige que la elección resulte «de los términos del contrato o de las *circunstancias del caso*»¹⁵⁹– o del art. 14.1.2 del Reglamento 864/2007 («Roma II») –que reclama, de igual manera, que la designación resulte «de manera inequívoca de las *circunstancias del caso...*»¹⁶⁰–, la dicción del art. 22.2 RS no es la misma. Salvando las distancias, puestas ya de relieve¹⁶¹, la comparación es particularmente oportuna con respecto a las obligaciones contractuales –en las que la articulación entre el contrato y el *pactum de lege utenda*, formado éste usualmente parte de aquél, es parangonable a la que hay entre el testamento, como negocio dispositivo por causa de muerte, y la *professio iuris*, en tanto que declaración de voluntad autónoma que suele estar inserta en la disposición testamentaria¹⁶²–, visto que el Reglamento «Roma I» acepta que, para el reconocimiento de una elección tácita de la *lex contractus*, se tengan en cuenta todos los indicios probatorios de la voluntad de la partes, con independencia de si son propios del convenio o externos al mismo, siempre y cuando lo contextualicen¹⁶³; mientras que el Reglamento 650/2012 solamente parece reparar en la información que se desprende del contenido de la disposición *mortis causa*. Dado este estado de cosas y a la espera de que los jueces –europeos y nacionales– se definan, la doctrina especializada se ha bifurcado en dos direcciones: para un sector, partidario de una interpretación estricta del art. 22.2 RS, «*le choix de la loi applicable doit résulter directement et seulement du contenu même de l'acte [c'est pourquoi] [t]oute référence à des éléments extrinsèques doit être écartée*»¹⁶⁴; para otro,

¹⁵⁴ A. DUTTA, *loc. cit.* en nota 152, p. 1894, núm. 14. De la misma opinión es C. HERTEL (*loc. cit.* en nota 152, p. 306, núm. 31).

¹⁵⁵ Hay que distinguir esta declaración negativa (de no haber escogido la *lex successionis*, que puede evitar la apreciación de una opción tácita) de la aludida, *supra*, en la nota 152 (la «deselección» de la legislación objetivamente aplicable, que cabría entender como una designación implícita).

¹⁵⁶ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 347-348.

¹⁵⁷ Sobre la misma, centrándola en las legislaciones civiles españolas, pero con continuas incursiones en el Derecho comparado, A. VAQUER ALOY, *La interpretación del testamento*, Madrid, Reus, 2008; en especial, pp. 75-101.

¹⁵⁸ Como se ha consignado, *supra*, en la nota 93, el art. 22.2 RS establece que «[l]a elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo» [A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1023].

¹⁵⁹ A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, p. 1133, énfasis nuestro.

¹⁶⁰ A. BORRÁS *et al.* (ed.), *op. cit.* en nota 18, pp. 1244-1245, énfasis nuestro.

¹⁶¹ Véase, *supra*, nota 114.

¹⁶² Mas no tiene por qué estarlo, ya que la *professio iuris* puede manifestarse al margen de una disposición por causa de muerte. Ciertamente es que, como se ha observado debidamente (H. DÖRNER, *op. cit.* en nota 140, p. 277, núm. 535), cuesta pensar en una *konkludente isolierte Rechtswahl*, pero ésta no es imposible, pues la misma puede darse, por ejemplo, cuando el testador en un acto de última voluntad hace la partición de su herencia siguiendo fielmente las pautas de un determinado ordenamiento o cuando en un codicilo designa o modifica los beneficiarios de un seguro de vida en consonancia con el orden de suceder *ab intestato* que estatuye una legislación en concreto (véase nuestro trabajo citado en nota 28, pp. 218-219).

¹⁶³ Para una interpretación exhaustiva de la segunda frase del art. 3.1 del Reglamento 593/2008, véase, por todos, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dir.), *Litigación internacional en la Unión Europea II. La ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 112-116.

¹⁶⁴ M. GORÉ, *loc. cit.* en nota 150, p. 765, énfasis nuestro. En un sentido parecido, E. CASTELLANOS RUIZ (*loc. cit.* en nota 150, p. 345) apoya que «[t]he tacit choice of law must arise solely and exclusively from the terms of a will, joint will or agreement as to succession and should be clear and unequivocal»; y C. HERTEL (*loc. cit.* en nota 152, p. 305, núm. 26), sostiene que

a pesar de que la letra de la ley impide que la elección tácita se pueda deducir de las circunstancias del caso, ello «*n'exclut pas ... que lorsque la professio juris transparaît du texte de l'acte de dernière volonté de manière incomplète, des éléments extrinsèques puissent également être pris en considération pour interpréter, appuyer ou corroborer une indication contenue dans le texte*», situación en la cual «*il devrait alors être possible de tenir compte de circonstances extérieures à la disposition*»¹⁶⁵. Es difícil no compartir este punto de vista, pues, si bien es obvio que el «*assessment [of all factors and evidence related to a disposition of property upon death] is not to be considered as identical to that of Regulation Rome I Article 3(1), taking into account that interpretation or assessment of all relevant elements take place after the testator's death in the framework of succession*»¹⁶⁶, el recurso a la prueba extrínseca puede ser, como ha demostrado la práctica judicial suiza¹⁶⁷, un complemento necesario para, ante la precariedad o incompletud de los elementos indiciarios intrínsecos, acreditar fuera de toda duda la existencia de una verdadera designación –tácita– de la *lex successionis*.

27. En medio de este rico diálogo, las decisiones –y sobre todo las argumentaciones– de la DGRN dejan mucho que desear. Ahora bien, antes de entrar a analizarlas, procede presentar los casos que han dado pie al dictamen del Centro Directivo, los cuales, pese a sus diferencias, tienen en común que versan sobre la herencia de un causante extranjero residente habitualmente en España fallecido después del 17 de agosto de 2015, pero que, con anterioridad a dicha fecha, había otorgado, ante notario español, un testamento¹⁶⁸ del que parece desprenderse que, para el pautado de su sucesión, el *de cuius*

«*[d]ie konkludente Rechtswahl muss sich aus dem Text der Verfügung von Todes wegen selber ergeben; bloße andere Umstände außerhalb des Textes der Verfügung genügen nicht*».

¹⁶⁵ A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 349. Todo hace prever que, con los matices que acompañan su posicionamiento, D. STAMATIADIS (*loc. cit.* en nota 118, p. 231) también se inclina por esta visión amplia al defender que, para afirmar la presencia de una designación tácita, «*one should asses all factors and evidence related to a disposition of property upon death*».

¹⁶⁶ D. STAMATIADIS, *loc. cit.* en nota 118, p. 231.

¹⁶⁷ En la reiteradamente citada Sentencia de 3 de septiembre de 1998 (*supra*, párrafo 25 y nota 153), el Tribunal fédéral ha gozado de una oportunidad inmejorable para fijar los criterios que deben regir la interpretación testamentaria cuando se discute la existencia de una *professio iuris* tácita. En un fallo «*très soigneusement motivé [qui] restera pour de longues années fondamentale dans la pratique des successions internationales*» [A. BUCHER, «Jurisprudence suisse en matière de droit international privé des personnes, de la famille et des successions», nota a la Sentencia del Tribunal Federal suizo, de 3 de septiembre de 1998, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 9 (1999), p. 353], el Bundesgericht helvético admite una elección implícita del derecho de Alemania por parte de una ciudadana de dicho Estado, basándose en un cúmulo de pruebas intrínsecas y extrínsecas de la disposición *mortis causa*, que le permite discernir la voluntad real de la testadora. Como dice la resolución, «*[i]l testatore può quindi riferirsi al diritto del paese d'attinenza anche in maniera tacita, purché il testo dell'atto contenga indizi sufficienti per ammettere che tale fosse la sua volontà. Se quest'ultima appare in maniera non equivoca, ma incompleta dal testo della disposizione di ultima volontà, si dovrà procedere all'interpretazione dell'atto ... facendo capo, ai fini del chiarimento delle indicazioni in esso contenute, anche ad elementi, prove e circostanze estrinseci*»; lo que proyectado al litigio en cuestión posibilita que los factores intrínsecos de la disposición de última voluntad relacionados en la nota 153 deban ser interpretados con el refuerzo de «*ogni altro elemento o circostanza estrinseci (...) [che] sono parecchi e assai importanti. Innanzi tutto la madre aveva pessimi rapporti con la figlia e aveva espresso la volontà di lasciarle il meno possibile; il notaio ha poi reso attenta la testatrice sulla legittima di 1/2 a favore della figlia prevista dal diritto germanico e la testatrice stessa gli aveva detto di già saperlo e di voler applicare quel diritto e non quello svizzero; infine nei precedenti testamenti fatti in Svizzera la testatrice ha sempre optato per il diritto del paese di attinenza in maniera espressa, mentre nella disposizione a causa di morte fatta anni prima in Germania la professio iuris risulta solo da un accenno al BGB. Si tratta di una serie di elementi, estremamente significativi, che non lasciano dubbi di sorta sulla volontà della de cuius di sottoporre la sua successione al diritto del paese di attinenza e che confermano pertanto tutti gli indizi in tal senso emergenti dal testamento stesso e di cui si è detto in precedenza*» [B. v. A.: BGE/ATF, 125-III (1998), pp. 35-41; los párrafos reproducidos están en las pp. 39 y 41].

¹⁶⁸ Conviene poner de relieve que, en tres de los cuatro casos considerados –en los cuales los disponentes son ciudadanos británicos–, los testamentos otorgados son «parciales» o *simpliciter*, o sea, se circunscriben a los bienes –inmuebles– del causante sitos en territorio español. Siendo habitual el recurso a esta clase de actos de última voluntad [véase, A. RIPOLL SOLER, *loc. cit.* en nota 87, pp. 42 y 44-47; F. DE B. IRIARTE ÁNGEL, «Las sucesiones de los extranjeros en España y su tratamiento en la doctrina más reciente de la DGRN: Una mirada crítica», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 92 (2016), núm. 754, p. 987], la DGRN estima, en su Resolución de 15 de junio de 2016, que «*[c]onforme al Reglamento la sucesión es única y comprende la totalidad de los bienes muebles e inmuebles del causante (con claridad, inciso primero del artículo 23) por lo que estas disposiciones testamentarias simpliciter, que tanto facilitaron las sucesiones de los causantes británico en España en su día deben ser erradicadas de la práctica testamentaria notarial posterior al 17 de agosto de 2015*» [FJ 9.2 (BOE, 2016, p. 51285)]. Este punto de vista, ratificado por el Centro Directivo en sus Resoluciones de 28 de julio de 2016 (BOE, núm. 228, 21

había designado tácitamente la ley de Estado correspondiente a su nacionalidad; opción que, con arreglo a las reglas de Derecho transitorio del Reglamento 650/2012¹⁶⁹, es perfectamente válida. El tenor de las disposiciones *mortis causa* implicadas –de las que lógicamente sólo tenemos la transcripción que hacen las resoluciones– es ligeramente distinto, mas, en todas ellas, aparece la misma problemática de derecho sustantivo: aun cuando tiene hijos, el testador instituye heredera –en tres de los supuestos– a su esposa y –en uno– a una amiga, por lo que, según la legislación española –cuya aplicación precisamente se discute–, restaría la obligación de satisfacer, con cargo al patrimonio relicto, los derechos de los herederos forzosos. La respuesta que los testamentos referidos dan a esta cuestión es bien distinta, pues, en tanto que los tres primeros establecen sustituciones vulgares a favor de los hijos –salvando expresamente la legítima el más antiguo¹⁷⁰, en contraste con el intermedio¹⁷¹, e imputando a la misma, el más moderno, ciertas atribuciones *inter vivos* del causante a su hija¹⁷²–, el cuarto no dice nada sobre el particular¹⁷³. Con todo, la singularidad de este último caso va más allá de la falta de mención de los hijos del causante en el testamento, porque, ahondando en una mala comprensión de cómo ha de ser forma de la elección de ley –ya apuntada en la RDGRN de 13 de agosto de 2014¹⁷⁴–, el Centro Directivo parece contradecirse

de septiembre de 2016, pp. 67690 y 67705, FJ 6.1), ha sido objeto de crítica por parte de la doctrina, que lo ha tildado de «oscuro» [S. SÁNCHEZ LORENZO, «Aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012 a ciudadanos británicos», *AEDIPr*, XVII (2017), p. 1276] y le ha reprochado la mezcla que hace entre el ámbito de aplicación de la ley sucesoria y el ámbito material de la disposición testamentaria [A. YBARRA BORES, «La elección del Derecho inglés como Ley aplicable a la sucesión en relación a los británicos residentes en España», *Bitácora Millennium DIPr*, 4 (2016-2), p. 18; *id.*, «La sucesión de ciudadanos británicos en España tras la aplicación del Reglamento 650/2012», *CDT*, 10 (2018-1), p. 479], porque, una vez es asumido que «unidad sucesoria no equivale a unidad de título» [I. ESPÍNEIRA SOTO, «El testamento *simpliciter*», *Revista de Derecho Civil*, IV (2017-4), p. 292], se vislumbra claramente que esta «modalidad testamentaria territorialmente limitada» no puede *por sí sola* contravenir el principio de unidad regulatoria de la sucesión –pues la *lex hereditatis* continuará siendo precisada, para la totalidad de los bienes relictos, por las normas de conflicto del Reglamento, sin que el testamento parcial introduzca en ese régimen escisión alguna, al no presuponer la aplicación del derecho español– ni atentar contra una pretendida unidad del título sucesorio –dogma inexistente en España, en donde el Derecho civil patrio conoce diversas maneras de «dividir» las atribuciones *mortis causa*– (R. CABANAS TREJO y L. BALLESTER AZPITARTE, «¿Sirve de algo el testamento en España de un no residente sólo para sus bienes en nuestro país?», *Diario La Ley*, núm. 9061, 16 de octubre de 2017, pp. 5-7).

¹⁶⁹ Para el examen del precepto habilitante de esta posibilidad [art. 83.2 RS: «Cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo III o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía» (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1140)], remitimos, por todos, a P. WAUTELET, «Article 83», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, pp. 964-974.

¹⁷⁰ De conformidad con la RDGRN de 15 de junio de 2016, en el acto «[el testador] ordenaba lo siguiente: por la primera cláusula, “instituye heredera en todos sus bienes situados en España a su esposa, M. E. O”; por la segunda cláusula, “ nombra sustitutos en caso de premoriencia, conmoriencia o renuncia de la citada heredera, a partes iguales, a sus tres hijos (...) [omisión original]. Con derecho de representación a favor de sus respectivos descendientes”. Además deja a salvo los “posibles derechos que la ley de la nacionalidad que ostente a su fallecimiento conceda a legitimarios o herederos forzosos”» (BOE, 2016, p. 51283). Sobre esta Resolución, véase, aparte de la bibliografía citada en la nota 168, E. HIJAS, «La *professio iuris* en las sucesiones y matrimonios con elementos transfronterizos», *El Notario del Siglo XXI*, 69, septiembre-octubre, 2016, pp. 22-25; M. DEL A. IGLESIAS VÁZQUEZ, «A propósito de la Resolución de la DGRN de 15 de junio de 2016 y el Reglamento Sucesorio Europeo», *El Notario del Siglo XXI*, 69, septiembre-octubre, 2016, pp. 142-145.

¹⁷¹ Mucho más lacónica, la Resolución de 4 de julio de 2016 únicamente nos informa de que «el causante ... fallece bajo testamento otorgado ... ante Notario español, a doble columna en lengua española e inglesa conforme al cual respecto de sus bienes existentes en España instituye heredera universal a su esposa y la sustituye sin expresión de caso por sus dos hijos comunes con sustitución a su vez en sus estirpes» (BOE, 2016, p. 59068).

¹⁷² Con arreglo a esta RDGRN, «[e]n su testamento, otorgado el día 22 de septiembre de 2014, manifiesta [el disponente] su estado civil de viudedad y la existencia de una hija habida de un matrimonio anterior, y ordena su sucesión instituyendo heredera universal a la ahora recurrente, manifestando que su hija recibió en vida ciertas propiedades sitas en Nueva York» (BOE, 2017, p. 32427). Ahora bien, este testimonio, que recoge el FJ 1.1, es incompleto, porque, en el apdo. II de los Hechos, se nos adjunta la nota de calificación de la registradora que dice: «Dicho causante otorgó testamento el 22 de septiembre de 2014 (...) en el que instituyó heredera de todos sus bienes a su amiga C. G. C., a la que sustituyó vulgarmente para el caso de premoriencia, por la hija del testador M. N., manifestando el testador que designa heredera de todos sus bienes a dicha señora G. porque su hija recibió en vida del testador un Hotel y un Panteón familiar sitos en la ciudad de Nueva York –Estados Unidos–» (BOE, 2017, p. 32424).

¹⁷³ En este supuesto, el causante no nombra en ninguna de sus disposiciones *mortis causa* a los hijos, de los cuales únicamente se tiene constancia por la información que «resulta de dicho testamento» (BOE, 2018, p. 31410).

¹⁷⁴ En esta RDGRN (BOE, núm. 242, 6 de octubre de 2014, pp. 79821-79827), para cuyo estudio detallado enviamos a los trabajos de A. YBARRA BORES (*supra*, *loc. cit.* en nota 168, respectivamente, pp. 7-11 y 471-473), el Centro Directivo, apoyándo-

embrollando los términos del debate. En efecto, no puede interpretarse de otro modo que, en el FJ 2.5 de la Resolución de 2 de marzo de 2018, se nos indique que «[e]n el supuesto planteado, ... cabe entender que el causante ha realizado *professio iuris*, en su testamento autorizado en España en 2004, a doble columna en lenguas inglesa y española, en el que afirmaba que se otorgaba conforme a su ley personal»¹⁷⁵; mientras que, un poco más adelante, en el FJ 5.1, se concluya que «admitida la *professio iuris* en período transitorio (tácita, ya que entonces no podría ser expresa, al no ser admitida por la ley española) carece de relevancia que la escritura calificada no realice una evaluación de la vida del causante a fin de establecer su residencia habitual...»¹⁷⁶. Del primer pasaje transcrito, se colige que el *de cuius* hace una profesión expresa –pues afirma, en español e inglés, que otorga su testamento de conformidad con su ley nacional–, que no se puede convertir en tácita, como se infiere del segundo¹⁷⁷, de resultas de regirse por un régimen de Derecho transitorio. En verdad, lo que pasa es que *la DGRN confunde la forma de la profesión de ley con la admisibilidad de la misma*, dado que supedita el reconocimiento de la elección expresa a que el DIPr del foro acoja la figura de la *electio iuris* en general, cuando son cuestiones que no están vinculadas entre sí por una relación de dependencia, ya que una normativa conflictual –como la existente en España antes de que estuviera en vigor el Reglamento 650/2012– puede desaprobar la *professio iuris* –y, obviamente, esta censura impide hablar de sus modalidades formales–, pero, también, un sistema de DIPr puede aceptar la institución y, en esta hipótesis, cabe que lo haga ora accediendo a que el profesante exteriorice su voluntad explícita o implícitamente –como estipula el art. 22.2 RS– ora tolerando únicamente la designación verificada *expressis verbis* –como preveía el art. 17.2 PR¹⁷⁸–.

28. Apartada la Resolución del presente año del eje de nuestra actual reflexión por el motivo expuesto, todavía quedan tres –las dos de 2016 y la de 2017– en relación con las cuales es menester discernir si, en las disposiciones por causa de muerte que dan lugar a la controversia, el *de cuius* efectúa realmente una elección tácita de su derecho nacional. La DGRN detecta en los dos primeros testamentos la concurrencia de una *professio iuris* implícita que, a su parecer, en el tercero no se da; pero, ni en un caso ni en el otro, aporta el Centro Directivo argumento de peso alguno que respalde su apreciación¹⁷⁹. Tal como, a propósito de la Resolución de 4 de julio de 2016, ha puesto en evidencia la doctrina que más ha profundizado en el tema, la Dirección General se ha posicionado en un sentido o en otro «sin realizar ningún tipo de valoración en relación al contenido de la disposición testamentaria»¹⁸⁰. Esta afirmación, en nuestra opinión totalmente acertada, es fácilmente demostrable sometiendo los asuntos dilucidados ante la DGRN al «test de indicios» que propone Castellanos para probar la existencia –o no– de una opción tácita¹⁸¹. De acuerdo con la clasificación hecha por esta autora, tienen carácter determinante los *sufficient indicators* (aquellos factores que, por sí solos, acreditan la consumación de una verdadera

se en el cdo. 39 RS, mantiene que, según el Reglamento 650/2012, la declaración de opción en favor de la legislación nacional «ha de ser explícita» (FJ 3.2, p. 79824), lo que, a juicio de la DRGN, no acontece, por cuanto «la facultad de elección de ley aplicable en que se consiste la citada “*professio iuris*” no aparece ejercitada por el causante y testador en el presente caso» (FJ 3.3 *in fine*, p. 79824). Sin contar con que el cdo. 39 RS –y el art. 22.2 RS– dice exactamente lo contrario de lo que el Centro Directivo cree entender, lo cierto es que, en el testamento, aparece recogida la nacionalidad del *de cuius*, pero, para la DGRN, esta mención no basta, al no haber «expresa declaración de sometimiento a su ley nacional» (FJ 3.2, p. 79824).

¹⁷⁵ BOE, 2018, p. 31413.

¹⁷⁶ BOE, 2018, p. 31414.

¹⁷⁷ Idea que la Resolución repite en el FJ 6.1, al acabar enfatizando que «[l]a aplicación de la *professio iuris* tácita transitoria al supuesto, hace por último irrelevante la referencia en el expositivo I del título calificado al domicilio del causante en el momento del fallecimiento» (BOE, 2018, p. 31415).

¹⁷⁸ Véase, *supra*, nota 92.

¹⁷⁹ Si se repasan detenidamente las Resoluciones de 2016, que avalan la existencia de una profesión de ley, la única razón que invocan –la de julio transcribiendo los fundamentos jurídicos de la del mes anterior– es que la designación del Derecho inglés se deriva «de la disposición a favor sólo de su esposa realizada por el disponente, conforme al tipo de frecuencia de los testamentos británicos» [FJ 6.5, *in fine* de la RDGRN de 15 de junio de 2016 (BOE, 2016, p. 51284); FJ 3 de la RDGRN de 4 de julio de 2016, (BOE, 2016, pp. 59069-59070)]. A su vez, la Resolución de 2017, que niega que el causante haya efectuado una *designatio iuris*, solamente dice, de paso, que la elección «indubitada en sus términos –... no ocurre–», sin que de la nacionalidad del disponente quepa «inferir la aplicación de la ley de la nacionalidad como ley sucesoria» [FJ 4.6 y 4.7 de la RDGRN de 10 de abril de 2017 (BOE, 2017, p. 32429)].

¹⁸⁰ A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 16 y 476, respectivamente.

¹⁸¹ E. CASTELLANOS RUIZ, *loc. cit.* en nota 150, pp. 348-349.

elección), entre los que, según ella, deben incluirse la mención en el testamento de categorías o conceptos jurídicos propios del derecho correspondiente al Estado de la nacionalidad del causante sin equivalente en la legislación vigente en el país de su residencia habitual y el otorgamiento por su parte de un contrato sucesorio o un testamento mancomunado conforme a su ley nacional cuando la del lugar de residencia no reconoce estos negocios *mortis causa*. Ninguna de estas circunstancias asoma, empero, en los supuestos que nos interesan, porque los disponentes otorgan testamentos abiertos típicamente españoles que no contienen referencias a instituciones extranjeras, más bien todo lo contrario, pues, en ellos, aparecen figuras como el heredero universal, el legitimario o la sustitución vulgar¹⁸² que pueden hallarse a diario en disposiciones de última voluntad sujetas a una normativa hispana. En este sentido, no deja de resultar llamativo el esfuerzo que, en la Resolución de 15 de junio de 2016¹⁸³, se hace para hilvanar conexiones entre el acto dispositivo y el Derecho inglés, al tratar, por un lado, de compaginar la voluntad del testador de respetar los «posibles derechos que la ley de la nacionalidad que ostente a su fallecimiento conceda a legitimarios o herederos forzosos» con los parámetros del *common law*, apelando para ello a las *family provisions* –por más que la DGRN sea consciente de las dificultades que conlleva una equiparación de esta índole–; por otro lado, de traer a toda costa a colación instituciones angloamericanas, como el *executor*, que en el testamento «[n]o se designa» –como si fuera hermenéuticamente correcto educir el referente jurídico bajo el que se ha redactado un documento por lo que en él *no* aparece–. En un segundo nivel de fiabilidad, están, según este esquema, las *insufficient indications* (elementos que, para ser tenidos en cuenta como expresión de una voluntad implícita de selección, precisan ser completados por otros), entre las que cabe encuadrar el empleo de un idioma en concreto a la hora de disponer por causa de muerte y el otorgamiento de últimas voluntades ante un fedatario perteneciente al notariado del Estado cuya nacionalidad detenta el *de cuius* siguiendo el estilo y las formalidades que son característicos del sistema notarial de ese país. Tampoco estos rasgos distintivos aparecen en los testamentos sobre los que se pronuncia el Centro Directivo, ya que tales disposiciones testamentarias se otorgan ante notarios españoles y en lengua castellana –sin perjuicio de que en algún caso se utilice asimismo el inglés¹⁸⁴–. Si ninguno de los índices inventariados emerge de los testamentos litigiosos, ¿en qué se basa, entonces, la Dirección General para acordar la existencia de una profesión tácita? Pues en el «simple hecho de que el disponente organizó su sucesión sin tener en cuenta el sistema de legítimas del Derecho español; es decir, ateniéndose a lo que le permitía la ley de su nacionalidad, la ley inglesa»¹⁸⁵. Podría pensarse que la exégesis de la DGRN, imbuida de «flexibilidad y benevolencia»¹⁸⁶, va en la línea defendida por un importante sector doctrinal, que se muestra partidario de dar por buena la elección implícita «cuando la disposición por causa de muerte otorgada por el causante sería inadmisibles o ineficaz de

¹⁸² Aunando su estudio con el de la cuestión de si la elección tácita requiere una «*choice consciousness*» [esto es, ¿el causante debe darse cuenta de la existencia de un conflicto de leyes y de que puede resolverlo eligiendo entre ellas? En relación con la *Rechtswahlbewußtsein*, hay unanimidad en la doctrina en que no es exigible, pues «*la volonté réelle et prouvée du disposant de soumettre sa succession à son droit national devrait suffire pour admettre l'existence d'un choix, même si celle n'est pas accompagnée de la conscience de l'existence d'un conflit de lois*» (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 350)], E. CASTELLANOS RUIZ (*loc. cit.* en nota 150, pp. 347-348) no adscribe el hecho de que el testamento aluda a reglas específicas del derecho nacional del disponente ni a los indicios que son suficientes ni a los que no lo son para inferir una *optio iuris* implícita, a pesar de que el cdo. 39 RS lo pone como ejemplo de elección que resulta de los términos de una disposición *mortis causa*. En los casos que nos incumben, este criterio no habla en favor de la designación, puesto que, aun cuando ningún precepto es identificado por su número, no es muy difícil descubrir en las cláusulas transcritas la impronta de los dos apartados del art. 774 del Código civil español, el primero en la RDGRN de 15 de junio de 2016 –cuando se prevé la sustitución «en caso de premoriencia, conmoriencia o renuncia de la heredera» (BOE, 2016, p. 51283)–, y el segundo, todavía de manera más literal, en la RDGRN de 4 de julio del mismo año –al establecerse una sustitución «sin expresión de caso» (BOE, 2016, p. 59068)–.

¹⁸³ FJ 3.2 (BOE, 2016, p. 51283).

¹⁸⁴ Así sucede en el testamento que da pie a la Resolución de 4 de julio de 2016 (véase, *supra*, nota 171), que no constituye, sin embargo, un episodio excepcional, como lo prueba la Resolución de 2 de marzo de 2018 (véase, *supra*, párrafo 27).

¹⁸⁵ A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 16 y 476, respectivamente. Es cierto que la frase reproducida está escrita a propósito de la Resolución de 4 de julio de 2016, pero es, igualmente, aplicable a la de 15 de junio de 2016, en la que, aún más genéricamente, la DGRN reputa que una disposición de última voluntad en la cual el «causante se ajusta a disponer de su patrimonio conforme a lo que le permite su ley nacional, debe ser considerada suficiente (...) para entender que ha existido *professio iuris* a favor de la ley de su nacionalidad» (A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 13 y 474).

¹⁸⁶ A. YBARRA BORES, *loc. cit.* en nota 168, pp. 13 y 474.

acuerdo con la ley sucesoria determinada objetivamente»¹⁸⁷, pero no hay rastro de este argumento ni en las Resoluciones de 2016—donde, con muchos matices, podría llegar a sopesarse— ni en la «sorprendente»¹⁸⁸ Resolución de 2017; habida cuenta de que, en ésta, frente al criterio de la Registradora, coherente con la posición mantenida hasta el momento por el Centro Directivo, de valorar «que el título testamentario del causante, fue vehículo para el establecimiento de la *professio iuris* y que por lo tanto el testador eligió su ley nacional»¹⁸⁹, la Dirección General, sirviéndose injustificadamente del art. 26.1.d) RS¹⁹⁰, rechaza dicha posibilidad alegando que, a falta de elección indubitada, del hecho que el disponente sea ciudadano extranjero no «cabe inferir la aplicación de la ley de la nacionalidad como ley sucesoria»¹⁹¹. En realidad, la DGRN —a diferencia de órganos jurisdiccionales de países con más experiencia en el tema¹⁹²— no indaga cuál es la verdadera voluntad del testador¹⁹³, ni procede, para llegar a desentrañarla, a examen alguno de los elementos interpretativos tanto intrínsecos como —si fuera preciso para completar los anteriores— extrínsecos de la disposición de última voluntad, sino que se guía movida por un principio —o, si se quiere, un *prejuicio*— de derecho material: dado que el *common law* se fundamenta en la libertad de testar, si el causante es inglés, ha escogido sin duda su legislación nacional para regir la transmisión *mortis causa* de su patrimonio; en cambio, cuando el *de cuius* es alemán, la protección de los derechos de sus herederos forzosos no le ha impelido a elegir su ley nacional, porque, si bien el *BGB* conoce la legítima y la regula ampliamente, para lograr dicho objetivo ya le basta el ordenamiento español. Esta manera de actuar de la Dirección General comporta, como mínimo, tres consecuencias remarcables: en primer lugar, una confusión de los planos del debate, al abordarse una cuestión de orden conflictual desde una perspectiva material, con el riesgo añadido de transmutar el problema controvertido (convirtiendo, por ejemplo, una preterición en una elección tácita de la ley sucesoria); en segundo término, una alteración de la posición que la libertad de disposición ocupa en su relación con la *optio iuris*, pues, si para los primeros valedores de ésta¹⁹⁴—, aquélla era su principal sostén teórico, la DGRN recurre —inconscientemente— a la autonomía sustantiva como argumento determinante para confirmar el ejercicio por parte del profesante de su autonomía de DIPr (pasando la libertad testamentaria, así, de ser la *ultima ratio* a ser la *ratio decidendi* en materia de *professio iuris*, al menos de la tácita); en última instancia, una inversión de los valores que están detrás de la designación de la *lex successionis*, ya que, en contraste con la fórmula acogida por el instrumento europeo, que da preferencia a la seguridad jurídica sobre las consideraciones de derecho sustantivo¹⁹⁵, la doctrina de la DGRN prima la libertad de disposición a costa de menoscabar —y de qué manera!— la seguridad jurídica (excepto que por ésta entendamos la «certeza» que parece haberse instalado en nuestra jurisprudencia registral de que todo acto de última voluntad otorgado por una persona que tenga la nacionalidad de un país en cuyo Derecho impere el principio de la libertad de testar incorpora una profesión implícita en provecho de dicho ordenamiento).

¹⁸⁷ A. DUTTA, *loc. cit.* en nota 152, p. 1894, núm. 14.

¹⁸⁸ A. YBARRA BORES, «La sucesión...» *cit.* en nota 168, p. 476.

¹⁸⁹ *BOE*, 2017, p. 32426.

¹⁹⁰ Que el art. 26.1.d) RS no puede ser utilizado para estos fines resulta bastante evidente. El art. 26.1 RS no hace más que enumerar las cuestiones que se han de reputar incluidas dentro de la validez material de las disposiciones *mortis causa*, la cual, tratándose de un testamento no recíproco, está subordinada a la ley que designe el art. 24 RS [de ahí que S. SÁNCHEZ LORENZO («*Professio iuris* testamentaria. Prueba del Derecho extranjero», *AEDIPr*, XVII –2017–, p. 1308) observe que la DGRN «confunde el número del artículo»], que no es otra que la «ley sucesoria anticipada», a saber, la que «habría sido aplicable a la sucesión del causante si este hubiese fallecido en la fecha de la disposición», a menos que el disponente haya elegido como normativa aplicable a dicha validez «aquella que el artículo 22 le permite elegir» [art. 24.1 y 2 RS (A. BORRÁS *et al.* –ed.–, *op. cit.* en nota 18, p. 1024)]. Es por ello que el art. 26 no puede condicionar, por vía de interpretación testamentaria, el reconocimiento de una *professio* tácita, sino que, por el contrario, sería la acreditación de una elección implícita la que comportaría una nueva *lex hypothetici successionis* que tendría bajo su autoridad la interpretación de la disposición por causa de muerte (en este sentido, A. YBARRA BORES, «La sucesión...» *cit.* en nota 168, pp. 477-478).

¹⁹¹ FJ 4.7 (*BOE*, 2017, p. 32429).

¹⁹² Véase, *supra*, párrafos 25 y 26, y notas 141, 142, 143, 153 y 167.

¹⁹³ Parece más bien que la presuma, pero, como se ha insistido oportunamente, «[*u*]n choix tacite n'est pas un choix purement hypothétique ou présumé»; en particular, «l'établissement d'une disposition à cause de mort remplissant les conditions prévues par la loi nationale que le de cuius aurait pu choisir conformément à l'article 22 ne permet pas, à lui seul, de conclure à un choix tacite de cette loi» (A. BONOMI, «Article 22», en A. BONOMI/P. WAUTELET, *op. cit.* en nota 42, p. 348).

¹⁹⁴ Véase, *supra*, párrafo 20 y nota 113.

¹⁹⁵ Véase, *supra*, párrafo 15 *in fine*.

Estas disfunciones del sistema ideado por el Reglamento 650/2012 nos reafirman en la creencia, expresada en un artículo escrito –pensando en otras realidades jurídicas– a raíz de la Propuesta de 2009¹⁹⁶, de que una admisión precipitada de la *professio* tácita podía suponer una fuente potencial de problemas –el más grave de ellos, el quebranto de la seguridad jurídica¹⁹⁷–, como, por desgracia, la práctica extrajudicial española se está encargando de demostrar.

V. Consideraciones finales

29. Dado que la limitada libertad de designación de la *lex hereditatis*, llegada al DIPr europeo de la mano del Reglamento 650/2012, es una de las mayores novedades que, en los últimos tiempos, se ha introducido en la regulación conflictual de las sucesiones con elemento extranjero, es lógico preguntarse por el origen y la justificación de la figura. En tal sentido, parecería natural que esta modalidad de arbitrio privado resultara de la libertad de disposición existente en mayor o menor grado en todos los sistemas de derecho civil. Sin embargo, aun siendo ambas –libertad de testar y libertad de seleccionar la ley sucesoria– manifestaciones de la autonomía de la voluntad, cada una de ellas tiene características propias y, lo que es más importante para el objeto del presente trabajo, una no presupone ni condiciona la otra, como prueba el trato dispar que les dispensa el *common law*. La inclusión de la *professio iuris* en el Reglamento de sucesiones ha supuesto el espaldarazo definitivo para la consagración de la institución, la cual, con todo, en el instrumento comunitario, no parece estar orientada tanto a favorecer la libertad testamentaria del *de cuius* como a auspiciar una seguridad jurídica, que, no obstante, puede verse cuestionada, sobre todo en casos de elección tácita, como ha puesto de manifiesto la actual doctrina de la DGRN.

30. En su jurisprudencia reciente, el Centro Directivo ha tenido que resolver recursos atinentes a asuntos hereditarios, en los que los títulos sucesorios controvertidos han sido testamentos otorgados en España por disponentes extranjeros residentes en nuestro país respecto de los cuales se ha discutido si, en los mismos, el testador había llevado a cabo una profesión de ley implícita en favor del derecho del Estado cuya nacionalidad poseía. Con criterios dudosos y pobres argumentos, la DGRN adopta decisiones aparentemente contradictorias, en las que, en función del margen de libertad de disposición que tolera la normativa civil vigente en el país de la nacionalidad del causante, aprueba o desaprueba *profesiones iuris* tácitas que quizás nunca existieron. Por medio de este razonamiento y sin necesidad de recurrir a explicaciones adicionales, la Dirección General concede a la libertad testamentaria (material) el poder (conflictual) de determinar la ley aplicable a la sucesión. De este modo de proceder se deriva una clara perjudicada, la seguridad jurídica, noción que, en las Resoluciones de la DGRN, cobra un nuevo significado: la certidumbre de que, en la disposición *mortis causa* otorgada por una persona que ostente la nacionalidad de un Estado en donde rige como principio fundamental de su Derecho de sucesiones la libertad de testar, figura una apelación implícita a dicha legislación para que gobierne su herencia. Lo cual, así expuesto, sin el sustento de una construcción más elaborada, carece de todo rigor. De cara a futuras aplicaciones del Reglamento 650/2012 por parte de las autoridades españolas, el hecho de que algunas de nuestras primeras decisiones sobre el instrumento adolezcan de notables deficiencias técnicas no es un buen augurio.

¹⁹⁶ J. M. FONTANELLAS MORELL, *loc. cit.* en nota 92, pp. 140-143.

¹⁹⁷ En efecto, las divergencias de criterio entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a la hora de apreciar la existencia –o no– de una profesión tácita pueden arruinar uno de los grandes objetivos del Reglamento 650/2012, que no es otro que el de asegurar que, si el causante así lo pretende, la ley del Estado de su nacionalidad, en tanto que *lex successiois*, devenga un «*statuto legale permanente*» [A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «*Professio juris* e regolamento successorio europeo», en I. PRETELLI *et al.* (ed.), *Tui Memores. La dimension culturelle du droit international privé. Actes de la Journée en l'honneur de Tito Ballarino du 13 juin 2014 à Lausanne et Essais recueillis par ses amis et élèves*, Genève, Schulthess, 2017, p. 146].

EL ABANDONO DE LA GENTE DE MAR Y EL RECURSO AL ASEGURAMIENTO PRIVADO VÍA P&I: UNA VISIÓN DESDE ESPAÑA*

THE ABANDONMENT OF SEAFARERS AND THEIR PROTECTION THROUGH PRIVATE INSURANCE VIA P&I: A VISION FROM SPAIN

OLGA FOTINOPOULOU BASURKO**

*Prof. T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
UPV/EHU*

Código ORCID: 0000-0002-0395-9933

Recibido: 02.05.2018 / Aceptado: 18.05.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4382>

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto analizar la vía empleada en España para incorporar, al menos y de manera informal, las enmiendas hechas en el año 2014 al Convenio de Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT, y que tienen por objeto el establecimiento de un sistema de garantía financiera para los supuestos de abandono de la gente de mar, así como frente a las reclamaciones relacionadas con la muerte y discapacidad prolongada, hoy contenidas en la Directiva 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018. En particular, se realiza una reflexión acerca de si el sistema de protección privada vía P&I establecido se ajusta o no a los objetivos perseguidos en la norma internacional, así como se estudian los diversos problemas que, desde la perspectiva de nuestra legislación interna, pueden surgir a propósito de dicho sistema de protección privada.

Palabras clave: gente de mar, abandono, protección privada, P&I.

Abstract: In this article we analyze the path employed in Spain to implement, at least in an informally way, the amendments made in 2014 with respect to the Maritime Labor Convention, 2006, ILO, which aim to establish a financial guarantee system in seafarers' abandonment cases, as well as against claims related to death and prolonged disability of them, today contained in the Council Directive 2018/131, of January 23, 2018. Particularly, we reflect whether the established P&I private protection system conforms or not the objectives pursued in the international instrument, as well as the different difficulties that, from our internal legislation perspective, can arise from the said established private protection system.

Keywords: seafarers, abandonment, private insurance, P&I.

* Este trabajo es una versión corregida y ampliada del trabajo titulado "La Directiva 2018/131 y la garantía financiera frente a abandono y reclamaciones relacionadas con la muerte o discapacidad prolongada de la gente de mar: ¿qué impacto para España?", publicado en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 48, 2018, pp. 180-194.

** Esta contribución forma parte de mi participación en el proyecto europeo ERC-2013-AdG 340770- *Human Sea- The development of human activities at sea-What legal Framework? For a new maritime law* dirigido por el Prof. Patrick Chaumette (Universidad de Nantes), así como en el marco de los trabajos que se desarrollan dentro del Grupo de Investigación titulado: "Derecho transnacional del trabajo y transporte" (Ref. GIU15/04), financiado por la UPV/EHU, y en el marco del Proyecto de Investigación DER2017-83040-C4-1-R: "Hacia un nuevo modelo de Derecho transnacional del Trabajo", cuya IP -en ambos casos- es quien esto suscribe.

Sumario: I. Introducción. II. La Directiva (UE) 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018 y las enmiendas al CTM 2006 de la OIT del año 2014. III. El contenido de las enmiendas al CTM 2006, hechas en el año 2014 y de la Directiva (UE) 2018/131. 1. Garantía financiera frente al abandono de la gente de mar. 2. La obligación de incluir una previsión de garantía para los supuestos de reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte y discapacidad prolongada. IV. ¿Qué impacto tiene para España la adopción de las primeras enmiendas del CTM 2006 y ahora de la Directiva (UE) 2018/131?: La adopción de una mera directriz/circular instando a la contratación de un seguro privado vía P&I y emisión de un certificado de seguro como respuesta. V. El recurso al aseguramiento privado vía P&I a través de la “MLC Extension clause 2016” y los problemas que éste plantea. 1. Exclusiones y limitaciones incorporadas al Maritime Extension clause. 2. Maritime Extension clause e insolvencia del armador miembro del Grupo P&I. 3. ¿“Breach of contract” o el incumplimiento del contrato de trabajo como supuesto no protegible por las P&I? 4. ¿Hay acción directa para la gente de mar en los supuestos de salarios debidos a consecuencia del abandono de buques y de tripulaciones? VI. Problemas o dificultades procesales del recurso al aseguramiento privado de las P&I en los supuestos de reclamaciones salariales derivadas de abandono de la gente de mar. 1. El embargo preventivo de buques y las dificultades aplicativas en España con respecto a los créditos marítimos de los que sean acreedores la gente de mar. A) Créditos salariales de la dotación: ¿Y los restantes colectivos calificables como gente de mar de acuerdo con el CTM 2006? B) La prestación de una fianza del 15% en la LNM para poder proceder al embargo preventivo de buques y la necesidad de eliminarla en los casos de créditos marítimos laborales/sociales. C) Cuestiones de competencia judicial internacional y el CEPB 1999. D) Cuestiones de competencia judicial interna: la jurisdicción social ante el embargo preventivo de buques. 2. La retención del buque, la declaración administrativa de abandono en España y su discordancia con el abandono/extinción del contrato de trabajo a efectos laborales. 3. El concurso de acreedores y los supuestos de abandono. VII. Conclusión.

I. Introducción

1. Han transcurrido prácticamente trece años desde la fecha en la que se publicó la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques del año 2005¹, en cuyo artículo 6 ya se establecía la necesidad y/u obligación de que los Estados miembros aseguraran la creación de un sistema de garantía financiera en caso de abandono de la gente de mar². Como quiera que esta disposición finalmente no se incorporó a la Directiva 2009/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo³, lo anterior ha dado lugar a que -en la práctica- haya tenido que transcurrir más de una década en la adopción de una normativa *ad*

¹ Documento COM (2005) 593 final. Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques [Documento COM (2007) 674 final, de 24 de octubre de 2007] y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de conformidad con el art. 251.2, párrafo segundo TCE, relativa a la posición común adoptada por el Consejo para la aprobación de una Directiva sobre la responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques [Documento COM (2008) 846 final].

² En realidad, dicha propuesta se enmarcó en el tercer paquete de medidas (ERIK A III) adoptado en el seno de la UE como un paquete defensivo a los efectos de proteger Europa contra los riesgos de accidentes marítimos y contaminación propiciada, entre otros, por el hundimiento de los buques Erika (1999) y el más conocido para nosotros, del Prestige en el año 2002. En el conjunto de medidas propuestas destacaban en aquel momento tres propuestas de Directivas comunitarias con impacto sobre la gente de mar-marino: La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento [COM (2005) 586 final]; La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto [COM (2005) 588 final] y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad civil y las garantías financieras de los propietarios de buques [COM (2005) 593 final], a la que se ha hecho referencia supra.

³ DOUE n° 131, de 28 de mayo de 2009. Para un análisis del proceso de incorporación del CTM 2006 en la UE y en España por lo que respecta a la gente de mar, así como de las razones de la no inclusión del art. 6 de la propuesta de Directiva supra mencionada en el instrumento finalmente adoptado, me remito al trabajo magníficamente documentado de la profesora A. VICENTE PALACIO: “El Convenio OIT de Trabajo Marítimo (CTM 2006) avanza hacia su entrada en vigor. Últimas actuaciones de España y de la Unión Europea a favor de la protección del trabajo de la gente del mar”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Iustel) n° 20, 2009; texto éste como otros relacionados con esta misma temática que puede encontrarse en <https://sites.google.com/a/uji.es/embarcados/home/equipo-investigador/publicaciones-del-equipo-investigador/publicaciones-arantzazu-vicente-palacio>

hoc orientada a la protección de la gente de mar frente al abandono⁴, así como frente a las reclamaciones relacionadas con la muerte y discapacidad prolongada, hoy contenidas en la Directiva 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018⁵. Esta realidad tiene que ver con el largo proceso que se ha seguido por parte de los organismos internacionales con competencias en la materia en lograr un consenso general para incorporar dichas medidas en los textos internacionales, y señaladamente en el Convenio de Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT (en adelante CTM 2006)⁶. Y es que, como es bien sabido para todos aquellos que hemos seguido semejante proceso, esta cuestión ha sido objeto de un enorme desafío y objeto de muchos desvelos por parte, primero, de la Organización Marítima Internacional (OMI⁷) y luego, si se prefiere y para ser más exactos, de manera conjunta por el Grupo Mixto OMI-OIT⁸ para finalmente dejar en manos de la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) su regulación final hasta la fecha.

2. Como es fácilmente deducible, y como ocurre en la práctica totalidad de los casos en los que se hace referencia a la labor de las instituciones comunitarias con respecto a la gente de mar⁹, la norma, que ahora procederé a comentar, es resultado de una labor encomiable desarrollada desde instancias supranacionales y de las que las instituciones comunitarias son casi siempre deudoras¹⁰; todo ello sin perjuicio -obviamente- del impulso que éstas han venido realizando para que el CTM 2006 se incorporara al Derecho comunitario y fuera aplicable a todos los Estados miembros “sin distinción”¹¹; cuyo testigo lo han

⁴ Para quienes desconozcan qué sea el abandono de gente de mar y lo que ello supone para la gente de mar, entiendo preferible -en la medida en que una imagen vale más que mil palabras-, el visionado del siguiente video http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/multimedia/video/video-news-releases/WCMS_240740/lang--es/index.htm, que se refiere a la visita realizada a la tripulación del navío B Ladybug, anclado frente a la costa de Malta durante prácticamente un año tras la declaración de quiebra por parte del armador del buque, dejando así abandonado el buque y a su dotación. Asimismo, y ya con carácter general, recomiendo para quienes estén interesados/as en los derechos de la gente de mar y los instrumentos internacionales que les son de aplicación, la obra del Prof. A. CHARBONNEAU: *Marché international du travail maritime - Un cadre juridique en formation*, producto de su tesis doctoral leída en Nantes en el año 2008 y publicada en Presses Universitaires d'Aix-Marseille en el año 2009 y en particular, el capítulo 6 capítulo titulado “La régulation portuaire de l'abandon d'équipages”.

⁵ Por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) para modificar la Directiva 2009/13/CE de conformidad con las enmiendas de 2014 al Convenio sobre Trabajo Marítimo de 2006, aprobadas el 11 de junio de 2014 por la Conferencia Internacional de Trabajo [DOUE L22, de 26 de enero de 2018].

⁶ Con el fin de no reiterar cuestiones ya reproducidas en otros lugares, me remito al trabajo realizado hace ya algunos años a propuesta de Stella Maris italiano, sobre la evolución normativa del abandono de marinos en puertos extranjeros, y que puede consultarse en [http://www.siti.chiesacattolica.it/siti/allegati/1429/Articoli%20deossier%20navi%20abbandonate%20\(in%20lingua%20originale\).pdf](http://www.siti.chiesacattolica.it/siti/allegati/1429/Articoli%20deossier%20navi%20abbandonate%20(in%20lingua%20originale).pdf).

⁷ Vid a este respecto las resoluciones A930(22) y A931 (22) de la OMI del año 2001. Sobre el particular, P. CHAUMETTE: “Des résolutions A930(22) et A931(22) de 2001 de l'Assemblée de l'OMI aux réformes du droit français quant aux garanties de paiement des créances salariales”, *Annuaire de Droit Maritime et Océanique*, Vol. XXII, Universidad de Nantes, 2004, pp. 239-263. En esta obra, el Prof. Chaumette destaca de manera muy gráfica el impacto que el abandono tiene sobre la gente de mar, señalando expresamente que “*L'abandon des marins, par un armateur comateux ou disparu, laisse des travailleurs sans salaires, sans rapatriement, sans moyens de survie, plonge leurs familles Dans l'insécurité financière, dans des saisies immobilières, des contraintes par corps pouvant conduire à l'emprisonnement du marin rentrant endetté et les poches vides. Le marin impayé, abandonné, perd sa dignité; son absence prolongée entraîne des divorces*”, loc. cit. p. 239.

⁸ G. LIBRANDO: “Abandonment of seafarers –An example of co-operation- between two international organizations to solve a global problem”, *Il Diritto Marittimo* 2010-II, pp. 695-705.

⁹ Sobre el particular, O. FOTINOPOULOU BASURKO: “European social law of seafarers: between common market and substantive law” en P. CHAUMETTE (Ed.): *Seafarers: an International Labour Market in perspective*, Editorial Gomylex, Bilbao, 2016, pp. 393-41. La obra apenas citada puede consultarse en su conjunto en <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01469625/document>. Asimismo, una versión actualizada y en castellano de la obra supra mencionada, puede verse en O. FOTINOPOULOU BASURKO: “El Derecho social europeo y la gente de mar”, *Revista de derecho del transporte: Terrestre, marítimo, aéreo y multimodal* nº 17, 2016, pp. 127-149. También al respecto, C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO: El Convenio sobre el trabajo marítimo y el Derecho social comunitario, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 82, 2009, pp. 45-64.

¹⁰ Y digo con precisión “casi siempre”, dado que en honor a la verdad debemos celebrar la adopción de la Directiva 2015/1794, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015, por la que se modifican las Directivas 2008/94/CE, 2009/38/CE y 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, en lo que se refiere a la gente de mar [DOUE L263, de 8 de octubre de 2015], que no ha venido precedida -dada la temática que aborda- de ninguna norma supranacional al respecto.

¹¹ Se ha de señalar que hasta la fecha todos los Estados miembros de la UE han ratificado el CTM 2006, salvo Austria, Chequia y Eslovaquia. No obstante, y en este contexto, se ha de subrayar -en cuanto que « curioso »-, el que se señale sin sonrojo en la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores

recogido, por lo que a materia social se refiere, los protagonistas que representan tanto a los armadores como a la gente de mar del sector marítimo a escala europea; quienes han asumido la responsabilidad de incluir vía diálogo social sectorial las labores desarrolladas desde esas otras instancias. Esta Directiva que ahora tenemos entre manos, como digo, no es una excepción al panorama general que ahora mismo se acaba de describir y que responde, no podemos obviarlo, a que las cuestiones sociales de quienes prestan servicios a bordo de buques mercantes constituyen un factor de competitividad en un sector absolutamente globalizado al que las instituciones europeas ni desean, ni probablemente puedan sustraerse.

II. La Directiva (UE) 2018/131 del Consejo, de 23 de enero de 2018 y las enmiendas al CTM 2006 de la OIT del año 2014.

3. Para quienes conocen el proceso de incorporación del Convenio refundido sobre trabajo marítimo, 2006, de la OIT en el marco de la UE, la contextualización de la adopción de la Directiva 2018/131 les va a parecer, como mínimo, superflua, en tanto que consabida. No obstante, para aquellos y aquellas no familiarizados con ese instrumento jurídico internacional, lo cierto es que se precisa de unas breves notas introductorias para comprender el origen de esta norma. De este modo, y prescindiendo de otros antecedentes, lo primero que ha de señalarse es que el CTM 2006 se incorporó al Derecho de la UE mediante la Directiva 2009/13/CE del Consejo, por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF¹²) celebrado el 19 de mayo de 2008, con la finalidad de homogeneizar y, en su caso, elevar a escala europea la protección de la gente de mar en relación con determinadas cuestiones conectadas con sus condiciones de trabajo y protección social, tales como acuerdos de empleo, tiempo de trabajo, repatriación, promoción profesional, etc. En la medida en que el texto internacional del año 2006 sólo abordaba las cuestiones relacionadas con la responsabilidad civil y las indemnizaciones relacionadas con las reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte, lesiones corporales y abandono en puertos extranjeros de manera tangencial¹³, pronto se vio la necesidad de modificar dicho Convenio refundido ex art. XV, adoptando -a este fin- dos enmiendas destinadas a proteger a la gente de mar en caso de abandono y frente a las reclamaciones mencionadas¹⁴, tal y como se había venido debatiendo y discutiendo en el seno del Comité Tripartito especial, creado a propósito del CTM 2006 ya desde el mismo año de su adopción¹⁵.

de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) para modificar la Directiva 2009/13/CE del Consejo de conformidad con las enmiendas de 2014 al Convenio sobre el Trabajo Marítimo de 2006, aprobadas por la Conferencia Internacional del Trabajo el 11 de junio de 2014 [Documento (COM) 2017 406 final, de 27 de julio de 2017], el hecho de que mediante Decisión de la Comisión, de 29 de septiembre de 2016, se haya archivado el procedimiento de infracción por no comunicación nº 2014/0489 contra Austria por no estar obligada a transponer la Directiva 2009/13/CE -por motivos geográficos-, dado que y cito textual: “*se trata de un Estado miembro sin litoral que ya no dispone de un registro de buques ni tiene la intención de volver a introducirlo en el futuro próximo. Chequia y Eslovaquia son también países sin litoral y sin flota mercante que enarbore su pabellón*”. En este contexto, parece cuanto mínimo sorprendente el que la Comisión decida archivar dicho procedimiento, dado que una cosa es que el contenido de esa Directiva no tenga aplicación, ni aplicabilidad en dichos países por las circunstancias anotadas (aunque podría tenerla de manera potestativa y probablemente muy anecdótica en cuanto que Estado de residencia de las dotaciones) y otra muy distinta que, de acuerdo con el TFUE, todo Estado miembro de la UE esté obligado a transponer las Directivas a su derecho interno en los plazos requeridos para ello. Por su parte, se ha de señalar -además- que en estos momentos siguen abiertos 8 procedimientos de infracción por no comunicación de las medidas de transposición de la Directiva del año 2009 contra Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Polonia, Portugal, Eslovenia y Eslovaquia.

¹² Directiva 2009/13/CE del Consejo, de 16 de febrero de 2009, por la que se aplica el Acuerdo celebrado entre las Asociaciones de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación Europea de Trabajadores del Transporte (ETF) relativo al Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, y se modifica la Directiva 1999/63/CE (DO L 124 de 20 de mayo de 2009).

¹³ Vid. o. FOTINOPOULOU BASURKO: “El Convenio refundido sobre trabajo marítimo y el abandono de marinos en puertos extranjeros”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* nº 82, 2009, pp. 219-244. Con posterioridad, y para una descripción breve del mismo recorrido o evolución normativa, si bien con una extensión hasta la actualidad, vid. F. BERNAL Y F. PINIELLA: “A new international Law to protect abandoned seafarers: Amendments to MLC 2006” en A. WEINTRIT Y T. NEUMAN: *Safety of marine transport. Marine navigation and safety of sea transportation*, CRC Press, 2015, pp. 203-209.

¹⁴ Para un comentario sobre estas enmiendas, vid. A. CHARBONNEAU Y P. CHAUMETTE: “Premiers amendements à la Convention du travail maritime de l’OIT de 2006: Garanties financières en matière d’abandon des gens de mer et de responsabilité des armateurs en cas de décès ou de lésions corporelles”, *Droit social*, 2014, pp. 802 a 810.

¹⁵ En la reunión del Grupo Mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización, celebrada en

4. Y ello así, porque se ha de tener en cuenta que a pesar de las diversas iniciativas que a lo largo del tiempo se fueron planteando para la regulación de un fenómeno de enorme trascendencia desde la perspectiva de los derechos humanos de la gente de mar, existían dificultades enormes a la hora de coordinar aquéllas con otros textos internacionales de aplicación sobre la materia, tales como el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993¹⁶ o el Convenio internacional sobre embargo preventivo de buques de 1999¹⁷, que dieron como resultado el que el Convenio refundido no recogiera expresamente ninguna mención relativa al establecimiento de una garantía financiera para las cuestiones ahora abordadas y más en particular para los créditos salariales debidos a la gente de mar en casos de abandono¹⁸.

5. Pues bien, a resultas de este proceso¹⁹, en el año 2014, se adoptaron las dos primeras enmiendas al texto internacional²⁰, que establecen un sistema de garantía financiera obligatoria que deben suscribir los armadores para asistir a la gente de mar en caso de abandono, así como –a su vez– la inclusión de requisitos mínimos para asegurar que el sistema de garantía financiera proporcione una indemnización en caso de reclamaciones contractuales por muerte y discapacidad prolongada de la gente de mar como resultado de un accidente de trabajo, una enfermedad o un riesgo profesional. Las enmiendas propuestas fueron aprobadas en la Conferencia Internacional de Trabajo 103^a de la OIT en el

2009 [ILO-IMO-WGPS/9/2009/10, Informe final: Grupo Mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar, 9^a reunión] a raíz de una Resolución adoptada en la 94^a reunión (marítima) de la Conferencia Internacional del Trabajo en la que esta adoptó el MLC [Resolución relativa al Grupo Mixto especial de expertos OMI/OIT sobre responsabilidad e indemnización respecto de las reclamaciones por muerte, lesiones corporales y abandono de la gente de mar, Conferencia Internacional del Trabajo, Actas Provisionales n° 3-1 (Rev.) de la 94^a reunión (marítima), Ginebra, 2006, pp. 3-1/16. Véase: http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labourconvention/WCMS_088130/lang-es/index.htm], se determinó que dos cuestiones debían ser objeto de futuras enmiendas al Código: la responsabilidad de los armadores respecto de las indemnizaciones por reclamaciones por muerte y lesiones corporales y la responsabilidad respecto del abandono de la gente de mar. Ambas fueron consideradas también cuestiones urgentes que debían ser examinadas en su primera reunión por el Comité preparatorio establecido en 2010 por el Consejo de Administración de la OIT.

¹⁶ BOE n° 99, de 23 de abril de 2004.

¹⁷ Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 (BOE n° 104, de 2 de mayo de 2011). Sobre los problemas de esta regulación, vid. J.M. ALCÁNTARA GONZÁLEZ: “El nuevo régimen jurídico del embargo preventivo de buques. Los secretos del Convenio de Ginebra de 1999”, *Diario La Ley* de 4 de junio de 2013, www.laley.es Ref. 2931/2013. http://www.dikeos.com/index_htm_files/LA%20LEY%208097%2004062013.pdf

¹⁸ La única alusión contenida sobre esta materia –no vinculante– se encontraba hasta la fecha en la pauta B.2.2.2 relativa a los salarios, donde se dispone, por lo que se refiere a los supuestos de insolvencia del empresario, que en la medida en que las sumas exigibles por la gente de mar respecto de sus salarios y de otras cuantías que se le adeuden en relación con su empleo no estén garantizadas con arreglo a las disposiciones del Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, 1993; dichas sumas deberían quedar garantizadas con arreglo a las disposiciones del Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173) de la Organización Internacional del Trabajo.

¹⁹ En octubre de 2013, el grupo de representantes de los armadores y el grupo de representantes de la gente de mar presentaron conjuntamente ante el Comité dos juegos de propuestas de enmienda al Código del MLC relacionadas con dichas cuestiones, de conformidad con el artículo XV, apartado 2, del MLC [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/genericdocument/wcms_229695.pdf]. Con arreglo al procedimiento simplificado de modificación del Código del MLC contemplado en el artículo XV, apartado 3, en octubre de 2013 el Director General de la OIT comunicó a todos los Miembros de la Organización las propuestas de enmienda, invitándoles a enviar sus observaciones o sugerencias [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/genericdocument/wcms_229694.pdf]. En diciembre de 2013, las propuestas de enmienda también se enviaron a la Unión Europea [La invitación para asistir al Comité incluía una referencia a la página web http://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_228789/lang-es/index.htm, que se actualizó en noviembre de 2013]

²⁰ Si bien, hay que tomar en consideración que en el año 2015 se presentaron enmiendas al CTM 2006 en relación con el establecimiento de un sistema de garantía financiera para la protección de la gente de mar en casos de piratería y robo a mano armada que serán debatidas y discutidas en abril de 2017 en Ginebra. Para una mejor comprensión de esta propuesta, vid. P. CHAUMETTE: “Piraterie et Proposition d’Amendements 2017 de la Convention MLC 2006 de l’OIT”, *Neptunus e-revue* vol. 23, n° 2, 2017 (www.cdmo.univ-nantes.es). Por su parte, en el año 2016 se presentaron nuevas enmiendas en la 105^a CIT, de menor calado si se quiere, en la medida en que se reforman la Pauta B4.3.1 relativa a las disposiciones sobre accidentes de trabajo y lesiones y enfermedades profesionales, y la Pauta B4.3.6 – Investigaciones, con la finalidad de que se incorpore al texto internacional la referencia a la *Guidance on eliminating shipboard harassment and bullying* (Directrices sobre la eliminación del acoso y la intimidación a bordo de los buques), publicado conjuntamente por la International Chamber of Shipping y la Federación Internacional de Trabajadores del Transporte. Vid. http://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/105/texts-adopted/WCMS_533604/lang-es/index.htm

año 2014, entrando en vigor el 18 de enero del año 2017 para todos los países que hubieran ratificado el CTM 2006 y hubieran declarado su aceptación de acuerdo con lo estipulado en el art. XV, apartado 8.a) CTM 2006²¹. A resultas de esta realidad, el Consejo adoptó la Decisión 2014/346/UE²² sobre la posición que debía adoptarse en nombre de la UE en la 103ª reunión de la CIT, que no era otra, al igual que ya lo hubiera hecho previamente con respecto al CTM 2006 en su conjunto²³, que la de apoyar la aprobación de las enmiendas a este texto internacional.

6. Como testigos y protagonistas también y a partes iguales de este proceso, los interlocutores sociales del sector del transporte marítimo europeo: la ECSA y la ETF, resolvieron el día 5 de diciembre de 2016, modificar el Acuerdo contemplado en la Directiva 2009/13/CE, para adaptarlo a las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, incorporando al mismo el contenido de todas las disposiciones obligatorias contenidas en las citadas enmiendas. Poco después, la representación armatorial y sindical a escala europea solicitaron a la Comisión que implementara su acuerdo mediante una propuesta de Decisión del Consejo, sobre la base de lo dispuesto en el art. 155.2 del TFUE. Dicha propuesta, al igual que la Directiva finalmente adoptada, también tiene por objeto garantizar la ejecución efectiva en toda la Unión de las enmiendas obligatorias al CTM introducidas por la OIT en 2014, mediante la aplicación de la Directiva de garantía de cumplimiento de determinadas responsabilidades del Estado del pabellón (Directiva 2013/54/UE²⁴). Dicha Directiva establece normas para garantizar que los Estados miembros: a) cumplan efectivamente sus obligaciones como Estados del pabellón en lo que se refiere a la aplicación de las partes pertinentes del CTM de 2006 (esto es, aquellas partes cuyo contenido se considere que corresponde a las disposiciones del anexo de la Directiva 2009/13/CE); y b) establezcan regímenes específicos para supervisar el cumplimiento y los procedimientos de tramitación de quejas a bordo y en tierra. De este modo, se ha señalado que las medidas de supervisión de la Directiva 2013/54/UE se aplicarán también a las enmiendas al CTM de 2014, sin necesidad de modificar expresamente este último texto²⁵.

III. El contenido de las enmiendas al CTM 2006, hechas en el año 2014 y de la Directiva (UE) 2018/131.

7. Llegados a este punto y teniendo en cuenta que el objetivo de estas páginas no es otro que el de dar cuenta del contenido de la Directiva adoptada en el año 2018 y su alcance en España en lo que se refiere fundamentalmente a los créditos salariales derivados del abandono de buques, tal y como se desarrollará después, es el momento de abordar el contenido de las enmiendas adoptadas en el seno de la

²¹ Estas enmiendas entraron en vigor el 18 de enero de 2017 para dieciocho Estados miembros. Se espera que las enmiendas entren en vigor en los Países Bajos a partir del 1 de enero de 2018, cuando hayan remitido la notificación expresa de su aceptación (art. XV, apartado 8.a) CTM 2006). Italia y Lituania aplazaron la entrada en vigor de las enmiendas hasta el 18 de enero de 2018. Por lo que respecta a los cuatro Estados miembros que ratificaron el CTM después de que se aprobaran las enmiendas, Eslovenia ya las ha aceptado entrando en vigor el 3 de agosto de 2017. Sin embargo, Rumanía, Estonia y Portugal (para los que el CTM 2006 entró en vigor el 24-11-2016; 5-05-2017 y 12-05-2017) aún no han presentado una declaración formal de aceptación, que se espera para los próximos meses. Vid. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11301:0::NO::P11301_INSTRUMENT_AMENDMENT_ID:3256971

²² Decisión 2014/346/UE del Consejo, de 26 de mayo de 2014, sobre la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en la 103.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en relación con las enmiendas al Código del Convenio sobre el trabajo marítimo (DO L 172 de 12 de junio de 2014).

²³ Propuesta de Decisión del Consejo presentada por la Comisión de 15 de junio de 2006 por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio refundido de 2006 sobre el trabajo marítimo de la OIT [COM (2006) 0288 final. C6-0241/20062006/0103 (CNS)]. Decisión 2007/431/CE del Consejo, de 7 de junio de 2007, por la que se autoriza a los Estados miembros a ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006, de la Organización Internacional del Trabajo (DOUE L161, de 22 de junio de 2007).

²⁴ Directiva 2013/54/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, sobre determinadas responsabilidades del Estado del pabellón en materia de cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el trabajo marítimo, de 2006 (DO L 329 de 10 de diciembre de 2013).

²⁵ Lo que previsiblemente llevará a una reforma del Real Decreto 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la Organización Internacional del Trabajo, en buques españoles (BOE nº 111, de 9 de mayo).

OIT y por deriva de aquéllas, su inclusión en la Directiva objeto de comentario. De este modo, la primera cuestión que debe señalarse, tal y como hemos afirmado con anterioridad, es que la Directiva del año 2018, que a su vez reforma la del año 2009 incorpora al Acuerdo anejo a ambas Directivas la obligación de que los Estados del pabellón establezcan un sistema de garantía financiera en caso de abandono de la gente de mar, que viene a modificar la Norma A2.5 en materia de repatriación del CTM 2006, así como también la inclusión de una previsión de garantía para los supuestos de reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte y discapacidad prolongada que modifica la Norma A4.2 sobre “Responsabilidad del Armador” del mismo texto internacional.

1. Garantía financiera frente al abandono de la gente de mar.

8. Pues bien, por lo que respecta a la primera enmienda, ésta introduce en el texto del CTM 2006 y en el Acuerdo de los interlocutores sociales europeos la Norma A2.5.2 sobre “Garantía financiera”, donde se establecen los requisitos necesarios para garantizar la constitución de un sistema de garantía financiera rápido y eficaz para asistir a la gente de mar en casos de abandono. Esta disposición recoge una definición de qué haya de considerarse abandono, determinando que se deberá considerar que un marino ha sido abandonado cuando, en violación de los requisitos del presente Convenio o de las condiciones del acuerdo de empleo de la gente de mar, el armador: a) no sufrague el costo de la repatriación de la gente de mar; b) haya dejado a la gente de mar sin la manutención y el apoyo necesarios, o c) de algún modo haya roto unilateralmente sus vínculos con la gente de mar e incluso no haya pagado los salarios contractuales como mínimo durante un período de dos meses. De acuerdo con la noción allí contenida el supuesto de abandono sigue basándose –como no podría ser de otra manera- en un incumplimiento contractual (violación del Convenio y de las condiciones de trabajo contenidas en el acuerdo de empleo con la gente de mar), si bien incluye en relación con el impago de los salarios un plazo para iniciar los procedimientos administrativos de reclamación que es algo inferior al que se contiene en nuestra legislación nacional, así como al que ha venido empleando la ITF como referencia a los mismos efectos (3 meses)²⁶; cuestión ésta sobre la que volveremos más adelante.

9. Por su parte, el sistema de garantía financiera al que se refiere la OIT y que cada Estado del pabellón del buque deberá exigir que se constituya comprende tanto un régimen de seguridad social o un fondo nacional y otro sistema similar, de carácter público, aunque también alternativamente, se puede recurrir a un sistema privado en forma de seguro que proporcione asistencia suficiente para cubrir, entre otros²⁷, los salarios y otras prestaciones pendientes que el armador ha de pagar a la gente de mar en virtud del acuerdo de empleo, del convenio colectivo pertinente o de la legislación nacional del Estado del pabellón, siendo la suma adeudada no superior a cuatro meses de salarios pendientes y a cuatro meses en el caso de las demás prestaciones pendientes. En cualquier caso, el mecanismo que se establece se basa en que el asegurador o el proveedor del sistema de garantía financiera que haya efectuado algún pago a la gente de mar adquirirá por subrogación, cesión o por otros medios, por monto equivalente como máximo a la suma pagada, los derechos de que hubiera gozado la gente de mar. Asimismo, se prevé que los buques deberán contar con certificados u otros documentos que establezcan la existencia de una garantía financiera para proteger a los marinos que trabajan a bordo, que deberán exhibirse en igual medida que el resto de documentación que exige este Convenio internacional.

²⁶ Por lo que atiene a los plazos que emplea la ITF, son coincidentes con nuestra actual legislación interna, dado que la ITF considera abandono, entre otros supuestos, cuando hay un impago de salarios por lo menos durante 3 meses. Así lo expresa el inspector de la ITF en Bilbao, el Sr. M. ARRACHEDI: “Los casos Capella, Nordland y Meugang I” en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.): *Derechos del hombre y trabajo marítimo: los marinos abandonados, el bienestar y la repatriación de los trabajadores del mar*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009, p. 71.

²⁷ b) todos los gastos en que haya incurrido razonablemente la gente de mar, incluido el costo de la repatriación mencionado en el párrafo 10; c) las necesidades esenciales de la gente de mar incluyen: alimentación adecuada, ropa, de ser necesario, alojamiento, abastecimiento de agua potable, el combustible imprescindible para la supervivencia a bordo del buque, la atención médica necesaria y cualquier otro costo o gasto razonable que se derive del acto o la omisión constitutivos del abandono hasta la llegada de la gente de mar a su hogar.

2. La obligación de incluir una previsión de garantía para los supuestos de reclamaciones de la gente de mar en caso de muerte y discapacidad prolongada.

10. La segunda de las enmiendas realizadas al CTM 2006 afecta al contenido de lo dispuesto en la Norma A4.2 sobre Responsabilidad del armador, donde se señala que las legislaciones nacionales deberán prever un sistema de garantía financiera destinado a asegurar el pago de una indemnización en caso de muerte o discapacidad prolongada de la gente de mar como resultado de un accidente del trabajo, una enfermedad o un riesgo profesionales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional, en el acuerdo de empleo o en un convenio colectivo de la gente de mar resultante de las reclamaciones contractuales derivadas de estos supuestos. El sistema de garantía financiera que se ha de exigir y que podrá ser, de acuerdo con las normas de aplicación, un régimen de seguridad social, un seguro o un fondo u otro régimen similar, se deberá concretar por cada Estado parte-miembro, ya que son éstos los encargados de determinar la modalidad del sistema, previa consulta con las organizaciones de armadores y de la gente de mar interesadas. Asimismo, los Estados deberán velar porque existan disposiciones eficaces para la recepción, tramitación y resolución imparcial de las reclamaciones contractuales relacionadas con las indemnizaciones previstas en estos casos.

11. Junto con estas previsiones centrales, las normas adoptadas añaden que el sistema que se adopte deberá cumplir con unos requisitos mínimos, tales como que: a) la indemnización contractual, cuando está prevista en el acuerdo de empleo de la gente de mar y sin perjuicio de lo dispuesto en la letra c) del presente párrafo, se deberá pagar en su totalidad y sin demora; b) no deberán ejercerse presiones para la aceptación de un pago inferior al importe contractual; c) cuando las características de la discapacidad prolongada de un marino dificulten evaluar la indemnización total a la que puede tener derecho, se deberán efectuar un pago o varios pagos provisionales para evitar que se encuentre en una situación de precariedad indebida; d) de conformidad con la regla 4.2, párrafo 2, la gente de mar deberá recibir el pago sin perjuicio de otros derechos legales, pero el armador podrá deducir dicho pago de cualquier otra indemnización resultante de cualquier otra reclamación presentada por la gente de mar contra el armador y relacionada con mismo incidente, y e) toda reclamación contractual de indemnización podrá presentarla directamente la gente de mar interesada, o su pariente más cercano, un representante de la gente de mar o un beneficiario designado.

12. A su vez, se establece -entre otras cuestiones- que las normas nacionales velarán porque se notifique con antelación a la gente de mar que se va a anular o rescindir la garantía financiera del armador, así como que esta circunstancia se notifique a la autoridad competente del Estado del pabellón. Por su parte, se exige que todo estado miembro obligue a los buques que enarboles su pabellón el que lleven a bordo un certificado u otras pruebas documentales de la garantía financiera expedido por el proveedor de dicha garantía, que deberá exponerse o publicarse (en el caso de que haya varios proveedores, las copias necesarias) en el buque y en lugar visible. Finalmente, y me parece oportuno subrayar el que la norma exige que la garantía financiera no debería finalizar antes del final de su período de validez a menos que el proveedor lo haya notificado con, al menos, 30 días de antelación y que esta garantía deberá prever el pago de todas las reclamaciones contractuales cubiertas durante el período de validez del documento, lo que a sensu contrario permite que en algunos momentos la gente de mar quede sin dicha cobertura, a menos que la legislación nacional prevea en su derecho interno la necesidad de cobertura aseguradora en todo momento y, en caso contrario, alguna medida disuasoria.

IV. ¿Qué impacto tiene para España la adopción de las primeras enmiendas del CTM 2006 y ahora de la Directiva (UE) 2018/131?: La adopción de una mera directriz/circular instando a la contratación de un seguro privado vía P&I y emisión de un certificado de seguro como respuesta.

13. Desgraciadamente, y como viene siendo habitual en España, la adopción del CTM 2006 primero y de las enmiendas a este texto internacional en el año 2014 después (en vigor desde el 18 de

enero del 2017²⁸) no han condicionado en modo alguno la labor del legislador, ni tampoco del gobierno, dado que prácticamente y a excepción hecha de alguna mención en la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (LNM²⁹) pendiente de desarrollo reglamentario en alguno de los puntos relativos a cuestiones sociales y de la adopción del RD 357/2015, de 8 de mayo, sobre cumplimiento y control de la aplicación del Convenio sobre el Trabajo Marítimo, 2006, de la OIT, en buques españoles³⁰, no podemos mencionar actividad normativa -legal y/o reglamentaria- alguna dirigida a adoptar, siquiera de manera asistemática, nuestra regulación interna concerniente a la gente de mar derivada de la ratificación temprana del CTM 2006 por parte de España. Teniendo en cuenta que ésta es la realidad con la que nos encontramos en nuestro país tras prácticamente 5 años de vigencia del instrumento internacional, lo cierto es que nada augura o hace pensar que modificación alguna se vaya a producir en un futuro próximo por el hecho de que se haya adoptado la Directiva 2018/131 en enero de este mismo año. De hecho, no nos consta que exista propuesta alguna en tal sentido. Lo anterior no significa que cercanos a expirar o expirado el tiempo para la transposición de la Directiva del año 2018 previsto para el 16 de febrero de 2020, no veamos algún tipo de intervención normativa o reguladora en general para avalar lo que en la práctica ya se está realizando, tal y como ha ocurrido en otras ocasiones.

14. En efecto, lo habitual hasta la fecha en España, ha sido la de adoptar medidas y/decisiones que, en alguna ocasión he calificado de extralegales (o incluso contra legem³¹) por lo que, si se prefiere, nos encontramos ante una situación de anomia, debida fundamentalmente a la actuación del Gobierno, ya sea en relación con un cierto bloqueo con respecto al papel y funciones asignadas al Parlamento³², ya sea por la dejación que ha venido realizando en cuanto al uso de su potestad reglamentaria constitucionalmente reconocida. De este modo, en España nos encontramos, por lo que a esta temática se refiere, ante una labor relativamente opaca y desarrollada de facto por los organismos competentes en la materia, a cuya cabeza cabe situar al Ministerio de Fomento y dentro de éste, a la Dirección General de la Marina Mercante³³ con el inestimable apoyo de ANAVE (Asociación española de Navieros españoles), que de manera deliberada o no, han venido adoptando una especie de circulares-resoluciones-directrices, sin valor normativo alguno³⁴, que son los que hoy por hoy debemos tener en cuenta para

²⁸ Si bien las enmiendas se publicaron en el BOE nº 76, de 30 de marzo de 2017.

²⁹ BOE 25 julio 2014

³⁰ BOE nº 111, de 9 de mayo.

³¹ Me refiero concretamente a la labor realizada en torno a la certificación de las manning agencies en España, donde sin rubor alguno se ha empleado el RD 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación para certificar a todas estas agencias marítimas. Esta situación origina algo más que cierta incertidumbre, no en vano el citado RD tiene por objeto adaptarse a lo dispuesto en el Convenio nº 181 OIT sobre agencias de colocación, si bien éste último no puede aplicarse a la contratación de trabajadores en el sector marítimo ex art. 2.2 del Convenio nº 181, que expresamente señala que el mismo “no se aplica al reclutamiento y colocación de la gente de mar”. Y esta exclusión parece lógica en el contexto de la normativa internacional dictada por la OIT, ya que para esta tipología de supuestos existen textos normativos específicos, tales como el Convenio nº 179 OIT, hoy sustituido por el CTM 2006, que a su vez exige que exista un aseguramiento a la gente de mar para los supuestos de muerte, incapacidad y repatriación, que por otra parte sí se contempla en el art. 164.2 de la LNM 2014. La consecuencia de todo ello no es otra que considerar que las certificaciones emitidas no se ajustan a derecho y que, por tanto, su actuación recae bajo el supuesto de cesión ilegal de trabajadores contenido en el art. 43 ET y que, como se sabe, establece -entre otras- la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario en el tráfico de mano de obra.

³² Vid. al respecto la sentencia del TC de 17 de abril de 2018. Vid. sentencia en http://estaticos.elmundo.es/documentos/2018/04/17/sentencia_Constitucional.pdf

³³ Por ejemplo, éste es el caso de la solución dada al incumplimiento manifiesto en el que España ha venido incurriendo desde el año 1971, cuando ratifica el Convenio nº 69 sobre el certificado de aptitud de cocineros de buque, de 1946, que como sabemos fue denunciado por la entrada en vigor del CTM 2006. En este caso, se procedió a certificar la aptitud de los marinos cocineros a través de una resolución de 20 de mayo de 2013 de la Dirección General de la Marina Mercante, cuyo contenido puede consultarse en: <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/EFA0BC94-C07A-4BA6-9AFA-D29541C2931D/121720/RESOLUCIONDECOCINEROS10062013.pdf>

³⁴ Se ha de señalar que este tipo de documentos se han elaborado sobre la base de lo dispuesto en el RD 452/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Fomento y se modifica el Real Decreto 1887/2011, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales (BOE nº 56, de 6 de marzo de 2012) y en particular sobre lo dispuesto en el art. 8 del citado texto, que en su apartado f) señala que es competencia de la DGMM “la elaboración y propuesta de la regulación sectorial, en especial la derivada de normas europeas o de organizaciones internacionales, el asesoramiento jurídico interno y la tramitación de expedientes sancionadores. La coordinación de la actividad internacional de la Dirección General de la Marina Mercante, especialmente en lo relacionado con la

conocer exactamente el alcance de las modificaciones -escasas- operadas a nivel interno con respecto al CTM 2006.

15. Pues bien, en este contexto debemos tomar en consideración que, a fecha de 9 de diciembre de 2016, el Ministerio de Fomento emitió un oficio dirigido a ANAVE, de acuerdo con el cual se instaba a todas las empresas asociadas a contratar un seguro privado con una P&I (Clubes de Protección e indemnización³⁵) con la finalidad de cubrir las garantías financieras a las que se refieren las enmiendas del CTM 2006, hoy incorporadas en la Directiva 2018/131. A su vez se instaba a que todos los buques matriculados en España que contaran con dicha cobertura y hubieran recibido el certificado de Seguro emitido por las P&I correspondientes, las enviaran con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de las enmiendas al coordinador nacional del Convenio de Trabajo Marítimo en España, a fin de comprobar que se cumplen los requerimientos contemplados en las enmiendas al CTM 2006 hechas en 2014. En concreto, se requería que los certificados expedidos por los miembros del Grupo Internacional de P&I se expidieran con arreglo al Anexo A2-I e incluyeran toda la información allí recogida, así como que se dejara constancia de que esa garantía contratada cubra todos los requisitos que establece la norma A2.5.2 con respecto a las Regla 2.5 sobre repatriación. Igual exigencia se estableció con respecto a la regla 4.2 Responsabilidad del Armador y la Norma A4.2.1.

16. Como es visible, por tanto, en España -tal y como cabía esperar- a la luz de nuestra propia tradición interna, se ha optado -insisto que sin intervención normativa alguna- por la introducción de un sistema de garantía exclusivamente privado frente a todas las situaciones incluidas en las enmiendas del año 2014 y aún no reguladas en nuestro Derecho interno. Me refiero, en concreto, al caso del abandono y de las reclamaciones salariales derivadas del mismo. Y es que como digo, en España ya existía una cierta tradición sobre el particular, fundamentalmente por lo que se refiere a la gente de mar embarcada en buques de pabellón extranjero³⁶, dado que el art. 164 de la LNM³⁷ incorporó una previsión muy importante con respecto a las exigencia de que los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros suscriban un seguro mercantil que otorgue indemnizaciones en cuantía similar a las establecidas en el régimen de la Seguridad Social española en los casos de muerte, incapacidad por accidente y repatriación, si bien ninguna previsión similar se ha adoptado con respecto a las garantías salariales derivadas del abandono. Ha de decirse, sin embargo, que la situación resultante hasta la fecha es contraria a algunas opiniones muy autorizadas vertidas por nuestra mejor doctrina, que han venido defendiendo la necesidad de incluir el riesgo de abandono de la gente de mar como una contingencia profesional protegida de seguridad social³⁸; algo que *a priori* resultaba difícil, dado que el RETMAR (Ley 47/2015, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras en el sector marítimo-pesquero), recientemente reformado

Unión Europea y la Organización Marítima Internacional". Pues bien, hay que diferenciar entre la elaboración y propuesta de una normativa de adaptación de nuestra regulación interna en cuestiones marítimas con respecto a la regulación comunitaria e internacional y, otra muy distinta, la de regular directamente diversas cuestiones que vienen reguladas en normas reglamentarias y/o legales, como es el caso de las normas socio-laborales en toda su extensión.

³⁵ Existe una amplia literatura sobre las P&I, como, por ejemplo, el trabajo de M^aC HILL PRADOS: *Los Clubs de Protección e Indemnización en el Campo del Seguro Marítimo*, J.M. BOSCH, 1992. También, más recientemente -entre otros muchos- P.F. CARBALLO-CALERO y F.TORRES PÉREZ: "P&I Clubs: Organización interna y posición jurídica de los socios", EN M.R. QUINTÁNS-EIRAS; A. DÍAZ DE LA ROSA y J.L GARCÍA-PITA Y LASTRES: *Estudios de Derecho Marítimo*, editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 997-1014.

³⁶ Me remito a este respecto al trabajo del Prof. X.M CARRIL VÁZQUEZ: *La seguridad social de los trabajadores del mar*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 210 y ss,

³⁷ BOE 25 julio 2014

³⁸ Tal y como sostiene -y yo comparto- el Prof. X.M. CARRIL VÁZQUEZ: "El régimen jurídico español de la protección social de los trabajadores del mar en casos de abandono" en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.): *Derechos del hombre y trabajo marítimo: los marinos abandonados, el bienestar y la repatriación de los trabajadores del mar*, Servicio de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2009, pp. 217-229. Y también a mayor abundamiento y del mismo autor: "¿Qué papel tienen los seguros privados, incluidos los concertados a través de intermediarios, en la protección social de la gente de mar?" en M.R. QUINTÁNS-EIRAS (Dir.): *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, Aranzadi editorial, Cizur menor, 2013, pp. 499-517.

guarda, de manera muy sorprendente, absoluto silencio tanto por lo que se refiere a esta cuestión, como por lo que se refiere a una mención general sobre el CTM 2006³⁹.

17. Sin perjuicio de lo apenas anotado, esto es, el desinterés existente en España para adaptar nuestra regulación interna al CTM 2006, que quizás cabría motivar en el hecho de que la flota mercante española es cada vez más reducida y donde la mayor parte de la gente de mar es contratada para prestar servicios en buques de pabellón extranjero mediante intermediaria; lo cierto es que convendría con respecto al contenido de las enmiendas tener en cuenta que se deben diferenciar dos aspectos. En primer lugar, que la aplicación de la normativa española podría intervenir no sólo con respecto a los supuestos de abandono de tripulaciones españolas que prestan servicios en buques de pabellón español y empresario marítimo español, sino que también podría eventualmente aplicarse en los supuestos de abandono de marinos extranjeros en España, y también en relación con los marinos españoles contratados mediante intermediaria para prestar servicios para empresarios marítimos extranjeros en buques de pabellón no español, de acuerdo a la mención que -en estos últimos casos- realiza el art. 164.2 LNM que atribuye responsabilidad solidaria a los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales o residentes para prestar servicios en buques extranjeros. Por su parte, y ya en segundo lugar, deben diferenciarse los aspectos de protección social ligados al fenómeno del abandono⁴⁰, como es el caso de la repatriación, de los aspectos estrictamente salariales y, en particular, con respecto al establecimiento futuro de un sistema de garantía salarial derivado de un abandono de buques y tripulaciones causados, por ejemplo, por insolvencia del empresario marítimo. Y ello así, porque mientras que para el caso de la repatriación, ya contamos con una determinada regulación⁴¹; no ocurre lo mismo con respecto a la protección salarial⁴², donde -se insiste-la protección privada es una realidad fáctica a la espera -si se produce- de que nuestras autoridades decidan regular esta materia en alguna norma específica.

18. De acuerdo, por lo tanto, a las diferencias anotadas, conviene señalar que, a partir de este momento, la intención de la suscribiente es la de abordar en particular la problemática que surge a propósito del aseguramiento privado frente a los créditos salariales derivados del abandono que, en España, insisto se ha realizado vía cobertura P&I. En otras palabras, el objeto de mi intervención se va a reducir a este aspecto concreto, aunque sumamente complejo, dejando de lado las cuestiones relativas a la

³⁹ Sobre el particular, O. FOTINOPOULOU BASURKO: Una exclusión relevante del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº. Extra 4, 2016

⁴⁰ Sobre este particular, vid. X.M CARRIL VÁZQUEZ: "What role private insurances can play in the social protection of sea workers?" en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir): *New trends in Maritime Law*, editorial aranzadi, 2017, pp. 189 y ss.

⁴¹ Por ejemplo, vid. art. 40 RETMAR; norma en la que se establecen los servicios asistenciales para la repatriación del marino en caso de abandono, y donde se establece a favor de los beneficiarios establecidos en el art. 38 de la misma norma, por un lado, la asistencia en el extranjero para el sostenimiento y la repatriación de personas trabajadoras del mar en caso de abandono, apresamiento, naufragio o hecho análogo, amén de determinar que si el marino está enfermo o lesionado y debe ser evacuado, será el ISM -Instituto social de la marina- el que ofrezca sus servicios asistenciales. En otras palabras, en el caso de que el armador no cumpla con sus obligaciones de repatriación ante los supuestos que contemplan las enmiendas del CTM 2006 de la OIT, se establecen garantías asistenciales por ley a las personas que desarrollen su actividad en el sector marítimo-pesquero, estando encuadradas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, así como aquellas que no estando encuadradas en dicho Régimen Especial pretendan desarrollar una actividad laboral en el sector marítimo-pesquero. A estos efectos, me remito a los trabajos de A. VICENTE PALACIO: "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 y las obligaciones de los armadores en el ámbito de la Seguridad Social", en AA.VV (Dir. C. SÁNCHEZ-RODAS): *La coordinación de los sistemas de Seguridad Social. Los reglamentos 883/2004 y 987/2009*, Murcia (Laborum), 2010, así como a su trabajo más reciente titulado "Control by the port state and flag state, and amendments to the MLC 2006 to protect workers in cases of abandonment", en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir): *New trends in Maritime Law*, editorial aranzadi, 2017, pp. 205 y ss.

⁴² Me parece oportuno subrayar -al hilo de las reflexiones supra realizadas- la inclusión en la LNM 2014 del denominado "privilegio sobre la flota" regulado en el art. 123.1 LNM, que viene a reconocer un privilegio sobre la flota a favor de los titulares de créditos laborales, cuando no sea posible determinar el buque a bordo del cual ha nacido el privilegio relativo a los sueldos y otras cantidades debidas al capitán y demás miembros de la dotación del buque derivados de su contrato de embarque, que vendría a complementar lo dispuesto en el Convenio internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval de 1993.

repatriación o protección de la gente de mar en los supuestos de muerte y/o discapacidad prolongada, que a lo sumo referiré de manera tangencial. En este contexto, y a grandes rasgos, se ha de señalar que con independencia de que el establecimiento de un sistema de garantía financiera frente a los créditos salariales derivados del supuesto de abandono se canalice por la vía del aseguramiento privado, varias son las cuestiones que deben ser objeto de debate y que circundan, por una parte, las dificultades de interacción entre normas nacionales con origen en normas comunitarias entre sí, y entre éstas y las normas internacionales que sean de aplicación, señaladamente el Convenio sobre embargo preventivo de buques y que se concretan, por ejemplo, en la eventual y posible intervención de la institución de garantía salarial española, esto es, el FOGASA, que puede resultar competente para el pago de los mismos en caso de insolvencia del empresario marítimo por la vía de la aplicación de la Directiva 2008/94/CE (modificada por la Directiva 2015/1794) y su papel con respecto a un eventual conflicto que pueda surgir con respecto al aseguramiento privado P&I. Por su parte, y en segundo lugar, también cabe referirse a las dificultades interpretativas que pueden surgir a propósito de la Directiva sobre protección de los trabajadores en supuestos de insolvencia de su empleador con respecto a las discordancias que existen a propósito de lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo, del Consejo del 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia⁴³, tal y como ya se pusiera de manifiesto en la STJUE de 25 de febrero de 2016, Asunto C-292/14, Caso Stroumpoulis y otros⁴⁴.

V. El recurso al aseguramiento privado vía P&I a través de la “MLC Extension clause 2016” y los problemas que éste plantea.

19. Quisiera comenzar señalando una premisa general desde la que parto para abordar los problemas o dificultades a la que nos enfrentamos de mantenerse -como así cabe prever- la fórmula del aseguramiento privado vía P&I con respecto a la reclamación de las deudas salariales derivadas de situación de abandono, precedidas o no de un concurso de acreedores y/o embargo preventivo de buques. Y es que, si la intención de los redactores de las enmiendas es el de garantizar el pago sin demora⁴⁵ de los salarios debidos y no satisfechos a causa del abandono de buques y sus tripulaciones, el recurso a la cobertura de las P&I no parece que vaya a garantizar que ello se produzca de manera rápida y poco costosa para las tripulaciones, ni que tampoco, añadido yo, vaya a ser especialmente un procedimiento sencillo.

20. Como es bien sabido, las P&I son organizaciones de base mutual sin ánimo de lucro, en la que los propietarios y arrendatarios de buques se asocian con la finalidad de proveer la reparación o indemnización del daño o al pago de la suma asegurada mediante la contribución de todos los asociados, por lo que nos encontramos ante un seguro civil de reembolso, donde el armador asegurado ha de abonar primero la indemnización al tercero y luego intentar recuperar de su club lo satisfecho a través de la denominada cláusula de pago previo. Pues bien, con respecto al aseguramiento vía P&I y las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, se ha de precisar que hasta la fecha algunas responsabilidades exigidas a los armadores en el CTM 2006 ya estaban establecidas en la cobertura standard (standard cover) de las reglas de los Clubes de P&I, tales como la cobertura por muerte o discapacidad prolongada, costes de repatriación derivados de estas contingencias y pago de salarios tras naufragio. Sin embargo, otro tipo de responsabilidades tales como la repatriación y pago de los salarios derivados de abandono no se en-

⁴³ DOUE L141, de 5 de junio de 2015.

⁴⁴ Esta materia es extremadamente compleja, dada la descoordinación entre la Directiva del año 2008 y el Reglamento del año 2015 por lo que respecta a este tipo de reclamaciones en los supuestos de contratos de trabajo plurilocalizados. Al respecto, me remito a la lectura conjunta de los siguientes trabajos: L. CARBALLO PIÑEIRO: “Worker protection in international insolvency law: the role of Maritime Liens” en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir): *New trends in Maritime Law*, editorial Aranzadi, 2017, pp. 219 y ss y O. FOTINOPOULOU BASURKO: “Protecting seafarers in cases of ourstanding wage claims resulting from abandonment of vessels and crews”, en O. FOTINOPOULOU BASURKO y J.M MARTÍN OSANTE (Dir): *New trends in Maritime Law*, editorial Aranzadi, 2017, pp. 243 y ss.

⁴⁵ De hecho, así se prevé en las enmiendas que “8. *La asistencia prevista por el sistema de garantía financiera se deberá prestarse sin demora, a solicitud de la gente de mar o de su representante designado, y estar acompañada de la documentación necesaria que justifique el derecho a la prestación de conformidad con el párrafo 2 de la presente norma*”.

contraban cubiertos por dichas reglas, que son -por lo que a los segundos se refiere- el objeto principal de esta contribución. En estas circunstancias, y a nada que se rastree en la red podrá constatarse que de manera temprana dichos clubes procedieron a incorporar en la cobertura standard la denominada “MLC extension clause”, que hace referencia a que el club cubrirá las reclamaciones de sus asociados que entren dentro de marco de la cobertura standard especificadas en los Certificados MLC (MLC certificates) (parágrafos 1a y 1b), pero si tales pagos quedan fuera del alcance de la cobertura estándar, los miembros estarán obligados a reembolsar al club (parágrafos 2a y 2b MLC Extension clause). Además, se señala que las reclamaciones que quedan fuera de la cobertura de las P&I no formarán parte de los acuerdos de reaseguro, si bien se planea establecer un esquema de esta naturaleza para las responsabilidades que surjan bajo la “MLC extension clause”. De acuerdo con los parágrafos 1a y 1b de la “MLC extension clause”, el grupo pagará en nombre del miembro asociado de acuerdo al MLC 2006 enmendado o de acuerdo con la legislación nacional de un Estado parte que haya implementado el MLC con respecto a los costes de repatriación y los salarios de acuerdo con la Regla 2.5, norma A2.5 y pauta B2.5 CTM 2006 sobre repatriación y también en relación con las responsabilidades derivadas de muerte e incapacidad prolongada de acuerdo a la Regla 4.2, norma A4.2 y Pauta B4.2⁴⁶.

21. A pesar de lo anterior, se ha de hacer constar algunas cuestiones con respecto al sistema introducido pueden causar dificultades de cobro para la gente de mar en las situaciones de abandono y particularmente de aquellas que derivan de situación de insolvencia del armador, que paso a reseñar a continuación y de manera separada.

1.Exclusiones y limitaciones incorporadas al Maritime Extension clause

22. La primera cuestión que debemos abordar tiene que ver con el hecho de que las coberturas antes mencionadas están sujetas a ciertas limitaciones, tal y como se recoge en la Maritime extension clause, de entre las cuales deseo fundamentalmente subrayar la que a continuación transcribo literalmente y en lengua inglesa para su mejor comprensión, dado que el parágrafo 3º de dicha cláusula señala que “*There shall be no payment under paragraph 1(a) or paragraph 1(b) if and to the extent that the liability, cost or expense is recoverable under any social security scheme or fund, separate insurance or any other similar arrangement*”.

23. De acuerdo con algunas opiniones⁴⁷, este cláusula limitativa o restrictiva conduciría a que las P&I se hicieran cargo, en su caso, de las diferencias que pudieran existir con respecto a otras formas de garantía que pudieran existir de acuerdo con la legislación del Estado de que se trate, ya sea porque sean riesgos cubiertos por el sistema de seguridad social interno o a través de la institución de garantía competente, en su caso. Ahora bien, de la redacción del parágrafo citado no parece que sea éste precisamente el resultado que se pretende conseguir, dado que expresamente se señala que “shall be no payment”, es decir, no habrá pago alguno en estos casos. Teniendo en cuenta que, en España, aun cuando no se haya regulado la cuestión, sí hay una cierta cobertura con respecto a algunos de los supuestos contemplados en la Maritime Extension Clause y que son cubiertos mediante la seguridad social española, cabría pensar que las P&I no se harán cargo de algunas de las contingencias contenidas en las enmiendas al CTM 2006 del año 2014. Me refiero, en concreto, a los servicios asistenciales existentes para la repatriación del marino en caso de abandono o en los supuestos en los que la gente de mar incluida en el ámbito subjetivo de aplicación del RETMAR 2015, esté enferma o lesionada y deba ser evacuada, donde el ISM (Instituto Social de la Marina) se haría cargo a través de sus servicios asistenciales en el caso de que

⁴⁶ Sobre la Maritime extension clause y el papel de los P&I en la cobertura aseguradora derivada de las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, vid. R. PETRINOVIC; I. LOVRIC Y T. PERKUSIC: “Role of P&I Insurance in implementing amendments to Maritime Labour Convention 2014”, *Transactions on Maritime Science*, vol. 6, nº 1, 2017, pp. 39-47, que se puede consultar online en <https://hrcak.srce.hr/180071>

⁴⁷ R. PETRINOVIC; I. LOVRIC Y T. PERKUSIC: “Role of P&I Insurance in implementing amendments to...”, loc. cit. p. 45 donde expresamente señalan que “*In other words, this insurance will only pay the difference in compensation between the other insurance and this one (MLC Extension Clause, paragraph 3)*”.

el armador no cumpliera con sus obligaciones de repatriación en dichos casos. Pues bien, muchas son las dudas que aquí pudieran suscitarse, dado que para empezar y como se ha señalado previamente, el RETMAR no hace mención alguna al CTM 2006 y existen dudas en cuanto a su alcance con respecto al ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de este Convenio Internacional, como por ejemplo sucede con el abandono de embarcaciones de recreo⁴⁸. Pero, por si esto no fuera poco, el hecho de que se introduzca una limitación o más bien exclusión de la cobertura por estas contingencias porque exista un fondo de garantía público que se encarga de cubrir algunos riesgos, hace pensar que las P&I pueden llegar a rehuir el pago de las mismas.

24. Pero, es más, y ya en relación con las garantías salariales derivadas de abandono, las mismas dudas se suscitan, si bien con agravantes -como veremos después- en el caso de que el abandono derive de concurso de acreedores y/o embargo de buques, donde la duda que se suscita a la luz de nuestra normativa interna es determinar si el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) se haría cargo o no de dichos créditos, cuando la norma que regula la organización y funcionamiento de este organismo, el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo⁴⁹, dispone expresamente que esta entidad cubre el salario devengado y no percibido hasta el máximo establecido en el art. 33 del ET a los trabajadores que hayan prestado servicios para empresarios que hayan cotizado al mismo, lo que directamente no parece ser compatible con lo señalado por el TJUE en la sentencia *Stroumpoulis* en el marco de la interpretación realizada sobre la Directiva 80/987, sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que es igualmente aplicable a la gente de mar salvo que hubiera un sistema de protección equivalente en el ordenamiento interno de que se trate, en nuestro caso España⁵⁰. Aquí, las interrogantes

⁴⁸ Como ya he puesto de manifiesto en otras ocasiones, O. FOTINOPOULOU BASURKO: “Los convenios y recomendaciones de la OIT sobre la gente de mar: análisis de su implementación en España”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* nº 112, 2014, pp. 147-179, así como en “Una exclusión relevante del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social: el Régimen especial de los Trabajadores del mar”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 4, 2016. En concreto y en el caso de las embarcaciones de recreo, la duda es determinar si están incluidas o no en el ámbito de aplicación objetivo del CTM 2006, ya que la circular emitida por la DGMM, que no es norma alguna, excluye del ámbito de aplicación del texto internacional a la embarcaciones de recreo, estén o no dedicadas a fines lucrativos; algo que no se corresponde con lo que señala el RETMAR, que sí sería aplicable a las dotaciones de embarcaciones de recreo con fines lúdicos y también, entiendo yo con fines comerciales aunque nada allí se señale al respecto con carácter expreso. Sea como fuere, la problemática que aquí surge es que esa ausencia de delimitación previa origina problemas ulteriores a la hora de proteger a las dotaciones de estas embarcaciones frente al abandono o demás riesgos contemplados en las enmiendas al CTM 2006 del año 2014, en la medida en que si bien en España estas embarcaciones deben estar aseguradas frente a una multiplicidad de riesgos ex RD 607/1999, de 16 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del seguro de responsabilidad civil de suscripción obligatoria para embarcaciones de recreo o deportivas (BOE nº 103, de 30 de abril de 1999), lo cierto es que su ámbito material nada señala con respecto al abandono y para más inri, sólo protege los daños frente a terceros, excluyendo expresamente cualquier aseguramiento frente a la muerte o lesiones sufridas por las personas que intervengan profesionalmente en el mantenimiento, conservación y reparación de la embarcación asegurada y también la muerte y lesiones sufridas por el patrón o piloto de la embarcación. En fin, la solución a este desaguisado vendría de la mano de una intervención normativa para delimitar el ámbito de aplicación del CTM 2006 en España y una reforma del citado RD del año 1999 para incluir bajo el mismo, los supuestos contemplados en esta norma internacional. De darse el caso, en estos supuestos sí habría acción directa de este colectivo de trabajadores frente a la aseguradora comercial ordinaria. Por su parte, otra cuestión que obviamente excede de este trabajo es el problema que surge en España con respecto a las embarcaciones pesqueras, que obviamente están excluidas del ámbito de aplicación del CTM 2006 y para quienes el C. 188 sobre Pesca de la OIT no refiere, ni de lejos, nada similar a las enmiendas del CTM 2006 hechas en 2014. Si bien ello es así, debe pensarse que en España el seguro de responsabilidad civil de dichas embarcaciones es voluntario, salvo para las embarcaciones de bajura en Galicia.

⁴⁹ BOE nº 92, de 17 de abril de 1985. En particular, el artículo 13. Titulares del derecho establece que “*Podrán percibir las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial todos los trabajadores vinculados por relación laboral a alguno de los empresarios enumerados en el artículo 11, cuando sean titulares de un crédito por salarios o indemnizaciones y en la forma que para cada caso se especifica en los artículos siguientes*”.

⁵⁰ A tal efecto, se ha de señalar, que la Directiva original (DO nº L283, de 28 de octubre de 1980), ha sido modificada en diversas ocasiones, a través en primer lugar de la Directiva 87/164/CEE, de 2 de marzo de 1987 (DO L 66 de 11 de marzo de 1987) para incluir en el anexo a la Directiva las exclusiones por parte de España en relación a los trabajadores domésticos a partir de su entrada en la actual UE. En el año 2002, se vuelve a reformar su contenido a través de la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre (DO L270, de 8 de octubre de 2002). En el año 2008 se codifica el texto en la Directiva 2008/94/CE (L283, de 28 de octubre) manteniendo, lógicamente el texto anterior. Finalmente, se ha de señalar, aunque se haga posteriormente supra que esta Directiva ha sido recientemente reformada por la Directiva (UE) 2015/1794, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 2015 (DOUE L263, de 8 de octubre), precisamente para suprimir la posibilidad de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva sobre insolvencia a los pescadores remunerados a la parte.

son variadas: si el FOGASA, como institución de garantía competente en caso de insolvencia transnacional ex actual Directiva 2008/94/CE, cubre las garantías salariales hasta el máximo establecido en el Convenio, al menos para los supuestos de buques abanderados en España ¿va a intervenir el club de P&I con posterioridad? A la luz de la exclusión contenida en la Maritime extension clause, la respuesta puede ser negativa. Pero además, ¿debemos considerar que la protección a través de las P&I es un sistema de protección equivalente al instaurado por la citada Directiva? ¿Y qué ocurre con buques de pabellón extranjero, cuyos armadores no han cotizado en nuestro sistema? De acuerdo al RD del año 1985 que regula el FOGASA, la respuesta también puede ser negativa, salvo que se haga valer la interpretación dada en el caso Stroumpoulis, cuestión ésta no siempre sencilla. Como es visible, se suscitan algunas dudas más que razonables al respecto.

2. Maritime Extension clause e insolvencia del armador miembro del Grupo P&I

25. La segunda gran interrogante que nos suscita esta solución, esto es, la del aseguramiento privado vía P&I viene marcada por el supuesto que suele ser más común, que no es otro que el que el abandono traiga causa en la insolvencia del empresario marítimo. Esta circunstancia puede originar fácilmente que el armador deje de pagar sus contribuciones al Club de P&I y que, por lo tanto, su cobertura se cancele. Esta situación ocasionará, al menos hipotéticamente, dado que nada se dice al respecto, que el resto de los miembros del Club rechacen hacerse cargo de las sumas debidas⁵¹. Lo anterior genera que, en principio y si la gente de mar se queda sin cobertura indirecta P&I, sean las Instituciones de Garantía las que deban hacerse cargo de los salarios debidos. Ahora bien, tal y como hemos visto en el epígrafe anterior, ello no es tan evidente en el caso español, donde no se ha reformado el RD que regula el funcionamiento del FOGASA y que, por lo tanto, podría rechazar su intervención en los casos más que probables en los que, aunque el concurso y el procedimiento de embargo de buques se haya llevado adelante en nuestro país, el empresario marítimo no pague sus cotizaciones en España al no estar domiciliado en nuestro país. Esta cuestión –reitero- podría resolverse echando mano de la sentencia Stroumpoulis del año 2016, pero siempre habrá que acreditar la existencia de una vinculación de los contratos de embarque con territorio europeo, lo cual no siempre será posible.

26. Pero además de lo apenas señalado, sin perjuicio de que luego nos adentremos en los problemas procedimentales que la eventual solución apuntada presenta, hay que tener en cuenta que de acuerdo con las enmiendas al CTM 2006 del 2014 y la ahora Directiva 2018/131, “*La garantía financiera no deberá finalizar antes del final de su periodo de validez (un año normalmente), a menos que el proveedor lo haya notificado como mínimo con 30 días de antelación a la autoridad competente del Estado del pabellón*”. El recurso a la cobertura de Clubes P&I, no garantiza precisamente que se dé cumplimiento a esta exigencia contenida en el CTM 2006 o en la Directiva 2018/131, fundamentalmente en los supuestos de concurso del empresario marítimo que al no poder pagar las P&I premium quedaría desamparado de la cobertura del Club. Y sin perjuicio de que el proveedor lo llegue a notificar con la antelación establecida en el Convenio, lo cierto es que en algunos momentos, la desprotección de la gente de mar puede ser una realidad incontestable, donde deberá intervenir la legislación nacional -en nuestro caso española- para establecer alguna medida aseguradora o disuasoria para que esta tipología de supuestos no conculquen los derechos que ostenta la gente de mar en casos de abandono ex CTM 2006 y Directiva 2018/131, amén de lo que ya se dispone en la Directiva 2008/94/CE que prevé, como mínimo, un sistema de protección equivalente al establecido en esta norma.

⁵¹ También lo señala D. NIFONTOV: “Seafarer abandonment insurance: a system of financial security for seafarers”, en J. LAVELLE: *The Maritime Labour Convention 2006. International Labour Law redefined*, Informa Law from Routledge, 2014, p. 123. Y situación parecida podría ocurrir en los casos en los que incluso suponiendo que el armador ha pagado sus cuotas al Club de P&I, la mutualidad ofrezca resistencias en cuanto al pago de las sumas debidas, puesto que como señala este autor: “*On a closer examination, the interrelation between the parties in a situation where abandonment cover is provided by the P&I Clubs suggest a possible conflict of interests. Where the cover is provided on behalf of the shipowner member, the Club cannot be an impartial arbiter of the relationship between crew and employer. If the member is having cash flow problems, but has paid his calls, a Club might be reluctant to act against the owner in defence of the seafarers*”, *Ibidem*, p. 123.

3. ¿“Breach of contract” o el incumplimiento del contrato de trabajo como supuesto no protegible por las P&I?

27. Otra cuestión que me genera ciertas dudas tiene que ver con la intervención del club de P&I a posteriori. Y ello así, porque tradicionalmente, las P&I, de acuerdo con los supuestos que ya estaban contemplados en las Standard rules, tales como la responsabilidad de los armadores en materia de repatriación en casos de enfermedad o lesiones de la gente de mar, cubrían el reembolso siempre que no se hubieran producido a propósito de una pérdida total o de grandes riesgos marítimos como por ejemplo por insolvencia del empresario marítimo. Y es que, en estos casos, los Clubs no cubrían estos riesgos al considerarse que esos incumplimientos del contrato de trabajo debían considerarse como incumplimiento crediticio o “credit default⁵²”. La cuestión estriba en que, obviamente, los supuestos de abandono, a la luz de la definición que maneja la OIT hace referencia a la dejación de responsabilidades por parte del armador, lo que traducido al lenguaje desde el punto de vista laboral, el abandono se identificaría, cuanto mínimo, con los supuestos de extinción causal del contrato de trabajo por incumplimiento grave en las obligaciones empresariales, ya sea bien porque nos encontremos ante un supuesto, más que probable, de retraso continuado o impago de los salarios regulado en el art. 50.1.b) ET), pero también y muy relevante desde el punto de vista laboral, por incumplimiento grave derivada de falta de ocupación efectiva (art. 30 ET), que podría propiciar -igualmente - la extinción causal del vínculo laboral de acuerdo a lo dispuesto en el art. 50.1.c) ET; amén de que en este último caso, podría entenderse la ausencia de ocupación efectiva del trabajador como una señal inequívoca de la voluntad resolutoria del empleador a los efectos de la existencia de un despido tácito contemplado en el art. 55.2 ET. Y todo ello en el caso de que no existieran actos expresos por parte del empresario marítimo, que pudieran también canalizarse a través de los supuestos de despidos económicos de colectivos mayores (art. 51 ET) y menores (art. 52.c ET) cuando el abandono derive de insolvencia empresarial. De darse esta circunstancia; algo que con toda probabilidad ocurrirá en los supuestos de insolvencia del empresario marítimo, ¿los clubes de P&I responderán ante la gente de mar? ¿Existe alguna previsión específica en tal sentido? De acuerdo con lo estipulado en la *Maritime Extension clause*, en principio, la respuesta es afirmativa, pero desconozco lo que en la práctica pueda suceder, ya no sólo con respecto a las reclamaciones por muerte y discapacidad prolongada en estos casos, sino también con respecto a las reclamaciones salariales derivadas del abandono de buques por tal razón.

4. ¿Hay acción directa para la gente de mar en los supuestos de salarios debidos a consecuencia del abandono de buques y de tripulaciones?

28. He dejado para el final de los eventuales problemas que el recurso a las P&I puedan producir, la principal interrogante sobre la compatibilidad o incompatibilidad entre la disposición de las enmiendas en la que se explicita la necesidad de introducir un sistema *de garantía financiera que debe proporcionar “acceso directo” y “asistencia financiera rápida”* con la regla “pay to be paid” propia de los clubes de P&I, donde en realidad la protección del asegurado es *a posteriori*, a excepción hecha de los supuestos de daños personales. Como se sabe, el seguro que se concierta con la P&I es un seguro civil de reembolso, donde el armador asegurado ha de abonar primero la indemnización al tercero y luego intentar recuperar lo pagado de su club a través de la denominada cláusula de pago previo, también denominada “pay to be paid”. Lo anterior excluye, a priori, la acción directa de la gente de mar en caso de abandono frente a la P&I, por lo que éstos tendrán que reclamar la deuda salarial al armador que corresponda y una vez satisfecha, será el armador el que recurra a la P&I para recuperar los gastos en los que ha incurrido. En este sentido, y tal y como se expone –en la debatida⁵³– STS de 3 de julio de 2003, Sala de lo Civil (nº rec. 4591/1997 y nº resolución 688/2003) “*en este tipo de seguro, el riesgo*

⁵² Así lo explica D. NIFONTOV: “Seafarer abandonment insurance: a system of financial security for seafarers”, en J. LAVELLE: *The Maritime Labour Convention 2006...*, op. cit. p. 123.

⁵³ Puesto que hay autores que defienden que se trata de una responsabilidad civil, cuando no se inserta en la póliza de seguro la cláusula pay to be paid como es el caso de J. LINAZA LA CALLE: “La acción directa en el seguro de protección e indemnización. En torno a la sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 2003”, *Diario La ley* nº 5890, 2003.

*asegurado es la responsabilidad que general el daño que pueda causar a tercero, no en el sentido de que le cubren aquella indemnización que deba pagar, sino que le satisfacen aquella indemnización que ya haya tenido que pagar al tercero, de aquí que no contemple siquiera la posibilidad de acción directa del tercero frente a la aseguradora – no es el clásico seguro de responsabilidad civil, sino el seguro de indemnización efectiva, que cubre el asegurado el quebranto patrimonial sufrido por haber indemnizado al tercero*⁵⁴.

29. Esta situación, salvo –insisto en los casos de daños personales, como la muerte de la gente de mar– obliga a éstos, en tanto que –en principio– no beneficiarios de acción directa alguna, a reclamar primero y únicamente ante el armador, que además *a posteriori* puede resultar insolvente, de tal manera que sea necesario que la gente de mar recurra a la institución de garantía competente si hay sentencia previa que declare la insolvencia del empresario marítimo. Esta circunstancia hace que, en el Derecho interno español, el club de P&I no pueda ser demandado por inexistencia de acción directa contra la misma, tal y como se puso de manifiesto en la STSJ Galicia, de 31 de enero de 2013 (nº sentencia: 846/2013 y nº rec. 3346/2010⁵⁵). En este contexto se ha de señalar que, como es visible, algún que otro órgano jurisdiccional social de nuestro país ha avalado la excepción de falta de legitimación pasiva planteada por las compañías aseguradoras en dichos contextos, por lo que se ha negado el que las personas perjudicadas –en nuestro caso, la gente de mar– tuvieran acción directa frente a aquéllas, basándose para llegar a tal conclusión que las reglas de Derecho Internacional Privado contenidas en el art. 107 de la Ley de Contrato de seguro (LCS)⁵⁶ que permite la libre elección de la ley aplicable a los contratos de seguros de grandes riesgos (entre ellos, los referidos a vehículos marítimos) en conjunción con otras disposiciones de esta misma norma indican que sólo cabría la acción directa en estos supuestos en el caso de que en el contrato de seguro se hubiera pactado otra cosa o se derivara de la *electio iuris* entre las partes.

30. Si bien ello es así, es cierto que esta cuestión es enormemente controvertida en nuestro Derecho interno; sobre todo para el supuesto de armador español miembro de un Club de P&I, dado que la LCS establece con carácter imperativo (art. 76 LCS) la existencia de acción directa en estos supuestos. Y es controvertida, porque hay autores que han defendido que este mandato afectaría al seguro de P&I concertado por armadores españoles, dada la obligatoriedad de tal seguro impuesta por el art. 254 del Texto refundido de LPEMM 2011 y también en la LNM 2014 y ahora en el CTM 2006. A pesar de este posicionamiento, la cuestión no está clara porque la propia norma que regula los seguros en nuestro país remite a lo dispuesto en el propio contrato y/o pacto de elección de ley aplicable entre las partes para determinar el ordenamiento jurídico aplicable en estos supuestos, de tal manera que si por ejemplo, el club P&I está domiciliado en el Reino Unido, algo probable, o en Estados donde no se regula la acción directa de los terceros perjudicados contra el Club, es difícil sostener la aplicación imperativa de la norma española, que además cede en estos casos ante la autonomía de la voluntad de las partes⁵⁷.

31. En conclusión, la gran interrogante a la que se debería responder es si a través de la maritime extension clause cabe acción directa de la gente de mar en relación con los supuestos de abandono de gente de mar, aunque no se hayan producido daños personales, esto es, muerte o lesiones en el trabajo, dado que –en realidad y para ser exactos– para dar cumplimiento íntegro a lo dispuesto en el CTM 2006 enmendado y ahora la Directiva 2018/131, la acción directa debería garantizarse en todo caso, esto es, también con respecto a los salarios debidos derivados del abandono.

⁵⁴ En cambio, resulta novedosa la sentencia del “Prestige” de 2016, de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que ofrece nuevos argumentos para reconocer la responsabilidad plena del club P&I frente al tercero perjudicado. No obstante, está pendiente de ver si se extiende a los casos de responsabilidad civil en los que no hay responsabilidad penal adicional.

⁵⁵ En este caso se trataba de un pescador que reclamaba la protección por accidente, aunque lo referido en dicha sentencia es trasladable al supuesto de gente de mar.

⁵⁶ Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro (BOE nº 250, de 17 de octubre de 1980).

⁵⁷ Así lo indican también autores como J.A. IRIARTE ANGEL Y M. CASADO ABARQUERO: *La acción directa del perjudicado en el ordenamiento jurídico comunitario*, Instituto de ciencias del Seguro, Fundación Mapfre, 2013, www.fundacionmapfre.org/cienciadelseguro, pp. 85-87.

32. Ahora bien, en el supuesto de que ello fuera así, esto es, que los clubs P&I permitieran la acción directa contra éstas en lo que se refiere al cobro de los salarios derivados del abandono, se podría deducir alguna sombra ulterior, ya apuntada en los supuestos anteriores. Y es que cabría preguntarse si se harían cargo o no del pago de dichos salarios (y hasta qué cuantía en función de las coberturas) en el supuesto de insolvencia del empresario marítimo que ha dejado de sufragar sus cuotas al Club. Pero también surge la duda de si la existencia de una cobertura por esta vía quedaría excluida por el hecho de que ya exista en España una institución de garantía competente (FOGASA), que a la luz del RD regulador excluye su competencia en los casos de empresarios que no hayan cotizado al sistema. Y si todo esto no fuera suficiente, habría que pensar en el supuesto de compatibilidad entre ambas coberturas de garantía (pública y privada), dado que es muy probable que el FOGASA desestimara su intervención al entender que no se produce el presupuesto básico para su participación, esto es, la insolvencia del empleador al quedar cubierto por el Club; dado que, en otro caso, esto es, de intervenir y adelantar el pago, posteriormente podría solicitar el reembolso correspondiente.

VI. Problemas o dificultades procesales del recurso al aseguramiento privado de las P&I en los supuestos de reclamaciones salariales derivadas del abandono de la gente de mar.

33. Junto con los problemas antes vistos que el recurso a la cobertura P&I pueden ocasionar en relación con la protección de la gente de mar en los supuestos de abandono, se ha de señalar que dificultades añadidas pueden surgir en relación con los aspectos procesales, si nos atenemos a lo que a tal efecto regulan nuestras disposiciones internas. Y es que en los supuestos de abandono, debemos tomar en consideración la regulación concerniente al procedimiento de embargo preventivo de buques contenido en la LNM y también de lo dispuesto en la Ley concursal, en el caso de que el abandono venga precedido de insolvencia del empresario marítimo; ambas normas reformadas recientemente y que originan problemas añadidos, como por ejemplo, la necesidad de aportar una fianza durante el procedimiento de un 15%, que difícilmente va a poder ser satisfecha por la gente de mar en la inmensa mayoría de los casos. Por su parte, y ya situados en el supuesto de abandono derivado de insolvencia empresarial, se hace oportuno distinguir los supuestos en los que la insolvencia del empresario marítimo se conecta espacialmente con la UE, de los supuestos en los que ello no sea así; ya que en el primero de los casos, contamos con un Reglamento comunitario que regula los procedimientos de insolvencia transnacionales (Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo, del Consejo del 20 de mayo de 2015 sobre procedimientos de insolvencia) cuyas disposiciones plantean problemas aplicativos de coordinación con respecto a la Directiva 2008/94/CE modificada por la Directiva 2015/1794, cuando se trata de la protección de los trabajadores en casos de insolvencia del empresario.

34. Finalmente, y aun cuando no vaya a ser objeto de debate en este trabajo, no podemos dejar de señalar que en los litigios marítimos internacionales cabe el recurso al arbitraje como procedimiento alternativo de solución de conflictos en esta materia. Esta realidad es sumamente complicada, dado que –como es sabido– de acuerdo con las normas internacionales aplicables, el conocimiento de cuestiones de índole laboral, quedan excluidas de su ámbito de aplicación (Ley Modelo de UNCITRAL, Convenio de Nueva York de 1958⁵⁸ y Convenio de Ginebra de 1961⁵⁹), lo que mutatis mutandi se traslada también y a resultas de las anteriores, a la Ley 11/2011, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Ar-

⁵⁸ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), que entró en vigor el 7 de junio de 1959, en virtud de lo dispuesto en su artículo XII. Vid. <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>, que establece que sólo se aplicará a relaciones comerciales de acuerdo con el derecho interno.

⁵⁹ Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, Ginebra, 21 de abril de 1961. Instrumento de ratificación de España del Convenio Europeo sobre Arbitraje comercial Internacional (BOE nº 238, de 4 de octubre de 1975), donde en el art. 1.1.a) del mismo se establece que el presente Convenio se aplicará a: “a) a aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas, que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes”

bitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, que excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje laboral⁶⁰.

1. El embargo preventivo de buques y las dificultades aplicativas en España con respecto a los créditos marítimos de los que sean acreedores la gente de mar.

35. La principal medida que se suele adoptar en los casos que estamos analizando es, como se sabe, la del embargo preventivo de buques, que no es sino una medida cautelar dirigida a garantizar el cumplimiento de una resolución judicial o arbitral adoptada en el marco de la reclamación de créditos marítimos. De este modo, la gente de mar en cuanto que eventualmente acreedora de determinados créditos como los salariales u de otro tipo puede recurrir al embargo preventivo del buque con la finalidad de satisfacer las deudas surgidas a propósito —en lo que aquí interesa— de la situación de abandono de buques y de tripulaciones. En este contexto, se ha de señalar que en España hemos asistido a una modificación normativa de enorme envergadura por lo que respecta a esta materia, ya que con la entrada en vigor de la LNM 2014, que se produjo el día 25 de septiembre de ese mismo año, la regulación actual concerniente al embargo es, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 470.1 LNM, el Convenio Internacional sobre embargo preventivo de buques, hecho en Ginebra en el año 1999 (CEPB)⁶¹, así como en las disposiciones de la propia LNM (arts. 470 a 479 LNM) y también, de manera supletoria, la Ley de Enjuiciamiento civil (LEC 1/2000). De este modo, y a partir de esta fecha, deja de aplicarse en nuestro país, el Convenio de embargo preventivo de buques, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952, que hasta la fecha se había erigido como la norma internacional de aplicación.

36. Esta modificación normativa a la que hacemos alusión genera ciertas dudas con respecto a la posibilidad de instar el embargo preventivo de buques en los supuestos a los que se refieren los artículos 1.1.b) y 1.1.o) del CEPB 1999, y que se refieren a “*Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque*” [(art. 1.1.b)] y “*Los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación en virtud de su enrolamiento a bordo del buque, incluidos los gastos de repatriación y las cuotas de la seguridad social pagaderas en su nombre*” [art. 1.1.o)] y que son más o menos coincidentes con los créditos que pretenden ser cubiertos mediante las enmiendas al CTM 2006 y Directiva 2018/131. A su vez, surgen algunos inconvenientes de carácter procedimental y, en particular, con respecto a la necesidad de prestar fianza de un 15%, tal y como se regula en la LNM 2014.

A) Créditos salariales de la dotación: ¿Y los restantes colectivos calificables como gente de mar de acuerdo con el CTM 2006?

37. Como se ha explicitado líneas más arriba, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.1.b) y 1.1.o) del CEPB 1999, son créditos marítimos (privilegiados, de acuerdo con lo dispuesto en el Convenio Internacional sobre los privilegios marítimos y la hipoteca naval, hecho en Ginebra en 1993), la “*Muerte o lesiones corporales sobrevenidas, en tierra o en el agua, en relación directa con la explotación del buque*” [(art. 1.1.b)] y *los sueldos y otras cantidades debidas al capitán, los oficiales y demás miembros de la dotación en virtud de su enrolamiento a bordo del buque* [1.1.o)]. Como es visible, y por lo que se refiere al supuesto contemplado en el art. 1.1.o) CEPB 1999, los créditos marítimos protegidos sólo afectarían a los acreedores-gente de mar que sean considerados como miembros de la dotación, esto es, de la denominada gente de mar con funciones náuticas de acuerdo a lo estipulado en el CTM 2006.

⁶⁰ BOE nº 121, de 21 de mayo de 2011, que al igual que la norma que modifica, aunque no en este punto, esto es, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de arbitraje (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003), excluye de su ámbito de aplicación a los arbitrajes laborales (art. 1.4).

⁶¹ Al que España se adhirió en el año 2011 a través del Instrumento de Adhesión de España al Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques, 1999, hecho en Ginebra el 12 de marzo de 1999 (BOE nº 104, de 2 de mayo de 2011), denunciando a su vez la aplicación del Convenio de Bruselas de 1952 (BOE nº 242, de 7 de octubre de 2011).

38. De este modo, la gran interrogante que surge a estos efectos (y también por extensión en cuanto a la aplicación de la maritime extension clause antes vista) es la de determinar qué ocurre con la gente de mar que presta servicios a bordo de un buque, si bien mediante un contrato distinto al de enro-lamiento y/o embarque. Y es que no podemos olvidar que el CTM 2006 emplea una noción híbrida de gente de mar, entre marítima y terrestre, de tal manera que este texto internacional, incluidas sus enmien-das del año 2014, no sólo se aplica a quienes efectivamente desarrollen, insisto, una actividad náutica a bordo de un buque, sino que también extiende su ámbito de aplicación subjetivo, sin perjuicio de la introducción de salvedades por las legislaciones internas de cada Estado parte en supuestos específicos, a cualesquiera otros colectivos de trabajadores que desarrollen una actividad a bordo del buque distintas de las anteriores. Teniendo en cuenta lo apenas señalado, parece evidente que la gente de mar no marino no podría recurrir al embargo preventivo de buques como medida cautelar para garantizar el pago de sus salarios y otros créditos que pudieran surgir a propósito del abandono de buques y de tripulaciones, ya sea en puerto nacional y/o extranjero.

39. Conclusión similar cabe extraer con respecto a los créditos contemplados en el art. 1.1.b) CEPB 1999, si se realiza una interpretación sistemática y literal del citado texto internacional, puesto que se refiere a “muerte o lesiones corporales sobrevenidas, *en relación directa con la explotación del buque*”, lo que complica exponencialmente el que la gente de mar sin funciones náuticas pudieran acogerse al em-bargo del buque por este crédito marítimo, en tanto que no prestan servicios directamente relacionados con la explotación del buque en el sentido de su navegabilidad. Ahora bien, y aunque el éxito de una interpreta-ción extensiva fuera muy reducida en la práctica (por no decir otra cosa), considero factible tratar de incluir bajo esta formulación a quienes desarrollan actividades distintas a las náuticas bajo el citado precepto.

B) La prestación de una fianza del 15% en la LNM para poder proceder al embargo preventivo de buques y la necesidad de eliminarla en los casos de créditos marítimos laborales/sociales.

40. La segunda cuestión problemática que surge a propósito del procedimiento de embargo preventivo de buques en España tiene que ver con la cuestión de fianza como requisito para proceder al embargo y, en particular, con la inclusión de un importe mínimo del 15% de la cuantía del crédito alegado que a tal efecto se ha incorporado al art. 472 LNM, si bien con posibilidad de revisión ulterior. Sobre esta cuestión⁶², se ha de señalar en primer lugar, que el CEPB del año 1999 no establece en su articulado una obligación taxativa, de acuerdo con la cual el tribunal que conozca del asunto deba solicitar al embargante la prestación de una garantía para responder de los perjuicios que pudieran irrogarse al demandado por el embargo. Dicho de otra manera, el art. 6.1 CEPB 1999 establece la posibilidad de exi-gir una fianza con carácter potestativo, pero no imperativo. A diferencia de lo dispuesto en el Convenio internacional de aplicación, en España se procedió a modificar la LEC mediante RD-Ley 12/2011, de 26 de agosto, por el que se modifica la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la apli-cación del Convenio Internacional sobre el embargo preventivo de buques y se regulan competencias autonómicas en materia de policía de dominio público hidráulico⁶³, en cuya -actualmente derogada- D.F. 26ª sobre Embargo preventivo de buques, se establecía con carácter taxativo que “2. *Para decretar el embargo preventivo de un buque bastará que se alegue el crédito reclamado y la causa que lo motive. El tribunal exigirá en todo caso fianza en cantidad suficiente para responder de los daños, perjuicios y cos-tas que puedan ocasionarse*”, exigencia ésta, la de prestar fianza, hoy contenida en el art. 472.2 LNM.

41. En otras palabras, en España es necesario, de acuerdo con la LNM, prestar una fianza de un 15% para poder proceder al embargo de buques; caución ésta que impacta negativamente y de manera muy especial en la gente de mar, quienes en la inmensa mayoría de los casos no van a poder afrontar dicha

⁶² Para ulteriores aspectos relacionados con el embargo preventivo de buques en España, me remito al trabajo del Prof. J.M. MARTÍN OSANTE: “El embargo preventivo de buques”, *Revista de Derecho Mercantil* n° 305, 2017, pp. 137-181, donde el autor aborda de manera sistemática y magistral las dificultades que la nueva regulación sobre esta materia entraña en nuestro país. En particular, y en concreto en relación con la prestación de la fianza, vid. pp. 155-159.

⁶³ BOE n° 208, de 30 de agosto de 2011. Entrada en vigor el día 28 de marzo de 2012.

cuantía en la práctica, imposibilitando –por tanto- que puedan solicitar el embargo del buque para satisfacer sus créditos salariales o de otro tipo. Y es que lógicamente la fijación de ese importe mínimo, sin perjuicio de querer contribuir a una cierta seguridad jurídica, va a generar que esta tipología de acreedores se vean impedidos a embargar porque en créditos de cuantías elevadas, ese 15% supone una cantidad importante. A estos efectos, lo cierto es que de acuerdo con lo que se ha señalado en algunos foros, existe una propuesta de la ITF para eliminar ese mínimo para los embargos solicitados por las tripulaciones de los buques. Y lo que en esencia se debate es si el importe de la fianza debe o no depender de la naturaleza del crédito y del acreedor para establecer el importe de la fianza. Y en el caso de que no se haga depender de dichas circunstancias, que en cada caso el juzgador pueda analizar el importe a exigir, sin fijar mínimos⁶⁴. Otra posición que se ha sostenido en España⁶⁵ y que considero fácilmente compartible es el de la eliminación del art. 472.2 LNM en el caso de los créditos marítimos laborales y sociales con la finalidad de proteger a la gente de mar con carácter general, así como para poder dar cumplimiento a lo establecido en el CTM 2006 enmendado en 2014⁶⁶. En cualquier caso, y sin perjuicio de la existencia de diversas propuestas para solucionar esta situación, a las que añadiré alguna otra más adelante, al día en que se redactan estas páginas la exigibilidad del 15% de fianza es una realidad incontestable también para la gente de mar, que no queda desvirtuada por el hecho de que eventualmente los tribunales españoles pudieran aceptar dicha caución admitiendo las cartas de garantía que las P&I pudieran aportar⁶⁷.

C) Cuestiones de competencia judicial internacional y el CEPB 1999.

42. Junto a las cuestiones supra señaladas, dado que -en nuestro caso- no surgirían, en principio, dificultades para embargar “Sister ships” de acuerdo a lo estipulado en el art. 123 LNM, ni tampoco en relación con la posibilidad de embargar el buque a quienes no sean propietarios de los mismos, sino arrendatarios a casco desnudo -por ejemplo-, al tratarse los créditos laborales como créditos marítimos privilegiados; lo cierto es que de entre las dificultades que pudieran operarse en este contexto, debemos realizar alguna aportación siquiera breve sobre la más que posible incompatibilidad que presenta la aplicación del art. 7 CEPB 1999 en los supuestos de embargo fuera del concurso, con respecto al Reglamento nº 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), que -como se sabe- contiene una sección 5ª aplicable a los contratos de trabajo, no así con respecto a las cuestiones de seguridad social que están expresamente excluidas de su ámbito de aplicación de acuerdo a lo dispuesto en el art. 2.c) del instrumento comunitario.

43. Y ello así, porque el CEPB 1999 establece como criterio general atributivo de competencia judicial para la resolución sobre el fondo de la reclamación el del *forum arresti*, esto es, que sea competente el juzgado que hubiese acordado el embargo preventivo del buque o aquél ante el cual se hubiese prestado la garantía para su liberación, que pueden excepcionarse en dos supuestos: a) que exista un pacto entre las partes atributivo de competencia a favor de otros tribunales o de sometimiento de la controversia a arbitraje y b) que la ley del juzgado embargante le permita a este declinar su competencia y el tribunal de otro Estado se haya declarado competente. En este contexto, surgen dudas más que razonables con respecto a determinar si España incumple el ordenamiento comunitario en relación con cuestiones de Forum, en la medida en que en los supuestos por ejemplo de embargo de buques motivado en reclamaciones salariales, es sobradamente conocido que esta materia entraría dentro del marco de

⁶⁴ Así se expuso en el Congreso Nacional 2017 de la Asociación Española de Derecho Marítimo. Vid. <http://www.aedm.es/es/resumen-del-congreso-nacional-2017-de-la-asociacion-espanola-de-derecho-maritimo>.

⁶⁵ J. RODRIGO DE LARRUCEA: “La protección de los créditos marítimos sociales: la necesaria modificación del embargo preventivo de buques (artículo 472.2 de la Ley de Navegación Marítima)”, *Diario La Ley* nº 9022, 2017.

⁶⁶ En este sentido, véase la Proposición de Ley por la que se modifica la LNM presentada el 27/06/2017 por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, serie B, núm. 146-1, de 08/09/2017).

⁶⁷ Y es que al derogarse la Ley 2/1967, que establecía que la caución podía ser de cualquier clase admitida por el Derecho y dado que ni el Real Decreto ni el Convenio de 1999 regulan nada al respecto, queda por ver si los tribunales aceptan en la práctica las cartas de garantía de los clubs de P&I, o si solo aceptarían, como hacían generalmente hasta ahora, si las dos partes consienten.

aplicación del Reglamento Bruselas I bis, por lo que cabría pensar que el foro social competente para conocer del embargo debe ser el resultante de la aplicación de dicho reglamento y no de lo preceptuado en el CEPB 1999. Cuestión distinta acaecería con respecto a las reclamaciones en materia de seguridad social, dado que el Reglamento Bruselas I bis no es de aplicación en estos casos.

D) Cuestiones de competencia judicial interna: la jurisdicción social ante el embargo preventivo de buques.

44. Cuestión adicional que debe también mencionarse en relación con el régimen del embargo preventivo de buques en España es el derivado de la competencia de los órganos jurisdiccionales de nuestro país para poder proceder al embargo. Como es sabido, la LNM distingue, por una parte, entre la competencia para acordar el embargo y la competencia, por su parte, para conocer del fondo del asunto⁶⁸. De este modo, y en relación con la competencia para acordar el embargo, esto es, la inmovilización del buque, la LNM atribuye ésta a los órganos jurisdiccionales que tengan competencia sobre el fondo del asunto, lo que traducido a los supuestos que aquí tratamos, aquélla corresponderá a los órganos jurisdiccionales de lo social, en la medida en que materias tales como salarios, etc. corresponden ex art. 2.a) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LJS) a este orden jurisdiccional. En este contexto, quisiera llamar la atención sobre las diferencias que exhibe la regulación de las medidas cautelares en el orden social (LJS) con respecto a las que norma la LNM en relación con el embargo preventivo de buques, lo que puede ocasionar problemas adicionales a la hora de adoptar dicha medida cautelar, en la medida en que el juzgador de lo social se verá compelido a aplicar no sólo normas con las que no está familiarizado, sino también disposiciones contrarias al principio tuitivo de protección de los trabajadores contenidas en el procedimiento laboral. Y ello así, porque la LJS regula la posibilidad de adoptar medidas cautelares en el art. 79 con carácter general y también en el art. 180 LJS en caso de vulneración de Derechos fundamentales⁶⁹; que establecen peculiaridades y particularidades con respecto a lo dispuesto en los arts. 721 a 742 de la LEC, que serían también normas supletorias de aplicación en este marco. Ahora bien, la aplicación de las normas específicas sobre medidas cautelares establecidas en la LJS y, en su caso, en la LEC, van a entrar en juego siempre que éstas no sean contrarias a lo dispuesto en el CEPB 1999 y en la LNM 2014.

45. Es por esta razón, y volviendo sobre la obligatoriedad de prestar fianza, que el juez de lo social se verá compelido cuando adopte el embargo preventivo de buques a solicitar una caución a la gente de mar para poder proceder a la toma de esta decisión; algo que se enfrenta directamente con la regulación que a tal efecto contiene la LJS (art. 79.1) donde los trabajadores y los sindicatos en representación colectiva de sus intereses se encuentran exentos de prestar caución o garantía por razón de medidas cautelares. En estas circunstancias, y teniendo en cuenta que este requisito de fianza no es extrapolable con carácter general al ámbito laboral, puesto que se podría entender que quebranta la tutela judicial efectiva consti-

⁶⁸ Vid. J.M. MARTÍN OSANTE: "El embargo preventivo de...", loc. cit. pp. 171 y ss

⁶⁹ Sobre este particular, téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 79.7 LJS, que señala que "*En los procesos en los que se ejercite la acción de extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores en aquellos casos en los que se justifique que la conducta empresarial perjudica la dignidad o la integridad física o moral de trabajador, pueda comportar una posible vulneración de sus demás derechos fundamentales o libertades públicas o posibles consecuencias de tal gravedad que pudieran hacer inexigible la continuidad de la prestación en su forma anterior, podrá acordarse, a instancia del demandante, alguna de las medidas cautelares contempladas en el apartado 4 del artículo 180 de esta Ley, con mantenimiento del deber empresarial de cotizar y de abonar los salarios sin perjuicio de lo que pueda resolverse en la sentencia*". En este contexto, y sin perjuicio de que efectivamente a la luz de la letra del precepto pudiera entenderse de aplicación el establecimiento de esta tipología de medidas cautelares contempladas en esta disposición; no parece que de acuerdo a lo dispuesto en el art. 180.4 LJS, ésta pudiera tener intervención en los supuestos de abandono y, en particular, en relación con el impago de los salarios a los que en este trabajo hacemos alusión. Y ello así, porque el art. 180.4 LJS se refiere fundamentalmente a los supuestos de extinción causal del contrato de trabajo en los supuestos de vulneración de Derechos fundamentales, como en los supuestos de acoso, en caso de huelga o en caso de vulneración de la libertad sindical. Entiendo, por tanto, difícil su aplicabilidad, no así en el futuro, siempre que se aprueben las enmiendas propuestas al CTM 2006 en materia de acoso moral y/o sexual y por razón de sexo a bordo de buques, donde dicha intervención podría tener lugar.

tucionalmente protegida en el art. 24 CE⁷⁰, ¿podría darse el caso de que el órgano jurisdiccional social de nuestro país acordara el embargo sin aplicar la fianza del 15% que establece la LNM? ¿Debemos entender que si bien *lex posterior derogat priori*, siquiera a efectos parciales, la existencia de un bien jurídico constitucionalmente protegido al máximo nivel incluido en una norma procesal imperativa impide que tal derogación se produzca y que debemos mantener la especialidad de la norma procesal laboral para estos casos? Entiendo en estas circunstancias que las respuestas a ambos interrogantes deben ser afirmativas, esto es, la prevalencia de las disposiciones de la LJS sobre la LNM. Y ello así porque sostener la aplicación de lo dispuesto en la LNM sin mayores contemplaciones supone obviar que el embargo preventivo en el orden social cuenta con características diferentes y exigencias distintas a las expresadas en los “Ila-mémolos” embargos ordinarios, cuando el legislador, además del *periculum in mora* que cabe exigir en todos los casos, introduce un elemento cualificado y subjetivo al embargo desde la óptica social, que no es otro que el de acreditar que el deudor realiza una serie de actos para distraer su patrimonio o que se coloca en peor fortuna de manera deliberada. Este condicionante, no exigido en el contexto del embargo “ordinario”, se introduce en el ámbito social para corroborar su carácter excepcional en la mayor parte de las ocasiones, en la medida en que, si el procedimiento laboral es, en teoría al menos, rápido o lo que es lo mismo, se basa en el principio de celeridad, es innecesario que se recurra a este tipo de medidas. De este modo, entiendo que si el embargo en los distintos contextos tiene una razón de ser y exigencias distintas y que si la LNM no ha contradicho (o al menos no ha querido afectar) lo dispuesto en el art. 79 LJS, la disposición que debe resultar aplicable es ésta última en el caso del embargo preventivo de buques instado por las tripulaciones por los motivos aquí tratados; sin perjuicio de que una línea idónea de solución a este problema pudiera venir de la mano del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por parte del juez de lo social para determinar la aplicación o no de la fianza contenida en la LNM.

46. Otra cuestión que también deben tomarse en consideración en dicho procedimiento, tiene que ver con los sujetos legitimados para solicitar el embargo, así como por el hecho de determinar si en el caso de los créditos laborales cabe la adopción de un embargo preventivo de oficio. En relación con la primera cuestión, lo cierto es que de acuerdo al procedimiento general instaurado en la LEC (al que se remite la LNM) demandante será todo acreedor, esto es, toda persona que alegue un “crédito marítimo”. Dada la amplitud de la dicción de la disposición contenida en el CEPB 1999, es posible que el demandante del embargo sea una persona física o jurídica, y también –en este último caso- público o privado⁷¹, por lo que sería perfectamente factible que además de que la gente de mar, en cuanto parte interesada, pudiera solicitar el embargo al juzgado de lo social que corresponda, también lo pueda hacer, como dispone el art. 79.2 LJS, el propio FOGASA, en los casos en que pueda derivarse su responsabilidad, esto es, en los supuestos de existencia de créditos salariales a proteger. Cuestión distinta, pero igualmente relevante es determinar si para los créditos salariales/sociales cabe que el órgano judicial pueda instar el embargo de oficio; algo

⁷⁰ Entiendo a estos efectos que lo supra sostenido puede y seguramente sea objeto de debate, pues, aunque la gratuidad del procedimiento podría derivar del art. 24 de la CE, y éste es un precepto dotado de eficacia inmediata, la gratuidad tiene un anclaje más evidente en el art. 119 CE, eso sí, con remisión a su configuración legal. Así pues, cabe establecer límites en el acceso a la jurisdicción siempre que éstos sean razonables; de ahí que quepa considerar que la imposición de la fianza no quebrante la tutela judicial efectiva. Con todo, me parece oportuno recordar también aquí lo señalado en la STC 140/2016, de 21 de julio (BOE nº 196, de 15 de agosto de 2016), donde el alto tribunal se pronuncia sobre las tasas judiciales y donde señala que la imposición de aquéllas no vulnera el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, ni tampoco el principio de gratuidad de la Justicia del art. 119 CE. Claro está que, a renglón seguido, el TC entiende que no existe tal vulneración “*pues se acreditan supuestos de exención y de pago flexible para aquellas personas jurídicas que no cuenten con suficientes recursos para litigar*”. Esta afirmación, extensible a las personas físicas, junto con el hecho de que el propio tribunal concluya que la cuantía de las tasas (ya sean cuotas fijas como variables) resultan desproporcionadas y pueden producir un efecto disuasorio a la hora de acudir a los tribunales de justicia en el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) me llevan a realizar la afirmación supra sostenida. En cualquier caso, y no siendo precisamente especialista en estas cuestiones, me remito para una lectura sosegada sobre las medidas cautelares en el orden social a quienes sí lo son, esto es, a A. BLASCO PELLICER: *Las medidas cautelares en el proceso laboral*, Civitas, Madrid, 1996. También, A. BLASCO PELLICER Y A. GUAMÁN HERNÁNDEZ: “Las medidas cautelares en el proceso laboral” en A. BLASCO PELLICER (Dir): *El proceso laboral. Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2581-2614. Recientemente, J. MARTÍNEZ GIRÓN: “La tutela cautelar en la jurisdicción social”, *Nueva revista española de Derecho del Trabajo* nº 194, 2017, pp. 23-53.

⁷¹ J.M. MARTÍN OSANTE: “El embargo preventivo de...”, loc. cit. p. 171.

que sí se prevé en la norma procedimental laboral española, pero no en la LEC (art. 721.2 LEC). En este contexto, entiendo que en la medida en que la LNM no señala nada al respecto y que para esta materia en concreto se ha de recurrir a lo dispuesto en la LEC que cederá su aplicación en las especialidades contenidas en materia de medidas cautelares contempladas en la LJS; sí que cabría que el órgano jurisdiccional de lo social pudiera acordar de oficio el embargo preventivo de buques en España.

2. La retención del buque, la declaración administrativa de abandono en España y su discordancia con el abandono/extinción del contrato de trabajo a efectos laborales.

47. Sin perjuicio de lo ya referido en los epígrafes anteriores, lo cierto es que hay una cuestión adicional que también considero oportuno mencionar en estas líneas. Me refiero a la cuestión de la competencia con la que cuenta la Administración española para poder proceder a la retención del buque. Y es que a tal efecto, se ha de hacer constar que si bien es cierto que para el embargo preventivo es necesaria la intervención judicial, ello no obsta, de acuerdo al CEPB 1999 y la LNM, a que las autoridades administrativas puedan en el ámbito de sus competencias decretar la inmovilización del buque a su vez. En este contexto, se ha de señalar que en nuestro derecho interno se regula la declaración administrativa de abandono en los puertos españoles de acuerdo con lo dispuesto en el art. 302 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (LPEMM 2011, BOE nº 253, de 20 de octubre de 2011) y que establece que para que exista declaración de abandono y pueda subastarse el buque, pudiendo satisfacer a través de esta vía las deudas que los acreedores tuvieran es necesario que *“el buque permanezca durante más de 3 meses atracados, amarrados o fondeados en el mismo lugar dentro del puerto sin actividad apreciable exteriormente, y sin haber abonado las correspondientes tasas o tarifas, y así lo declare el Consejo de Administración de la Autoridad Portuaria”*.

48. Como es visible, a tenor de nuestra normativa interna y para el caso de buques atracados, amarrados o fondeados en un puerto de interés general deben transcurrir más de tres meses para efectuar la declaración administrativa de abandono, si bien este plazo es superior en el caso de aquellos puertos para los que no es de aplicación la LPEMM, donde dicho plazo se extiende hasta los 6 meses⁷². Pues bien, la declaración de abandono de acuerdo a nuestro derecho interno y la capacidad alternativa al embargo con la que cuenta la administración marítima no es coincidente con el plazo establecido en el CTM 2006 con respecto a la determinación de abandono a efectos laborales. Y es que, a diferencia de este plazo de 3 meses, que puede ser eventualmente superior (de 6 meses) en aquellos puertos que no sean de interés general; las enmiendas señalan que nos encontramos ante la situación de abandono cuando *“de algún modo se haya roto unilateralmente sus vínculos con la gente de mar e incluso no haya pagado los salarios contractuales como mínimo durante un período de dos meses”*. Dicho de otra manera, si bien a partir del año 2011 y hasta la entrada en vigor de las enmiendas en nuestro país, había una cierta coincidencia entre el plazo a efectos administrativos y el plazo a efectos laborales para la declaración de abandono y la extinción causal del contrato de trabajo ex art. 50 ET respectivamente (empleando aquí la referencia que manejaba la ITF al respecto, que era de 3 meses); en la actualidad y como es visible, ante la introducción de las enmiendas al CTM en el año 2014 y, también de la Directiva 2018/131, se produce un distanciamiento entre ambos plazos. Esta diferencia que es mínima en relación con el abandono de buques en puertos de interés general, pero que se amplía considerablemente en el resto de puertos, puede ocasionar ciertos problemas de ajuste si, por ejemplo, a propósito del abandono de buques en el sentido laboral, la gente de mar insta la extinción del contrato de trabajo ex art. 50 ET por impago o retraso continuado en el pago de los salarios. Y se produce un desajuste con respecto a la referencia que maneja las enmiendas, dado que en nuestro país se ha venido empleando la referencia de 3 meses de impago o retrasos salariales por los órganos jurisdiccionales de lo social para demandar

⁷² Como es el caso por ejemplo de lo estipulado en el anteproyecto de Ley de Puertos y transporte marítimo del País Vasco (vid. http://www.euskadi.eus/contenidos/proyecto_ley/xleg_pyley_29/es_pyley_29/adjuntos/Proyecto%20Ley%20Puertos%20cast.pdf) a semejanza de la Ley 21/2007, de 18 de diciembre, de Régimen Jurídico y Económico de los Puertos de Andalucía, que establecen un plazo de 6 meses.

ante dichos tribunales en orden a extinguir el contrato de trabajo por este motivo. De este modo, la gran interrogante será discernir si en un supuesto de abandono y siempre que, obviamente sea un tribunal de lo social español competente para el conocimiento de un litigio de esta naturaleza, los tribunales de lo social van a admitir la demanda extintiva transcurridos dos meses desde que se produce el abandono o si seguirán manteniendo el criterio de los 3 meses que a estos efectos emplean. En mi opinión, y teniendo en cuenta que nos encontramos ante un supuesto específico, puede perfectamente interpretarse que en este marco deberán acudir a las referencias temporales ofrecidas en las enmiendas al CTM 2006, por lo que entiendo factible que admitan la demanda transcurridos dos meses desde la situación de abandono.

49. Ahora bien, incluso aun siendo así, problemas posteriores pueden surgir cuando admitida la demanda y declarada la extinción del contrato de embarque porque se pruebe el incumplimiento grave del empresario marítimo por retraso o impago de salarios en estos casos, se producirá cuando se pretenda ejecutar la sentencia. Y es que, como se ha visto previamente, la declaración del abandono a efectos administrativos y, por lo tanto, la posibilidad de inmovilizar el buque y posterior subasta del mismo para hacer efectivos los créditos salariales de la gente de mar se puede demorar más allá de los dos o tres meses que puede tardar un juez de lo social en dictar sentencia extintiva; algo que quizá no vaya a ser muy relevante en los supuestos de abandono de buques en puertos de interés general; no así en los puertos no sometidos a la LPEMM, en lo que como mínimo habrán de transcurrir 6 meses desde el abandono del buque para iniciar el procedimiento administrativo de declaración de abandono y posterior subasta del buque para satisfacer las deudas salariales a las que aquí hacemos alusión.

50. Ahora bien, la distancia entre la extinción causal del contrato de trabajo y la declaración de abandono a efectos administrativos puede ser mayor y sus efectos más perjudiciales para el trabajador del mar cuando éste/a inste la extinción de su contrato sobre la causa contenida en el art. 50.1.c) del ET, esto es, por incumplimiento grave derivado de la falta de ocupación efectiva. Y es que, como ya se ha avanzado supra, no sólo la ausencia de pago de los salarios es una consecuencia del fenómeno del abandono de la gente de mar, sino que es mucho más evidente, al menos en nuestro Derecho, que el abandono va a provocar que inmediatamente el empresario marítimo incumpla con su obligación básica de ocupar al trabajador, de ahí que en estos casos, no sea necesario esperar los meses a los que previamente hemos aludido para proceder a demandar para extinguir el contrato por tal motivo o que se demande por despido tácito en estos supuestos.

3. El concurso de acreedores y los supuestos de abandono.

51. Expuestas las anteriores consideraciones generales, conviene adentrarse en la problemática que se deriva de los supuestos de abandono precedidos de insolvencia del empresario marítimo. Y es que en estas circunstancias, se ha de tomar en consideración que si bien el procedimiento de embargo preventivo de buques puede adoptarse con las dificultades analizadas en los casos en los que no haya concurso de acreedores; también es verdad que esta misma decisión podrá adoptarse también en los supuestos de concurso, donde debemos distinguir dos situaciones distintas a los efectos competenciales: a) que el empresario marítimo inserto en el concurso de acreedores esté establecido en la UE o b) que el empresario marítimo no esté establecido en el espacio comunitario. Y ello así, porque en el primero de los supuestos, para la determinación de la competencia judicial internacional, de debemos tomar en consideración lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia; mientras que para los segundos será de aplicación la Ley concursal española, esto es, la Ley 22/2003, modificada mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio concursal. Pues bien, de los múltiples problemas que en este marco pudieran acometerse a continuación me voy a referir exclusivamente al supuesto de las dificultades que se originan a propósito del concurso del empresario marítimo espacialmente conectado con la Unión Europea, dados los problemas de interacción más que evidentes que se producen entre el Reglamento comunitario de insolvencia y la Directiva 2008/94/CE⁷³.

⁷³ Aunque también podrían extenderse a su aplicabilidad en función del ordenamiento jurídico aplicable. Para muestra un botón. Véase al respecto, E. LÓPEZ TERRADA y E. NORES TORRES: "La configuración de las causas "reorganizativas" en el Dere-

52. En efecto, en el supuesto de que el abandono se produzca a resultas de la insolvencia del empresario marítimo y en el caso de que éste se encuentre domiciliado en el espacio europeo, la competencia para conocer de la insolvencia empresarial corresponderá al órgano jurisdiccional competente derivado de la aplicación del Reglamento comunitario de insolvencia del año 2015, que será el designado, de acuerdo con el art. 3.1, a los tribunales del Estado miembro donde el deudor tenga su centro de intereses principales, clarificando a continuación la noción de “centro de intereses principales”, así como estableciendo medidas para evitar el *forum shopping* en estos contextos. No obstante, éstos no son los problemas, entre otros que pudieran surgir a propósito de este instrumento, a los que aquí se pretende hacer alusión, sino más bien referirnos a las dificultades que surgen de la compatibilidad entre la ley aplicable al concurso y, en concreto, a los contratos de trabajo, con respecto a la Directiva 2008/94/CE, que regula en su art. 9 cuál deba ser la autoridad competente para hacerse cargo de los créditos salariales de los trabajadores como resultado de la insolvencia empresarial; algo que a todas luces debe ser aquí analizado por las repercusiones que, en su caso, pueda tener en el marco de los supuestos de abandono derivados de la insolvencia del empresario marítimo y ésta última tenga conexiones con dos o más Estados miembros. Por su parte, también, la propia interpretación de lo dispuesto en el actual art. 9 de la Directiva 2008⁷⁴ con respecto a qué institución de garantía deba hacerse cargo de los créditos salariales impagados no es una cuestión pacífica, como se puso de manifiesto en el asunto *Stroumpoulis* del año 2016 y que evidentemente también afecta a la temática que aquí se está abordando.

53. Pues bien, por lo que se refiere a estas cuestiones, lo cierto es que -como se sabe- el Reglamento establece una regla general, de acuerdo con la cual el ordenamiento jurídico aplicable al concurso será el designado mediante la *lex fori concursus*, que queda excepcionada por lo que se refiere a los contratos de trabajo, con la finalidad de salvaguardar los derechos e intereses de los trabajadores. De este modo, el art. 13 del Reglamento del año 2015 señala que los efectos de procedimiento de insolvencia sobre los contratos de trabajo no quedarán sometidos al ordenamiento designado mediante la *lex fori concursus*, sino de acuerdo con la Ley del Estado miembro aplicable a los mismos (art. 13 Reglamento), esto es, de acuerdo con la *lex contractus*. Si bien ello es así, debe tomarse en consideración que la *lex contractus* no se extiende a toda cuestión relacionada con los contratos de trabajo, dado que el orden de prelación de los créditos laborales queda al albur de lo que señale la *lex concursus* a estos efectos⁷⁵.

54. Así, debe decirse que la regulación contenida en el Reglamento del año 2015 con respecto a los contratos de trabajo, si bien nos parece positiva, puede generar alguna que otra controversia en el plano interno de algunos países⁷⁶ y, en concreto, para el supuesto que aquí analizamos, donde es

cho comparado: los casos alemán, francés e italiano, *Actualidad Laboral* nº 11, 2011, pp. 1290-1309. De los mismos autores también “La causalidad de los despidos económicos en el derecho comparado en A. DESDENTADO BONETE (Dir.) y A. DE LA PUEBLA PINILLA (Coord.): *Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral: Un análisis desde el Derecho y la Economía*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 321-343.

⁷⁴ Como se sabe, fue la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, la que incorporó a la Directiva general sobre protección de los trabajadores en supuestos de insolvencia empresarial, una nueva sección: la sección III bis que comprendía los artículos 8 bis y 8 ter de ese texto, cuyo objeto es la determinación de la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados, así como la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores en los supuestos de insolvencia de una empresa con actividades en al menos dos Estados miembros [Sobre esta cuestión, M. SARGEANT: “Protecting Employees with Insolvent Employers”, *Industrial Law Journal* vol. 32, nº 1, 2003, pp. 53-59. A. ARUFE VARELA: “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”, *Actualidad Laboral* nº 2004-II, pp. 2160 y ss]. Y ambas disposiciones se recogen de manera mimética en los actuales artículos 9.1 y 9.2 de la Directiva 2008/94/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre.

⁷⁵ L. LÓPEZ CUMBRE: “Insolvencia y contratos de trabajo en el Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia”, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/insolvencia-y-contratos-de-trabajo-en-el-reglamento-2015-848-sobre-procedimientos-de-insolvencia.pdf>

⁷⁶ Pero es que además de lo apenas reseñado, la excepción contenida en el Reglamento comunitario puede plantear problemas aplicativos de interés, que han intentado ser resueltos por el propio reglamento, si bien aún no recibidos, ni introducidos en la norma interna española, generando dudas e interrogantes en este marco. En efecto, la Ley concursal española exige, de acuerdo con los arts. 64 y 65, que exista un procedimiento de insolvencia en nuestro país, por lo que si resulta que no hay abierto un concurso territorial en nuestro país, y la norma del Estado donde se ha abierto el procedimiento principal no contemplara

probable que los contratos de embarque de la gente de mar abandonada queden regulados por distintos ordenamientos jurídicos a consecuencia de la aplicación antes vista del Reglamento europeo. En estos supuestos, la solución de la insolvencia se complicaría exponencialmente, dado que por ejemplo en España los mecanismos que se establecen en la Ley concursal (arts. 64 y 65 LC, relativos a los contratos de trabajo y a la relación laboral de alta dirección respectivamente y de aplicación, ésta última, muy discutible con respecto a los capitanes de buques) sólo permiten la intervención judicial en supuestos de naturaleza colectiva a la hora de extinguir, modificar o suspender los contratos de trabajo, por lo que en no pocas ocasiones será difícil alcanzar los umbrales que las disposiciones laborales internas exigen (y que precisan adaptación a las Directivas comunitarias de aplicación) y que computan al número de trabajadores de la empresa, centro o grupo, etc.

55. Pero es que además de lo anterior, es necesario mencionar la eventual incompatibilidad que puede surgir entre la aplicación de este Reglamento del año 2015 de insolvencia con respecto a la Directiva del año 2008, ya que es perfectamente factible que se produzca una disociación entre la Ley que regularía los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo (*lex contractus*) y la propia Directiva, que hace depender la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados en función del Derecho por el que se rija la institución de garantía competente (art. 9.2 Directiva 2008). En efecto, esta disposición emplea un mecanismo de Derecho internacional privado que puede considerarse como mediado, en la medida en que no señala directamente un punto de conexión, sino que la norma remite para la determinación de la ley rectora a los derechos subjetivos relativos a los créditos impagados a la ley del país por el que se rija la institución de garantía competente. De este modo, el operador jurídico debe en primer lugar establecer cuál es la institución de garantía competente para *a posteriori* y, en función de ella, determinar el derecho aplicable a sí, por ejemplo, los créditos laborales gozan o no de privilegio concursal, el montante o su rango. Ahora bien, la remisión que realiza este apartado del art. 8 bis o art. 9.2 del acto comunitario a la legislación del Estado donde se encuentre la institución de garantía competente para hacerse cargo de los créditos salariales no tiene necesariamente porqué coincidir ni con la *lex contractus*, ni tampoco con la *lex concursus*. De este modo, el que el derecho que rija la extensión de los derechos de crédito de los trabajadores no sea idéntico al determinado, en su caso, por la *lex contractus* origina el problema de la disociación entre la primera –que regularía los efectos del concurso sobre los contratos de trabajo– y la precisada por la aplicación de la norma que comentamos –la responsable de señalar la existencia y el rango de los privilegios de los trabajadores–. Por su parte también, obviamente, mayores dificultades observamos cuando la solución alcanzada por art. 9.2 de la Directiva 2008/94/CE no fuera coincidente con la *lex concursus*. En este sentido, además del inconveniente anotado, encontramos una contradicción abierta entre la Directiva y el Reglamento comunitario sobre insolvencia⁷⁷, ya que este último prevé la aplicación de este punto de conexión –*lex concursus*– a esta materia concreta (rango y privilegios). Esta cuestión, además de resaltar la descoordinación del legislador comunitario a la hora de regular este tema, origina una situación difícilmente arbitrable en la práctica. En efecto, hoy por hoy los actos comunitarios no guardan un sistema de prelación jerárquica capaz de determinar cuál de los dos instrumentos ha de aplicarse.

56. Junto con lo apenas expuesto, conviene precisar también que tampoco resulta, ni ha resultado nada sencillo delimitar qué institución de garantía sería competente en los supuestos de insolvencia transnacional para la protección de los salarios adeudados a los trabajadores; problema éste al que el TJ se ha tenido que enfrentar en diversas ocasiones, tanto en supuestos en los que las instituciones de garantía

un procedimiento equivalente al regulado en España para que el juez del concurso extinga, modifique o suspenda los contratos de trabajo, el juez del concurso extranjero no tiene posibilidad alguna para resolver la cuestión. A pesar de lo anterior, es cierto que el propio Reglamento excepciona en este contexto la regla general, permitiendo que la competencia en relación con las decisiones aplicables a los contratos de trabajo recaiga sobre el juez o autoridad local del Estado donde el deudor tenga un establecimiento, a cuya ley nacional se sometan dichos contratos. Así se expresa, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ: “El nuevo Reglamento Europeo de insolvencia: cuestiones seleccionadas (1)”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n° 26, 2017, pp. 17 y ss.

⁷⁷ Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido). DOUE L141, de 5 de junio de 2015.

fueran de Estados miembros de la UE (STJUE en caso Mosbaek, Asunto C-117/96, de 17 de septiembre de 1997 y en la STJUE, en el caso Everson y Barrass, C-198/98, de 16 de diciembre de 1999⁷⁸), como cuando eventualmente pudieran ser competentes instituciones de garantía de Estados europeos y extracomunitarios respectivamente, como ya sucediera en el caso Stroumpoulis del año 2016, que versaba precisamente sobre un supuesto de abandono de marinos griegos en el puerto del Pireo (Atenas). Pues bien, para los supuestos en los que las instituciones de garantía eventualmente competentes fueran de Estados miembros de la UE, el TJ fijó un criterio delimitador que posteriormente acabó por incorporarse al art. 9.1 de la Directiva del año 2008, estableciendo que “*Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia en el sentido del artículo 2, apartado 1, la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados será la del Estado miembro en cuyo territorio estos ejerzan o ejercieran habitualmente su trabajo*”⁷⁹. Prescindiendo aquí y ahora de una explicación detallada de lo problemático que puede resultar determinar un lugar habitual de prestación de servicios a los contratos de embarque o a los contratos de trabajo de quienes presten servicios a bordo de buques, lo cierto es que este criterio delimitador puede haber quedado en entredicho, esto es, ampliado, modificado o matizado para los supuestos de abandono de buques al albur de lo que el TJUE expusiera en el caso Stroumpoulis, donde este criterio no fue el que se tuvo en cuenta. En efecto, el TJUE en este caso optó por considerar que la institución de garantía competente fuera aquella donde o bien se ha decidido la apertura del procedimiento concursal, o bien se ha constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario. En mi opinión, la solución dada en el caso Stroumpoulis es más favorable para los supuestos de abandono que la que se derivaría del criterio contenido en el art. 9.2 de la Directiva del año 2008, sobre todo porque, como decimos, ya es per se difícil aplicar el criterio de la *lex loci laboris* a esta tipología de contratos, pero también porque es muy probable que la prestación de servicios de la gente de mar se desenvuelva en buques de pabellón extranjero, donde eventualmente encontraríamos alguna otra entidad de garantía de algún país extracomunitario competente junto con la de algún país comunitario con el que la relación laboral presentara una relación de vinculación estrecha.

57. Ahora bien, ello no obsta para indicar que surgen dudas sobre el alcance de la sentencia Stroumpoulis, esto es, si esta misma interpretación sería extensible para los supuestos de abandono de buques donde todos los elementos de conexión se situaran en territorio europeo y fueran competentes las instituciones de garantía de varios Estados comunitarios o si sólo se aplica para el supuesto contemplado en los hechos que dieron lugar a este litigio. Personalmente opino que la solución dada en el caso Stroumpoulis podría extenderse a los supuestos intracomunitarios, no en vano es una respuesta muy adecuada en los casos de abandono de buques, ya que con ella -y acreditada la vinculación con territorio europeo- se evita tener que acudir por analogía al criterio del lugar habitual de prestación de servicios que contempla el art. 9.1 de la Directiva del año 2008, que per se conduciría a la desprotección de los trabajadores afec-

⁷⁸ El TJ declaraba en el caso Mosbaek que, en caso de insolvencia de un empresario establecido en un Estado miembro diferente de aquel en cuyo territorio reside y ejerce su actividad por cuenta ajena un trabajador, la institución de garantía competente para el pago de los créditos impagados de ese trabajador es, en principio, la del lugar de establecimiento del empresario que, por lo general, contribuye a la financiación de la institución. En el caso de la sentencia Everson y Barrass, el Tribunal de Justicia precisó, sin embargo, que la situación era diferente cuando el empresario dispone de varios establecimientos en distintos Estados miembros, en cuyo caso, para determinar la institución de garantía responsable, es preciso referirse, con carácter de criterio adicional, además de al lugar de establecimiento, al lugar de actividad de los trabajadores.

⁷⁹ La regla contenida en el actual art. 9.1 de la Directiva del año 2008, el legislador comunitario diseña un sistema donde sólo intervenga una única institución de garantía, atribuyendo la citada competencia a la entidad del Estado miembro donde los trabajadores ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo la responsabilidad de hacerse cargo de los créditos impagados resultantes de un procedimiento de insolvencia transnacional [Ésta es la solución acogida en la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1999, asunto C-198/98 Everson y Barrass vs Secretary of State for Trade and Industry]. En aplicación de este criterio, el TJ ha realizado varias interpretaciones donde, en primer lugar, ha declarado que “*el artículo 8 bis, incluido en la Directiva 80/987 por obra de la Directiva 2002/74, establece un nuevo criterio para determinar la institución de garantía competente. Por consiguiente, dicho artículo supone una modificación sustancial de las disposiciones de la Directiva 80/987. De ello se desprende que la apreciación jurídica de una situación como la del litigio principal no conduce necesariamente al mismo resultado cuando se efectúa con arreglo a las disposiciones de la Directiva 80/987 en su versión inicial que cuando se lleva a cabo conforme a las disposiciones de esa misma Directiva en su versión modificada por la Directiva 2002/74*” (Sentencia Holmqvist, C-310/07, de 16 de octubre de 2008).

tados por el Estado de insolvencia del empleador formal situado en un país tercero si se interpreta el lugar habitual de prestación de servicios en analogía a la ley del pabellón⁸⁰. Y ello así, porque la posibilidad de emplear criterios distintos al contemplado en el art. 9.1 de la Directiva es una realidad factible avalada por el propio TJUE en algún otro pronunciamiento relativamente reciente del TJUE, dado que si bien lo subordina a que el Derecho nacional de que se trate así lo prevea, con carácter general el TJ no está excluyendo que se produzca una desviación del criterio de aplicación contenido en el actual art. 9.1 de la Directiva del año 2008, siempre que esta opción resulte favorable para el trabajador⁸¹.

58. Pero si ello no fuera posible, entiendo que otra opción también podría valorarse a la hora de interpretar el art. 9.2 de la Directiva 2008. Así, considero que podría ser pertinente atraer la jurisprudencia del TJ emitida a propósito de la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado, no en vano el criterio contenido en el art. 9.1 de la Directiva 2008/94/CE, sin constituir ni un criterio conflictual ni una norma material, acoge una pauta que resulta muy próxima a la regla contenida en el art. 8.2 del Roma I⁸², esto es, a la *lex loci laboris*, de tal manera que si bien, como es obvio, su utilización es compleja en los supuestos de trabajadores móviles o itinerantes, lo cierto es que la búsqueda de una vinculación substantiva (Koelzsch⁸³) o vinculación más estrecha (Schlecker⁸⁴) permitirían alcanzar una solución próxima a la que finalmente se señala en el caso Stroumpoulis. Y entiendo que esta última solución puede resultar también acertada, sin perjuicio de que obviamente surjan problemas posteriores de coordinación con el resto de los instrumentos aplicables a la materia, tal y como hemos puesto de manifiesto con anterioridad.

VII. Conclusión

59. Parece evidente cuál haya de ser la conclusión a este trabajo tras ofrecer unas pinceladas generales en relación con los problemas que representa el recurso al aseguramiento privado en caso de reclamaciones salariales derivadas del abandono de buques. Así, si bien es cierto que esta materia no es en absoluto una cuestión sencilla, no en vano queda atravesada por lo que respecta a nuestra legislación nacional, tanto por normas laborales, mercantiles, administrativas, etc, que generan un “enredo jurídico”

⁸⁰ Es cierto, eso sí, que esta solución no evitaría el problema del régimen de financiación por los empresarios de la institución de garantía, si bien hay que decir que no parece que esta cuestión plantee mayor problema a la luz de lo dispuesto en el caso Stroumpoulis, donde con carácter meridiano el TJ sostiene su aplicabilidad incluso en los supuestos en los que el empresario naviero formalmente situado en un tercer Estado no realice aportación alguna para el sostenimiento de la institución de garantía de que se trate.

⁸¹ Me refiero a lo señalado en la sentencia de 10 de marzo de 2011, Asunto Defossez (Caso C-477/09), donde el TJ llega a afirmar que “cuando una empresa que ha empleado a un trabajador no dispone de ningún establecimiento en el Estado miembro en el que dicho trabajador ejerce su actividad y cuando esa empresa abona las cotizaciones sociales como empresario en el Estado miembro de su domicilio social, la institución de garantía competente, con arreglo al artículo 3 de la Directiva 80/987, para el pago de los créditos del trabajador en caso de insolvencia de su empresario es la institución del Estado miembro en cuyo territorio se haya ordenado la liquidación judicial del empresario”. Y ello así, porque el TJ interpreta que si bien la Directiva 80/987 no atribuye al trabajador la facultad de elegir entre diferentes instituciones, dicha directiva no excluye la posibilidad de que el trabajador se acoja a la garantía de una institución diferente de aquélla identificada con base a la aplicación de la Directiva, cuando ello le resulte favorable y el Derecho nacional prevea tal posibilidad. Ha de mencionarse el hecho de que esta solución que el TJ acoge en la sentencia del año 2011 no es tampoco una novedad, ya que en realidad no es más que una vuelta de tuerca sobre lo que ya sostuviera en la sentencia *Mosbaek* de 1997, esto es, la posibilidad de que la institución de garantía competente sea aquélla donde o bien se ha decidido la apertura del procedimiento concursal, o bien se ha constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario. Sobre la posición tuitiva del TJ con respecto a la protección de los trabajadores ante la insolvencia del empresario, vid. M.G. QUINTERO LIMA: “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)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2012), Vol. 4, n° 1, pp. 334-344

⁸² Reglamento comunitario n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. DOUE L177, de 4 de julio de 2008.

⁸³ Sentencia de 15 de marzo de 2011, Asunto C-29/10, Caso Koelzsch, Comentada por J. MASEDA RODRÍGUEZ: “Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo”, *Diario La ley* n° 7662, 29 de junio de 2011. La Ley 12236/2011.

⁸⁴ Sentencia de 12 de septiembre de 2013, Asunto C-64/12, caso Schlecker.

altamente complejo; lo cierto es que precisamente por ello, debería haberse realizado una reflexión más detenida antes de recurrir -siquiera de manera informal- al aseguramiento vía P&I para estos supuestos, máxime cuando además tenemos pendiente la ratificación del Convenio nº 188, sobre el trabajo en la Pesca, de 2007, donde no se establece ninguna mención sobre el abandono de tripulaciones de Pesca, y a los cuales debería prestarse especial atención dado que España sí cuenta con una flota pesquera relevante⁸⁵.

60. Pero es que además de ello, creo muy conveniente la necesidad de meditar tranquilamente sobre todas estas cuestiones, dado que en el momento en el que se terminan de redactar estas páginas, nos encontramos ante la reciente celebración y finalización de la tercera reunión del Comité Tripartito Especial establecido por el Consejo de Administración de la OIT en virtud del artículo XIII del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (MLC, 2006), que ha tenido lugar en Ginebra los días 23 a 27 de abril de 2018, y donde se ha debatido el establecimiento de un sistema de garantía salarial para proteger a la gente de mar frente a las situaciones de cautiverio, piratería y robo a mano armada⁸⁶ con un contenido muy similar al ya expuesto para los casos de abandono. Teniendo en cuenta lo que ya tenemos entre manos y lo que se cierne para un futuro próximo, es de esperar que en poco tiempo nos volvamos a pronunciar sobre este particular, esperando que para entonces se produzca, como mínimo, alguna reflexión sosegada sobre las condiciones de trabajo de la gente de mar con carácter general y sobre la (in)adaptación de nuestra normativa interna en materia laboral y de seguridad social a todas estas cuestiones⁸⁷.

⁸⁵ Sobre esta cuestión, vid. X.M CARRIL VÁZQUEZ: “La protección en caso de enfermedad, lesión o muerte relacionadas con el trabajo y en caso de abandono de la tripulación, en el Convenio número 188 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre el trabajo en la Pesca (2007)”, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo* nº 203, 2017, pp. 67 y ss. Asimismo, vid. FOTINOPOULOU BASURKO, O.; CHAUMETTE, P. (Dir.) y CARRIL VÁZQUEZ, X. M. (Coord): Estudio técnico-jurídico del Convenio 188 sobre el trabajo en la Pesca (2007) de la Organización Internacional del Trabajo, Aranzadi editorial, Cizur Menor, 2018.

⁸⁶ Vid. P. CHAUMETTE: “Piraterie et proposition d’Amendements 2017 de la Convention MLC 2006 de l’OIT”, *Neptunus e-revue*, vol. 23, 2017/2. www.cdmo.univ-nantes.fr

⁸⁷ X.M CARRIL VÁZQUEZ y O. FOTINOPOULOU BASURKO: “Una renovación pendiente, al menos en lo que afecta al Derecho del trabajo aplicable en las actividades marítimo-pesqueras” en J.L. GARCÍA-PITA Y LASTRES; M-R QUINTÁNS-EIRAS y A. DÍAZ DE LA ROSA (Dir.): *El Derecho Marítimo en los nuevos tiempos*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2018 pp. 53-67.

INFORMACIÓN ENGAÑOSA SOBRE UN PRODUCTO Y DERECHO ANTITRUST

MISLEADING INFORMATION ABOUT A PRODUCT AND ANTITRUST LAW

JAVIER FRAMIÑÁN SANTAS

Universidad de Santiago de Compostela

Recibido: 25.06.2018 / Aceptado: 19.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4383>

Resumen: La difusión de información engañosa sobre un producto puede, en determinadas circunstancias, restringir la competencia. Este trabajo analiza cuál es el estándar adecuado para evaluar este tipo de práctica a la luz del Derecho de Defensa la competencia de la UE.

Palabras clave: información engañosa, Derecho de la competencia, Hoffman La Roche/Novartis.

Abstract: Dissemination of misleading information about a product can be considered a restriction of competition under certain conditions. This paper analyses what standard should be employed in the light of the EU Competition Law to evaluate such practice.

Keywords: misleading information, competition law, Hoffman La Roche/Novartis.

Sumario: I.Preliminar. II.Los efectos del engaño sobre la competencia. III.Las declaraciones engañosas sobre un producto a la luz del derecho antitrust norteamericano. IV.Riesgos de falsos positivos y costes de “administración” en el examen de las declaraciones engañosas. V. Las declaraciones engañosas y los arts. 101 y 102 del TFUE. 1. Consideraciones generales. 2. El caso *Hoffman-La Roche/Novartis*

I. Preliminar

1. Las declaraciones engañosas emitidas por una empresa y relativas a sus productos o servicios o a los de un rival (pej. publicidad engañosa) son, sin duda alguna, conductas desleales que pueden dañar a los consumidores o a los competidores. Sólo en ciertos casos excepcionales pueden considerarse restricciones de la competencia en el sentido del Derecho antitrust. Recientemente, el Tribunal de Justicia en el caso *Hoffmann La Roche/Novartis* declaró que un acuerdo para crear una impresión engañosa sobre la seguridad de un medicamento puede ser considerada una restricción por el objeto en el sentido del art. 101.1 TFUE¹. Este fallo da pie para reflexionar sobre cuál es el estándar más adecuado para evaluar las declaraciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival a la luz del Derecho de la competencia de la Unión Europea. Y este es, precisamente, el objetivo de este trabajo.

2. Hay que advertir que este trabajo tiene por objeto únicamente las declaraciones engañosas relativas al propio producto o al de un rival. No se pretende analizar a la luz del Derecho de la competencia la categoría de los actos de engaño en general ni formular una teoría global sobre los mismos. Así,

¹ STJUE 23 de enero de 2018, *F. Hoffmann-La Roche Ltd et al contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-179/16, Rec. 2018, EU:C:2018:25.

por ejemplo, no se evaluarán prácticas como la emisión de declaraciones engañosas ante una oficina de propiedad industrial con el objeto de obtener un derecho de exclusiva o el silencio sobre la existencia de patentes durante un proceso de estandarización². Tampoco se pretende abordar el tema más complejo y amplio de las relaciones entre el Derecho antitrust y de la competencia desleal o reflexionar sobre el art. 3 de la Ley de Defensa de la competencia española³. El objetivo es más modesto: se trata simplemente de formular algunas ideas sobre el problema del estándar adecuado para evaluar las declaraciones engañosas sobre los propios productos o los de un rival a la luz del Derecho antitrust de la UE.

3. Para ello, tendremos en cuenta el Derecho antitrust norteamericano (apartado III). En Estados Unidos, tanto los tribunales como la doctrina están divididos existiendo en la actualidad diferentes enfoques sobre cómo abordar este tipo de prácticas. A continuación analizaremos los riesgos asociados a la adopción de los diferentes estándares (apartado IV). Seguidamente, haremos una propuesta, en la línea de parte de la doctrina norteamericana, y trataremos de contrastarla con la sentencia del caso Hoffman La Roche/Novartis (apartado V). En lo sucesivo, para abreviar, utilizaré la expresión declaración engañosa para referirme exclusivamente a las manifestaciones engañosas relativas al producto propio o de un rival.

II. Los efectos distorsionadores del engaño

4. Una manifestación engañosa sobre un producto o servicio propio o de un rival produce efectos distorsionadores obvios. En primer lugar, pueden dañar de forma directa a los consumidores. Quien adquiere el producto del emitente de una declaración engañosa en lugar del de un rival confiando precisamente en esta declaración se encontrará después de la transacción en una peor situación que si hubiera optado por este último⁴. En términos económicos, si asumimos que los consumidores actúan de manera racional tratando de maximizar sus beneficios, debemos concluir que los consumidores tenderán a adquirir aquellos productos o servicios que le proporcionan un mayor grado de utilidad. Lo que implica que si un consumidor tiene que elegir entre varios productos o servicios seleccionará aquel que le proporcione un mayor grado de bienestar (bienestar del consumidor). El engaño puede provocar que los consumidores elijan un producto o servicio que les proporciona un bienestar menor que el que obtendrían si adquiriesen el producto de un rival o renunciasen a la compra completamente⁵. Así pues, el engaño cuando se consuma reduce el bienestar del consumidor. Puesto que uno de los objetivos del Derecho antitrust es proteger la competencia como medio para lograr el mayor grado de bienestar del consumidor, se comprende que el engaño sea relevante para el Derecho de la competencia en general, y pueda en ciertas ocasiones serlo para el Derecho de defensa de la competencia.

5. En segundo lugar, las declaraciones engañosas pueden provocar un daño indirecto al consumidor. Las prácticas engañosas pueden, bajo determinadas circunstancias, permitir la expulsión de un competidor o evitar o dificultar su entrada en el mercado, lo que a su vez puede dañar a los consumidores

² Vid. STJUE 6 de diciembre de 2012, *Astrazeneca contra Comisión Europea*, C-457/10P, Rec. 2012, EU:C:2012:770; Decisión de la Comisión Europea 9 de diciembre de 2009, “Rambus”, Comp/38.636, DOUE C30 de 6 de febrero de 2010, p. 17; el texto completo está disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38636/38636_1203_1.pdf, consultado por última vez el 17 de mayo de 2018.

³ En relación con estas cuestiones, vid., entre otros, C. PAZ-ARES, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust”, n° 159, *Revista de Derecho mercantil*, 1981, pp.7-147, A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2001, J.I.FONT-GALÁN, y L. M^a. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust*, Madrid, Marcial Pons, 2005, J. COSTAS COMESAÑA, “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, en M^a P. BELLO MARTÍN-CRESPO y F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (coords), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2009, p.213-232.

⁴ M.E. STUCKE, “How do (and should) competition authorities treat a dominant firm’s deception”, *SMU law review*, vol. 63, 2010, p. 1073.

⁵ M.E. STUCKE, op. cit., p. 1073, “Note”, “Deception as an antitrust violation”, *Harvard Law Review*, vol. 125, 2012, p. 1239. El engaño puede provocar como efecto reflejo un incremento de los costes de transacción de los consumidores, puesto que estos, conocedores del riesgo de engaño, dedican tiempo y esfuerzo a buscar información sobre los productos o servicios que desean adquirir, lo que a su vez reduce su bienestar, M.E. STUCKE, ibídem, pp. 1072 y 1073.

de manera indirecta. Al menos teóricamente, el engaño puede desviar consumidores hacia el emisor del mensaje engañoso en perjuicio de un rival o evitar que opten por este último provocando, eventualmente, su expulsión del mercado⁶. El engaño además en mercados de productos nuevos-cuyos riesgos son difícilmente evaluables-puede actuar como barrera de entrada⁷. El engaño también puede provocar un incremento de los costes de los rivales afectados. Para contrarrestar los efectos del engaño en el mercado, los rivales tendrán que destapararlo y eso requerirá realizar ciertas inversiones, pej publicitarias⁸. En este sentido, se ha dicho que el coste de responder a un acto engañoso puede provocar un desplazamiento de la curva de la oferta del afectado, con menos *output* y precios más altos⁹.

III. Las declaraciones engañosas sobre un producto a la luz del Derecho antitrust norteamericano

6. En los Estados Unidos los tribunales han utilizado criterios dispares para evaluar las manifestaciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival.

El séptimo circuito ha defendido que la publicidad engañosa no es ilegal a la luz del Derecho antitrust. Los casos de engaño abordados por el séptimo circuito, tienen relevancia no sólo por el contenido del fallo sino también por la autoridad del juez que los resolvió, EASTERBROOK. El primer caso, *Schachar*, gira entorno a unas recomendaciones relativas a la queratotomía radial realizadas en el momento de aparición de esta técnica¹⁰. La queratomía radial es una técnica quirúrgica que permite corregir la miopía. Cuando apareció, las agencias federales encargadas de la investigación aplicada a la medicina calificaron la queratotomía radial como una técnica experimental y pidieron cautela. La asociación de oftalmólogos más grande de Estados Unidos, la *American Academy of Ophthalmologist*, apoyándose en esta declaración, emitió un comunicado de prensa en el que pedía a los pacientes, oftalmólogos y hospitales prudencia en relación con la queratotomía radial, hasta que se realizasen más estudios. Pues bien, algunos cirujanos que aplicaban esta técnica, consideraron que la declaración de la *American academy* era cuando menos alarmista y que, de no haber sido por ella, la demanda de esta técnica hubiera sido mayor. Esto es, en el fondo lo que alegaban era que la declaración de la *American Academy* favorecía a los oftalmólogos que no practicaban todavía la queratomía radial y optaban por métodos contrastados. Por esta razón, demandaron a la *American Academy* alegando infracción del § 1 de la Sherman Act. El juez EASTERBROOK consideró que no existía tal infracción. Entre otras cosas, argumentó que el Derecho antitrust pretende proteger el bienestar del consumidor condenando los acuerdos que reducen la oferta de productos o servicios provocando un alza en los precios¹¹. Sin embargo, la declaración de la *American academy* afectaba únicamente a la demanda; no producía una reducción de *output*, porque no pasaba de ser una mera recomendación: no prohibía a los oculistas practicar la queratomía radial ni les imponía ningún tipo de sanción si la aplicaban. Y “no puede haber una restricción de la competencia sin restricción”¹². Según EASTERBROOK si la declaración de la *American Academy* era *falsa, engañosa, incompleta o errónea*, el remedio no estaba en el Derecho antitrust sino en la información, en “el mercado de las ideas”¹³. Esto es, nada impide a los oftalmólogos que practicaban la queratomía radical cuestionar la declaración de la *American academy* y convencer al público de que esta técnica no era peligrosa.

7. En el año 2005, EASTERBROOK volvió a invocar las ideas mencionadas en un caso en el que el demandante, un vendedor de acondicionadores de agua “magnéticos” acusó a un fabricante de sistemas

⁶ Note, op. cit., p. 1238.

⁷ Note, *ibidem*, M.E. STUCKE, p. 1073; *vid, infra*, las referencias al caso Roanald A. Schachar et al v. American Academy of Ophthalmology, 870 F.2d 397, (7th circuit).

⁸ M.E. STUCKE, *ibidem*, Note, op. cit., 1238. Hay que reconocer que cuando las manifestaciones engañosas se refieren al producto de un rival, algunos de estos costes, podrían ser compensados económicamente, si los competidores afectados obtienen una indemnización de daños en los tribunales.

⁹ Note, *ibidem*.

¹⁰ A. Roanald . Schachar et al v. American Academy of Ophthalmology, 870 F.2d 397, (7th circuit).

¹¹ *Ibidem*, p. 399.

¹² *Ibidem*, p. 397.

¹³ *Ibidem*, p. 400, *vid. también* p. 399.

de purificación de agua químicos o mediante filtros de violar la Sherman Act cuando afirmó que los sistemas magnéticos no funcionaban¹⁴. Nuevamente EASTERBROOK insiste en que el Derecho antitrust se ocupa de prácticas que encarecen los productos o servicios reduciendo el *output*. Los comentarios falsos sobre los productos de un rival no reducen el *output* en el corto o largo plazo. Simplemente sitúan la competencia en otro escenario, el de la publicidad¹⁵. A diferencia de otras leyes, la Sherman Act no tendría como misión velar por la veracidad de las declaraciones comerciales; la Sherman Act promueve todo tipo de competencia, incluso aquella que otros competidores consideran desleal¹⁶.

8. Otro grupo de tribunales ha optado por la teoría propuesta en su día por AREEDA y TURNER y asumida, con posterioridad, por HOVENKAMP según la cual los actos de engaño deben presumirse *de minimis* a efectos de la section 2 de la Sherman Act¹⁷. La presunción admite prueba en contrario. La presunción *de minimis* implica, en la práctica, que como regla general los tribunales antitrust descartan, en una fase preliminar del proceso, las demandas por infracción del Derecho antitrust basadas en prácticas engañosas¹⁸.

9. Dos factores aconsejan que los tribunales adopten el filtro de la presunción *de minimis*. Por un lado, la probabilidad de que mediante un acto de engaño se cree poder de mercado duradero y significativo es muy bajo en la mayoría de los casos. Por otro, debe tenerse en cuenta la enorme prevalencia de supuestas conductas engañosas¹⁹. Dados estos factores, la presunción de AREEDA se explica, en último término, por el deseo de evitar el coste que conllevaría abrir la puerta a que los actos de engaño pudieran ser examinados a la luz del Derecho antitrust. Debe tenerse en cuenta además que la litigiosidad en este ámbito se vería incentivada por la posibilidad de obtener *treble damages* si la demanda prosperase.

10. Como adelantábamos más arriba la presunción de AREEDA et al. admite prueba en contrario. Para levantar la presunción, el demandante debe probar, de forma cumulativa que: a) la declaración, recomendación, etc es claramente engañosa, b)claramente relevante (*material*), c) que con una clara probabilidad induce a una razonable confianza a su destinatario (consumidor, cliente etc), d) que los destinatarios del mensaje engañoso (compradores etc) carezcan de conocimientos en la materia, e) que el engaño sea continuado y se extienda a lo largo de periodos prolongados, f) que no pueda ser contrarrestado fácilmente por los rivales²⁰. Si el demandante consigue levantar la presunción *de minimis*, el caso será examinado aplicando las normas generales del Derecho antitrust.

11. La doctrina de AREEDA et al. ha sido aplicada en numerosos casos, principalmente en el segundo, sexto y noveno circuito. Los siguientes asuntos pueden considerarse los principales hitos en la difusión de la presunción *de minimis* en los tribunales. El punto de partida suele situarse en el asunto *Berkey*²¹. En este caso, el recurrente, Berkey Photo una empresa que se dedicaba a la venta de material

¹⁴ Charles H. Anderson v. Culligan International Company, 415 F.3d 620 (7th Circuit).

¹⁵ *Ibidem*, p. 623.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 623 y 624.

¹⁷ P. AREEDA y D. F. TURNER, *Antitrust law*, v. III, Boston-Toronto, Little Brown and Co., 1978, pp 280-281, P. E. AREEDA, y H. HOVENKAMP, *Antitrust law*, v. IIIB, Nueva York, Wolters Kluwer, 2015, p. 351.

¹⁸ Desde un punto de vista procesal, la presunción *de minimis* se canaliza, generalmente, a través del trámite del *summary judgment*. La parte demandada puede solicitar en la fase preliminar del proceso un *summary judgment* alegando la presunción *de minimis*. Es entonces cuando la otra parte si quiere superar –“sobrevivir”–el trámite del *summary judgment* tendrá que probar la existencia de los factores indicados por AREEDA et al. En caso de lograrlo, se examinará el fondo del asunto. En caso de no hacerlo, la demanda se desestimará.

¹⁹ P. E. AREEDA y H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 351.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Berkey Photo, Inc v. Eastman Kodak Company*, 603 F.2d 263 (2nd Circuit). Unos días antes de que se fallase el caso *Berkey*, la presunción fue citada en el caso *Outboard Marine Corp*. Aunque anterior, *Outboard* tiene menos importancia que *Berkey* por dos razones: se trata de una decisión de un district court y además no ha sido citada como precedente en otras sentencias, M. E. STUCKE, *op. cit.*, p.1084. Quizás si resulte interesante destacar la razón por la que para el juez del caso debe adoptarse una presunción *de minimis*: la evaluación a la luz de la Sherman Act de actos de competencia desleal y en particular de desacreditación de un producto o empresa rival debe estar sujetos a la regla *de minimis* si no se quiere que los tribunales antitrust acaben siendo el campo de batalla en el que se discutan una variedad de *torts*, es decir, se cambie la naturaleza de los asuntos discutidos por los tribunales antitrust, *Outboard marine corp v. Pezetel*, 474 F. Supp. 168, en p. 180.

fotográfico-cámaras, películas, papel fotográfico... - y que proporcionaba servicios de revelado fotográfico, demandó a Kodak al entender que habría violado la Sherman Act con una serie de prácticas relacionadas con el lanzamiento y comercialización de la cámara Instamatic 110 y una nueva película de color (Kodacolor II) compatible con ese modelo. Berkey entre otras cosas habría notado, como consecuencia de estas prácticas, un descenso en la venta de cámaras. Pues bien, en el caso salió a relucir que Kodak indicaba en el envoltorio del Kodacolor II que la película tenía una “fecha de caducidad” de 14 meses cuando en realidad su velocidad se reducía a la mitad en un plazo de tres a seis meses. En una nota al pie de página, y a modo de *obiter dicta*, la Corte de apelación afirmó que la Sherman Act no era una panacea para todos los males de la vida empresarial y que, en todo caso, antes de permitir que la publicidad engañosa pudiese servir de base a una demanda por infracción de la Sherman Act, demanda que de ser admitida podría dar lugar a *treble damages*, sería preciso que el demandante levantara una presunción de que una práctica de esa naturaleza tenía un efecto sobre la competencia *de minimis*. Sin embargo, la Corte de apelación consideró que el demandante no había conseguido probar que de haber conocido que la información sobre la película no era correcta los consumidores hubieran comprado menos cámaras del modelo 110 de Instamatic-decantándose, en su lugar, por otros modelos²².

12. Unos años después, en 1988, el Tribunal de Apelación del segundo circuito volvió a invocar la presunción *de minimis* en el caso *Ayerst*²³. En este caso, se discutía si una carta en el que de una manera supuestamente engañosa se cuestionaba si un medicamento genérico era equivalente a un medicamento de marca podría constituir una infracción del Derecho antitrust. El Tribunal, citando el caso *Berkey*, fundamenta su decisión en la teoría de la presunción *de minimis* de AREEDA y menciona los seis factores requeridos por estos autores para levantar la presunción-sin aclarar, explícitamente, si debían aplicarse de forma cumulativa. Es importante destacar que expresamente se mencionan como fundamentos de la presunción *de minimis* los proporcionados por AREEDA²⁴. Con posterioridad, el noveno circuito, asumió también la teoría de la presunción *de minimis* citando como precedente *Ayerst*²⁵. En este caso una firma líder en el mercado de cursos para preparar los exámenes habilitantes para trabajar de abogado (BAR/BRI) cuestionó falsamente la solvencia de su principal competidor mediante el reparto de folletos en los campus con Facultades de Derecho. Por esta razón fue acusada de infringir la Sherman Act. El recurso fue desestimado porque la Corte de apelación indicó que para levantar la presunción *de minimis* debían probarse *todos* los factores sugeridos por AREEDA, lo que no se logró en este caso²⁶.

13. Finalmente, en el caso *American Council Certified Podiatric Physicians and Surgeons* el sexto circuito, siguiendo al segundo y noveno circuito, también defendió la presunción de que las declaraciones engañosas tienen un efecto *de minimis* en la competencia²⁷. En este caso, las partes enfrentadas eran dos asociaciones de médicos podólogos que proporcionaban servicios de certificación. Pues bien, la demandante, la American Council of Certified Podiatric Physicians and Surgeons, acusaba a la demandada, American Board of Podiatric Surgery, de haberla desacreditado mediante el envío a miles de hospitales y aseguradoras, a lo largo de varios años, de cartas con información supuestamente falsa y engañosa sobre sus servicios. Con ello, se alegaba, la demandada pretendía mantener su monopolio en violación de la Sherman Act. Pues bien, la Corte de apelación desestimó el recurso, en la fase preliminar del proceso, porque la demandante no fue capaz de levantar la presunción *de minimis* citada. En este punto sin embargo, el sexto circuito se apartó de la posición adoptada por el noveno circuito. Si bien, consideró que los seis factores para levantar la presunción requeridos por AREEDA, y citados en *Ayerst*, eran relevantes expresamente aclaró que no era preciso probarlos de forma cumulativa. Basta con probar

²² *Berkey*, 603 F.2d en p. 288, nota 41.

²³ *The National Association of Pharmaceutical Manufacturers, Inc et al. v. Ayerst Laboratories et al.*, 850 F.2d 904 (2nd Circuit).

²⁴ *Ibidem*, pp.916 y 917.

²⁵ *American Professional Testing Service, Inc v. Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publications, Inc*, 108 F.3d 1147 (9th Cir. 1997) en p. 1152, *vid.* también, p. 1151.

²⁶ *Ibidem*, p.1152.

²⁷ *American Council of Certified Podiatric Physicians and Surgeons v. American Board of Podiatric Surgery, Inc*, 323 F.3d 366 (6th Circuit).

que las declaraciones son claramente falsas y que sería difícil o costoso para el demandante contrarrestarlas²⁸. Este segundo factor se exige porque para aplicar el Derecho antitrust es preciso que la competencia resulte dañada. Y no puede haber daño a la competencia si la publicidad o las manifestaciones engañosas pueden ser neutralizadas por el demandante. En este sentido, la Corte de apelación recuerda que el Derecho antitrust protege la competencia no a los competidores²⁹. Por ello, aunque la publicidad engañosa pueda eventualmente causarle un perjuicio a un competidor, ese daño será irrelevante para el Derecho antitrust si paralelamente no resulta afectado el proceso competitivo-por ejemplo, con la expulsión de un competidor. Pues bien, en este caso, la Corte de apelación entendió que la presunción no había sido levantada porque ni las declaraciones eran *claramente* engañosas ni era difícil neutralizarlas-como de hecho habría conseguido el demandante poniéndose en contacto con los hospitales y aseguradoras.

14. Finalmente, existe un tercer grupo de tribunales, que no someten los actos engañosos a un especial tratamiento: aplican el Derecho antitrust, la doctrina general sin más. De este modo, descartan que este tipo de prácticas se deban considerar per se competitivos o que pueda presumirse, salvo prueba en contrario, que su efecto anticompetitivo es *de minimis*. Por ejemplo, en el caso *International Travel Arrangers, Inc* la Corte de apelación del octavo circuito examinó, aplicando la *rule of reason*, un acuerdo entre una compañía de publicidad y una compañía aérea con una posición monopolística en una serie de rutas aéreas en virtud del que se diseñó y ejecutó una campaña publicitaria falsa relativa a una compañía de vuelos chárter que pretendía cubrir las mismas rutas. El objetivo del acuerdo era evitar o dificultar la entrada de ésta última en el mercado³⁰.

15. Así pues, en Estados Unidos existe acuerdo entre los diferentes circuitos en que una declaración engañosa sobre el propio producto o el de un rival sólo puede ser evaluado a la luz del Derecho antitrust si restringe de manera significativa la competencia. La diferencia entre los distintos circuitos viene motivada porque discrepan respecto a la probabilidad de que esto ocurra. En el caso de *EASTERBROOK* esa probabilidad es nula-porque no son aptas para reducir el *output*; para el segundo, sexto y noveno circuito esa probabilidad es remota. En consecuencia, está justificado la adopción de una presunción-que minimizando el riesgo de falsos positivos es sencilla de aplicar como veremos más abajo. Otro grupo de tribunales, no se pronuncia sobre el grado de probabilidad de que un acto engañoso pueda producir un efecto anticompetitivo y se decantan por aplicar las reglas generales.

16. Por lo que respecta a la doctrina, ya hemos mencionado el criterio defendido por *AREEDA*. Sin embargo, en los últimos años, este criterio ha sido objeto de críticas, y de este modo también la posición del segundo, sexto y noveno circuito³¹. En opinión de *STUCKE*, el test de *AREEDA* no se sustenta por varias razones de las que pueden destacarse las siguientes: en primer lugar, se ha dicho que los citados autores no han realizado un análisis empírico y, en consecuencia, en ausencia de éste, no cabría presumir que los actos de engaño realizados por una empresa monopolística tienen *generalmente* un efecto *de minimis*. En segundo lugar, se dice que la presunción no tiene sentido en términos económicos: si el engaño o la falsa desacreditación de un producto rival no produce efectos sobre la competencia, ¿por qué una compañía y menos una compañía monopolística iba a realizarlos -sobre todo si se tiene en cuenta que también tiene costes (pej los costes de la campaña publicitaria) y riesgos (riesgos, si el engaño es descubierto, de responsabilidad civil y criminal, de pérdida de goodwill y ventas..)?³².

²⁸ *Ibidem*, pp. 371 y 372. En opinión de la Corte de apelación, en el caso *Ayerst*, aunque el tribunal mencionó los seis factores de *AREEDA*, no deja claro si pensaba que todos ellos eran de prueba obligatoria para levantar la presunción, vid. *ibidem*, nota 6.

²⁹ *Ibidem*, p. 372.

³⁰ *International Travel Arrangers, Inc v. Western Airlines, Inc*, 623 F.2d 1255 (8th circuit). Otro ejemplos: *In re Warfarin Sodium Antitrust Litigation*, 214 F.3d 395, (3d Circuit), (monopolización mediante la publicación de información falsa relativa a un medicamento genérico realizadas por un competidor titular de una patente sobre el medicamento de marca equivalente); Y en los tribunales inferiores, vid. *pej.*, *Caldon, Inc v. Advanced Measurement & Analysis Group Inc*, 515 F. Supp.2d 565 (rechazo de una motion to dismiss en un caso relativo relativo a la información falsa suministrada por una compañía dominante en el mercado de los suministros y servicios para la industria nuclear).

³¹ M.E. *STUCKE*, op. cit., p. 1084.

³² *Ibidem*, p. 1087.

17. Una segunda crítica tiene por objeto los factores que permiten levantar la presunción *de minimis*: se considera que incrementan el riesgo de falsos negativos al ser demasiado rigurosos³³. En primer lugar, se dice que el Derecho antitrust sólo exigiría que el acto de engaño sea de tal naturaleza que pueda contribuir de manera significativa a mantener o adquirir un poder monopolístico, y que en todo caso lo que se podría exigir es que el acto engañoso pueda, *claramente*, contribuir a este objetivo; pero no requiere que se pruebe que el acto sea *claramente* engañoso, *claramente* importante, *claramente* capaz de provocar una confianza razonable³⁴. Sin embargo, esta crítica no parece decisiva porque el requisito de la claridad está, en nuestra opinión, embebido en la exigencia de que el acto de engaño contribuya a crear o mantener el poder de mercado. Si no hay un acto claramente engañoso no podremos afirmar que el engaño ha contribuido significativamente a mantener la posición monopolística. Sostener lo contrario, que un acto dudoso -pero no claramente engañoso-es suficiente, podría incrementar el riesgo de falsos positivos. Reflexiones similares pueden hacerse en relación con los otros dos factores: que el engaño se refiera a una circunstancia claramente importante; que el acto sea capaz claramente de provocar una confianza razonable. También se ha dicho que estos tres factores son demasiado estrictos porque, por ejemplo, una declaración tergiversada que no sea claramente engañosa es más probable que sea más creíble que una declaración claramente engañosa³⁵. Pero en el fondo parece que con esta crítica se está jugando con las palabras. Lo relevante es la impresión que la declaración correspondiente despierta entre sus destinatarios: una manifestación calculadamente ambigua si da una impresión *falsa*, es, entiendo, claramente engañosa. Por otro lado, cuando se exige que una declaración sea claramente falsa parece que lo que se pretende es dejar fuera manifestaciones que son-en un determinado momento, y a luz de los conocimientos existentes- objetivamente discutibles no aquellas que son intencionalmente ambiguas y que son aptas para engañar.

18. Por lo que respecta al cuarto factor, que los destinatarios carezcan de conocimientos en la materia, también ha sido criticado por aumentar indebidamente el riesgo de falsos negativos. Ciertamente, que los destinatarios carezcan de conocimientos no impide que puedan ser engañados³⁶. En este sentido, probablemente hay que reformular este factor y reconducirlo al requisito de que el engaño debe sea apto para generar una confianza razonable en su destinatario. Es decir, para decidir si un acto es susceptible de provocar un error en su destinatario habrá que tener en cuenta el grado de conocimientos que posea sobre la materia.

19. El quinto factor, engaño durante un periodo prolongado, también es susceptible de provocar falsos negativos porque un acto aislado de engaño puede causar un daño anticompetitivo, por ejemplo, impidiendo la entrada o consolidación de un rival³⁷.

20. Finalmente, el sexto factor-el engaño no es susceptible de ser contrarrestado o difícilmente puede serlo- también ha sido criticado. Se dice que este requisito no tiene sentido porque una compañía en una posición monopolística no realizaría un acto de engaño si el mercado puede corregirlo³⁸. Pero parece que es posible, al menos teóricamente, que algunas empresas realicen cálculos equivocados. En consecuencia, respecto a éstas últimas, no sería posible levantar la presunción y, por tanto, aplicar el Derecho antitrust. Es decir, la presunción *de minimis* cumpliría su función: evitar falsos positivos y los costes sociales del litigio antitrust en relación con una práctica que el propio mercado puede corregir. Además hay que tener presente que empresas en una posición monopolística podrían realizar manifestaciones engañosas sin intención de monopolizar el mercado-del mismo modo que también las hacen, pej., miles de empresas minúsculas que por definición no pueden tener en mente este objetivo. Por otro lado, el sexto criterio parece acertado desde un punto de vista teórico: lo que se está haciendo es adelantar una

³³ *Ibidem*, op. cit., p. 1090; Note, op. cit., pp. 1247-1249.

³⁴ M.E. STUCKE, *ibidem*; Note, *ibidem*.

³⁵ Note, op. cit., p.1249; cfr. p. 1250.

³⁶ M.E. STUCKE, op. cit., pp. 1091 y 1092; Note, op. cit., p. 1247.

³⁷ M.E. STUCKE, op. cit., p. 1094; Note, *ibidem*.

³⁸ M.E. STUCKE, *ibidem*.

parte del juicio sobre los efectos anticompetitivos de la declaración engañosa. Si el Derecho antitrust se concibe como una parte del ordenamiento que permite corregir un fallo del mercado-una práctica anticompetitiva con efectos en el corto plazo- parece lógico exigir que el mercado no pueda corregir la práctica correspondiente o pueda hacerlo con dificultad³⁹. Sólo en ese caso habrá un efecto anticompetitivo de los que veta el Derecho antitrust.

21. Discrepamos con que el sexto factor implica imponer un deber de reacción a las empresas- con los correspondientes costes- o consumidores afectados. O que el ordenamiento esté protegiendo a quien engaña en lugar de a los engañados⁴⁰. Para empezar, los afectados que no consigan levantar la presunción tienen abierta la vía del Derecho de daños o pueden solicitar la aplicación de la *Lahman Act* para contrarrestar la publicidad engañosa y obtener, en su caso, una indemnización. Lo único que se está haciendo con el sexto factor es controlar la aplicación del Derecho antitrust; pero eso no significa que el ordenamiento esté conforme con los actos de engaño.

22. Los críticos al test de AREEDA han propuesto *standards* alternativos. STUCKE que como hemos explicado considera que el test de AREEDA tiende a provocar falsos negativos, ha propuesto analizar los actos de engaño mediante una “*quick look*”. Si el engaño realizado por un monopolista parece razonablemente capaz de contribuir de manera significativa a que aquel mantenga o adquiera poder monopolístico, entonces *prima facie* puede entenderse que se ha violado la section 2 de la Sherman Act. En este sentido, será preciso probar, la existencia de poder monopolístico; en segundo lugar habrá que demostrar la existencia de engaño-lo que implica prueba de que el engaño es relevante (material) y también de intencionalidad (*scienter*). En tercer lugar, es preciso probar una relación de causalidad: debe acreditarse que el engaño realizado por un monopolista es capaz de contribuir a que este mantenga su poder de mercado-o análogamente lo obtenga, en los casos de monopolización⁴¹.

23. Obviamente este estándar, al prescindir de la presunción *de minimis* y de los seis factores de AREEDA, permite que más conductas engañosas puedan ser evaluadas a la luz del Derecho antitrust y eventualmente condenados-con lo que al menos teóricamente se reduce el riesgo de falsos negativos asociados supuestamente a la presunción *de minimis*. En general, el estándar “*quick look*”- para condenar – en el ámbito del Derecho antitrust tiene su razón de ser en que de una manera rápida se puede deducir que existe un efecto anticompetitivo sin necesidad de probar poder de mercado-y evitando definir el mercado. Pero entonces uno puede preguntarse y el propio STUCKE así lo hace si, en la medida que exige prueba de poder de mercado-posición monopolística o peligrosa probabilidad de obtenerla, realmente estamos ante un *quick look standard*: STUCKE se defiende alegando que en realidad existiría la posibilidad de ordenar “procesalmente” la prueba, analizando, en primer lugar, el segundo y tercer factor (engaño y causalidad); sólo si el demandante es capaz de acreditar el engaño y la causalidad se analizaría si existe posición monopolística; en caso contrario se desestimaría la demanda⁴².

24. Aunque el test de STUCKE ha sido alabado por corregir el riesgo de falsos negativos que conlleva el estándar de AREEDA también ha sido criticado porque conlleva un riesgo de falsos positivos y, en consecuencia, una limitación de la libertad de expresión y del recurso a la publicidad que son procompetitivas⁴³. Por ello, se ha propuesto una corrección: se trataría de partir del standard de STUCKE pero aplicando criterios estrictos en la definición de qué es engaño y en el análisis de la causalidad⁴⁴.

³⁹ HOVENKAMP recuerda que “The importance of time in antitrust analysis results from the fact that the policy maker is necessarily concerned with short-run dislocations in the market. We could presume that all markets will eventually become competitive, but antitrust is concerned with ensuring that this occurs sooner rather than later”, H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, St. Paul (MN) West, 2011, p. 7. Sobre el Derecho antitrust, como corrector de un fallo de mercado, vid. peñ., J. E. STIGLITZ Y C.E. WALSH, *Microeconomía*, Madrid, Ariel, 2009, pp. 332 y ss.

⁴⁰ M.E. STUCKE, op. cit., pp.1095 y 1096.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 1113 y 1114.

⁴² *Ibidem*, p. 1115.

⁴³ Note, op. cit., pp. 1247-1249.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 1248 y 1249. En relación con los actos de monopolización, se dice-al igual que hace STUCKE -que será sufi-

IV. Riesgos de falsos positivos y costes de “administración” en el examen de las declaraciones engañosas

25. Cuando se trata de examinar a la luz del Derecho antitrust un acto de una empresa en el mercado nos enfrentamos a dos riesgos: el riesgo de falsos positivos y el riesgo de falsos negativos. En general, un falso positivo implica vetar un acto pro-competitivo o neutro. En el caso de las declaraciones falsas sobre el producto ajeno o propio, para analizar los costes de un falso positivo hay que diferenciar si hay engaño o no. Si no hay engaño, condenar un determinado acto conllevará una limitación de la libertad de expresión y una pérdida de los efectos beneficiosos derivados de la competencia legítima. Si hay engaño pero éste no tiene efectos anticompetitivos relevantes, la condena tendrá un efecto positivo. Se reprobará un acto desleal, que podría producir un efecto distorsionador aunque sea mínimo: el rival afectado podría sufrir algunas pérdidas y algunos consumidores podrían resultar engañados. Además, puesto que el engaño no tiene efecto procompetitivo alguno, el falso positivo no conlleva la pérdida de efectos beneficiosos que pudieran compensar la distorsión de la competencia. Si tenemos esto en cuenta, podríamos tener la tentación de decir que el riesgo de falsos positivos carece de relevancia para decidir cuál es el estándar adecuado para evaluar un acto engañoso. Sin embargo, descartar el riesgo de falso positivo sería contrario a la presunción de inocencia⁴⁵: podría imponerse una sanción económica a una empresa-y por tanto unos costes- a pesar de que no hay efecto anticompetitivo relevante; además, el sistema soportará los costes de un proceso antitrust-generalmente más elevados que los de un pleito de daños o de publicidad desleal-que no debería haber tenido lugar si se hubiera adoptado un standard más apropiado. Las consecuencias de un falso negativo son obvias y no hace falta insistir en ellas.

26. En relación con el engaño, ¿debe preferirse el riesgo de falso positivo o el de falso negativo?⁴⁶ Las posibilidades de corrección del falso negativo parecen mayores que las del falso positivo⁴⁷. Además de la posibilidad general de que el mercado acabe penalizando a la empresa que engaña, el falso negativo puede ser contrarrestado en el corto plazo acudiendo a cualquiera de las otras normas que permiten atacar los actos engañosos-derecho de daños, publicidad engañosa...

27. Por el contrario, el falso positivo, cuando el error se refiere al engaño-erróneamente se cree que hay engaño cuando no es así- comporta una limitación de la libertad de expresión y de la libertad de competir. Se priva a una empresa de utilizar una estrategia legítima. Pero a priori, debido a la experiencia de los tribunales evaluando actos de engaño y a que no es tan complejo como determinar si hay un efecto anticompetitivo del tipo requerido por la legislación antitrust, el riesgo de error puede considerarse menor. Si hay engaño pero no produce un efecto anticompetitivo relevante, un falso positivo no priva a una empresa de un instrumento legítimo de competencia. Al contrario, un falso positivo elimina un acto indeseable. Pero con todo, podemos seguir preguntándonos que es preferible también en este caso, si el riesgo de falsos positivos o el de falsos negativos. En la medida que el riesgo de falso positivo -engaño sin efectos anticompetitivos-comporta una serie de costes y de lesión de la presunción de inocencia, parece que al diseñar el estándar correspondiente sería preferible también en este caso evitar el riesgo de falso positivo.

ciente con que el demandante pruebe *prima facie* que el acto es apto para contribuir al mantenimiento incremento o adquisición del poder monopolístico del demandado; la carga de la prueba se desplaza entonces al demandado, que tendrá que acreditar que el acto de engaño no tiene ese efecto-para ello podrá recurrirse al análisis de las cuotas de mercado, evaluar si hay claramente engaño, si no está diseñado claramente para provocar la confianza del comparador etc.), *ibidem*, p. 1250; en relación con la aplicación de la section 1 de la Sherman Act (acuerdos anticompetitivos), se propone el uso de la *rule of reason*, *ibidem*, 1254.

⁴⁵ En relación con la presunción de inocencia y el Derecho antitrust en la UE, vid. STJUE 8 de julio de 1999, Hüls AG contra Comisión, caso C-199/92P, *Rec* 1999, p. I-4287, EU:C:1999:358, fundamentos 149 y 150 y STJUE 8 de julio de 1999, Montecatini SpA contra Comisión, C-235/92P, *Rec* 1999, p. I-4539, EU:C:1999:362, fundamento, 175.

⁴⁶ En relación con la cuestión de qué tipo de riesgo se debe asumir al diseñar un estándar vid., por ejemplo, A.I. GAVIL, W. E. KOVACIC, y J. B. BAKER, *Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*, St. Paul (MN), West, 2008, pp. 53 y ss y 77 y ss

⁴⁷ Las posibilidades de corrección de los falsos negativos por el mercado es uno de los argumentos utilizados por aquellos que consideran que el riesgo de falsos negativos es preferible al de falsos positivos, *ibidem*, p. 79.

28. Así pues, cuando se trata de examinar actos de engaño relativos a productos propios o de rivales parece que deberían preferirse un estándar que evite el riesgo de falsos positivos. Ello se traduce en que los criterios para decidir si las declaraciones engañosas sobre productos rivales o propios tienen efectos anticompetitivos deben ser estrictos: tanto al evaluar si hay engaño, como al decidir si existe causalidad. Del mismo modo, es acertado evitar, como regla general, estándares como la “per se rule” que permiten presumir la existencia de un efecto anticompetitivo o, salvando las distancias, la etiqueta de la restricción por el objeto.

29. Un segundo problema, relacionado con el expuesto en las líneas precedentes, es de la facilidad de “administración” del sistema y los costes de aplicación. Es decir, debemos optar por estándares que permitan obtener una respuesta al menor coste. En este punto cualquiera de los estándares propuestos en Estados Unidos cumplen este objetivo.

V. Las declaraciones engañosas y los arts. 101 y 102 del TFUE

1. Consideraciones generales

30. Los actos de engaño y en particular los acuerdos para realizar actos de engaño pueden distorsionar la competencia y no producen ningún efecto procompetitivo. Estas dos circunstancias podrían sugerir que el estándar adecuado para examinar este tipo de acuerdos, a la luz del art. 101 TFUE sería el de la “restricción por el objeto”. Sin embargo habría que tener en cuenta lo siguiente.

31. Por un lado, con carácter general, hay que decir que la categoría de “restricción por el objeto” se reserva para aquellos “tipos de coordinación entre empresas [que] revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos” (cursiva y corchetes nuestros)⁴⁸. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado como ejemplo de esta categoría-y es sumamente esclarecedor de lo que se pretende con esta categoría- “la fijación horizontal de los precios por los cárteles”⁴⁹. En el caso de que “un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, es necesario en cambio examinar sus efectos y para aplicar la prohibición, exigir que concurren los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible” (cursiva nuevamente nuestras)⁵⁰. Es decir, el Tribunal de Justicia desea aplicar la noción de restricción por el objeto a tipos o categorías de conductas colusorias que, de acuerdo con la *experiencia*, revelan un grado de nocividad tal que se hace innecesario examinar sus efectos concretos⁵¹. La categoría de la restricción por el objeto tiene como finalidad simplificar y reducir los costes de aplicación del Derecho de la competencia cuando resulta obvio que un determinado tipo de prácticas, como regla general, producen efectos anticompetitivos. De acuerdo con lo expuesto, no parece apropiado aplicar la etiqueta de restricción por el objeto al tipo de conducta colusoria consistente en la emisión de “declaraciones engañosas sobre el propio producto o el ajeno” porque la experiencia demuestra que muchas declaraciones engañosas no tienen un efecto restrictivo en el sentido del art. 101.1 TFUE.

32. Por otro lado, y en relación con lo que acaba de decirse, el Tribunal de Justicia ha mantenido a lo largo del tiempo que para poder aplicar el art. 101 TFUE es preciso que el acuerdo produzca unos efectos significativos sobre la competencia⁵². Recientemente en el caso *Expedia*, el Tribunal de Justi-

⁴⁸ STJUE 11 de septiembre de 2014, *Groupement des Cartes Bancaires*, C-67/13 P, Rec. 2014, EU:C:2014:2204, fundamento 49.

⁴⁹ *Ibidem*, fundamento 50.

⁵⁰ *Ibidem*, fundamento 52.

⁵¹ *Ibidem*, fundamento 51.

⁵² STJUE 9 de julio de 1969, *F. Völk*, 5/69, Rec. 1969, p. 295, EU:C:1969:35, fundamento 7; y con posterioridad, por ejemplo, STJUE 28 de mayo de 1998, *John Deere Ltd v Comisión*, C-7/95 P, Rec 1998, p. I-3111, fundamento 77, STJUE 21

cia dejó claro que un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia constituye por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos *concretos*, una restricción sensible-significativa-de la competencia⁵³. El razonamiento del Tribunal es el siguiente: las restricciones por el objeto son aquellas que por su propia naturaleza pueden considerarse perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. Precisamente por ello la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua y, en consecuencia, también puede entenderse que produce una restricción sensible de la competencia⁵⁴. Esta reflexión implica que a la vista de la naturaleza del acto y del resto de factores que el TJUE considera relevantes para identificar una restricción por el objeto, no sólo debe poder deducirse que el acuerdo produce un efecto sobre la competencia sino que además éste es significativo. Pues bien, justamente lo que nos enseña la experiencia es que muchas “declaraciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival” no tienen efectos significativos sobre la competencia-por la posición que ocupa la empresa emitente en el mercado, porque afecta a una parte reducida del mercado, porque sus efectos no son prolongados en el tiempo etc. En consecuencia, no parece razonable presumir que esta *categoría* de actos restringe de manera significativa la competencia o que comportan-si la restricción por el objeto se concibe como un ilícito de peligro- un peligro significativo para la misma.

33. De acuerdo con la doctrina del caso *Völk* para aplicar la prohibición del artículo 101 TFUE es preciso que el acuerdo correspondiente produzca un efecto significativo sobre la competencia. En este punto el Tribunal de Justicia ha defendido que la existencia de una restricción significativa ha de apreciarse en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo y en particular el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe, la naturaleza de los bienes o de los servicios contemplados, la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes⁵⁵. Nada excluye que para realizar esta evaluación se utilicen presunciones-de hecho la Comisión, por ejemplo, utiliza presunciones *de minimis* basadas en las cuotas de mercado de las empresas participantes⁵⁶. Y, en este punto, la doctrina americana podría servir de guía. A la vista de que la experiencia enseña que los actos de competencia desleal en general, y las declaraciones engañosas sobre productos propios o rivales en particular, no producen efectos significativos sobre la competencia, podría presumirse, *salvo prueba en contrario*, que los efectos son *de minimis* sobre la competencia y en consecuencia no debería aplicarse el art. 101 TFUE. Sin embargo, como también ha advertido parte de la doctrina americana, cuando quienes realizan un acuerdo para engañar tienen un poder de mercado relevante no cabe presumir que -simplemente porque el acto tiene un carácter engañoso -su efecto es *de minimis*. Y por ello parece preferible descartar la aplicación de la presunción *de minimis*. Hay además una segunda razón relacionada con la interpretación del art. 102 TFUE sobre la que volveremos con más detalle. El Tribunal de Justicia considera que no está justificada “la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar una explotación abusiva”⁵⁷. La razón es que, debido la existencia de una empresa dominante, “la estructura de la competencia del mercado ya está debilitada”⁵⁸. Es decir, el Tribunal de Justicia, relaciona poder de mercado-y en particular la posición dominante-con la regla *de minimis*, y asume que la posición de dominio excluye la fijación de un umbral de apreciabilidad- y *a fortiori*, la posibilidad de emplear una presunción para decidir si una práctica produce un efecto *de minimis*. Aunque para aplicar el art. 101 TFUE no es preciso que las empresas partes de un acuerdo posean en conjunto una posición de dominio, por razones de coherencia parece que no cabría presumir que un acto de engaño es *de minimis* cuando es el fruto de un acuerdo entre empresas con poder de mercado.

de enero de 1999, C. Bagnasco et al, C-215/96, *Rec* 1999, I-135, EU:C:1999:12, fundamento 34, STJUE 2 de abril de 2009, Pedro IV Servicios, S.L., C-260/07, *Rec* 2009, p.2437, EU:C:2009:215, fundamento 68.

⁵³ STJUE 13 de diciembre de 2012, Expedia Inc et al, C-226/11, *Rec* 2012, EU:C:2012:795, fundamento 37.

⁵⁴ *Ibidem*, fundamentos 35-37. Vid., también, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*), DOUE C 291 de 30 de agosto de 2014, p. 1, puntos 1-3 y 13.

⁵⁵ STJUE 13 de diciembre de 2012, Expedia, cit., fundamento 21.

⁵⁶ Vid. Comunicación *de minimis*, op. cit.

⁵⁷ STJUE 6 de octubre de 2015, C-23/14, Post Danmark A/S et al, *Rec* 2015, EU:C:2015:651, fundamento 73 y STJUE 19 de abril de 2018, MEO (Serviços de Comunicações e Multimédia SA) et al, C-525/16, EU:C:2018:270, fundamento 29.

⁵⁸ STJUE 6 de octubre de 2015, Post Danmark A/S, fundamento 72.

34. Ahora bien, al examinar los efectos concretos de un acuerdo para realizar actos engañosos puede optarse por seguir un procedimiento similar al “quick look” sugerido por algunos autores en Estados Unidos. Es decir, se trataría de evaluar si estamos ante un acto de engaño, si hipotéticamente de poseerse poder de mercado, podría dar lugar a efectos anticompetitivos y sólo en el caso de que así sea comprobar si efectivamente produce o puede producir dichos efectos concretos-definiendo el mercado y evaluando el poder de mercado de las partes entre otras cosas. De este modo se pueden alcanzar simultáneamente el objetivo de reducir el riesgo de falsos positivos al tiempo que se evalúa rápidamente si debe aplicarse el Derecho antitrust.

35. De modo que parece que la Comisión-o la autoridad nacional competente en su caso- deberían descartar los casos de declaraciones engañosas relativos al propio producto o al de un rival salvo que concurran una serie de factores que permitan deducir que *prima facie* el acto correspondiente puede tener un impacto sobre la competencia significativo. En este punto, nuevamente la doctrina americana puede servir de ayuda. Será preciso que el engaño sea objetivamente idóneo para inducir a error a su destinatario: este requisito implica que la declaración engañosa debe referirse a una cuestión material y sea apto para generar confianza en sus receptores, lo que a su vez obligará a tener en cuenta el grado de sus conocimientos; en segundo lugar, será necesario evaluar si hipotéticamente de existir poder de mercado podría causar un efecto anticompetitivo significativo. Para decidir si se cumple este requisito habrá que tener en cuenta, entre otros factores, la posibilidad de que el mercado corrija la conducta engañosa en el corto plazo, y la relación de causalidad. En esta primera fase, la Comisión no debería definir el mercado ni calcular el poder de mercado. Se trata simplemente de descartar de forma rápida y fácil si un acto debe ser examinado a la luz del Derecho de defensa de la competencia.

36. Una vez superado este filtro inicial, debería evaluarse si la declaración engañosa correspondiente puede producir el efecto *concreto* de restringir la competencia. Nuevamente, recuérdese que un acto de engaño produce por definición un efecto distorsionador siquiera mínimo. Lo que se trata es de precisar su alcance y esto, como regla general, sólo podremos hacerlo analizando si hay un efecto anticompetitivo significativo *concreto*-lo que a su vez implica definir el mercado y evaluar el poder de mercado de las partes.

37. Pasemos ahora a las declaraciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival y su examen a la luz del art. 102 TFUE. Dos temas deben ser abordados: por un lado el relativo a la imposibilidad de aplicar la regla *de minimis* en el ámbito del art. 102 y por otro el del estándar más adecuado para evaluar estas conductas.

38. El TJUE, como adelantábamos, defendió en el caso *Post Danmark II*, y hace tan sólo unas semanas lo confirmó en el caso *MEO*, que no está justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar la existencia de una explotación abusiva. Una práctica contraria a la competencia de una empresa dominante puede, por su propia naturaleza, provocar restricciones de la competencia *significativas*⁵⁹. En principio parece que, *a fortiori*, tampoco estaría permitido el empleo de presunciones *de minimis*. Por tanto, parece que debemos descartar que una declaración engañosa relativa al propio producto o al rival pueda presumirse *de minimis* cuando la realiza una empresa en posición dominio.

39. Por otro lado, en el caso *Post Danmark II*, el Tribunal afirmó que no exista un umbral de apreciabilidad implica que para estar comprendido en el ámbito de aplicación del art. 82 CE (hoy 102 TFUE) el efecto contrario a la competencia [de un sistema de descuentos aplicado por una empresa dominante] debe ser probable, *sin que sea necesario demostrar que tiene un carácter grave o apreciable* (cursiva y corchetes nuestros)⁶⁰.

⁵⁹ *Ibidem*, fundamento 73.

⁶⁰ *Ibidem*, fundamento 74.

40. Cuando se dictó la sentencia del caso *Post Danmark II*, algún autor advirtió que sería un error interpretarla en el sentido de que no es necesario demostrar un efecto anticompetitivo para aplicar el art. 102 TFUE, que cualquier impacto en la estructura del mercado es suficiente para que exista un abuso, o que toda práctica de una empresa dominante susceptible de provocar un efecto excluyente debía ser considerada-presumirse- por definición grave y, en consecuencia, abusiva⁶¹. Es decir, que sería incorrecto entender que el art. 102 TFUE abarca los abusos de menor importancia.

41. En el caso *MEO* puede leerse que la mera presencia de una desventaja inmediata que afecte a los operadores a quienes se haya aplicado precios superiores respecto de las tarifas aplicables a sus competidores equivalentes [discriminación de precios] no significa, sin embargo, que la competencia haya sido falseada o que pueda serlo. Es decir, una discriminación en materia de precios en sí misma no es un abuso si no produce una desventaja competitiva-es decir un falseamiento de la competencia⁶². Para determinar si existe una desventaja competitiva-si la competencia ha sido falseada-habrà de tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso⁶³. Estos fragmentos del caso *MEO* a los que nos acabamos de referir han sido interpretados como una confirmación de que no toda conducta realizada por una empresa dominante que ocasiona un efecto negativo sobre un operador (competidor etc) equivale a un comportamiento anticompetitivo en el sentido del art. 102 TFUE⁶⁴. En este sentido, la referencia a que no esté justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) en el ámbito del art. 102 TFUE-mencionada tanto en el caso *Post Danmark II* como en *MEO*- implicaría que precisamente porque nos estamos refiriendo a empresas en una posición dominante, no puede descartarse “ex ante” que una práctica no tiene efectos anticompetitivos-es decir que sus efectos son *de minimis*. Habrá que determinarlo en el caso concreto⁶⁵. Si relacionamos la emisión de declaraciones engañosas por empresas dominantes con esta doctrina, habrá que entender que no pueden presumirse que tienen un efecto *de minimis*. Habría que analizar sus efectos en el caso concreto-y decidir si constituyen un abuso o si por el contrario perjudican a un competidor o consumidores concretos pero sin restringir la competencia en el sentido requerido por el art. 102 TFUE.

42. La segunda cuestión que queremos abordar es si las declaraciones engañosas emitidas por una empresa dominante deberían considerarse *prima facie* abusivas-como, por ejemplo, lo son los descuentos por fidelización⁶⁶. Esto es, si en sí mismos tienen la capacidad de restringir la competencia⁶⁷. O si por el contrario, no cabe presumir que posean esta característica y es preciso analizar su efecto concreto en el mercado. Si las declaraciones engañosas son como las del primer tipo indicado, la empresa dominante acusada de abuso podrá aportar durante el proceso pruebas de que la declaración engañosa no tiene la capacidad de producir un efecto anticompetitivo-es decir podrá tratar de levantar la presunción

⁶¹ P. IBÁÑEZ COLOMO, “Appreciability and *De minimis* in Article 102 TFUE”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, nº 10, 2016, pp. 651 y 652. Cfr. del mismo autor, “The future of Art. 102 TFEU after Intel”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018 (18 de abril de 2018)[After Intel en lo sucesivo], y en particular su Apartado V. (vol, número y páginas del trabajo no disponibles en el momento de elaboración de este trabajo) Con anterioridad, WHISH realizó una advertencia similar en relación con la sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2014, Intel Corp. v. Comisión, (T-286/09, Rec 2014, EU:T:2014:547), y en concreto en relación con su párrafo 116 en el que puede leerse que el Tribunal de Justicia habría renunciado a aplicar el criterio del efecto apreciable o del umbral *de minimis* en relación con el art. 82 EC. WHISH defendió que para aplicar el art. 102 TFUE era preciso un efecto negativo sustancial sobre la competencia, R. WHISH, “Intel v Commission: keep calm and carry on!”, *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 6, nº 1, 2015, pág. 2.

⁶² STJUE 19 de abril de 2018, MEO, fundamentos 27-31.

⁶³ *Ibidem*, fundamento 31.

⁶⁴ P. IBÁÑEZ COLOMO, “Case C-525/16, MEO-Serviços de Comunicações e Multimédia: a major contribution to Article 102 TFUE case law”, disponible en <https://chillingcompetition.com/2018/04/20/case-c-525-16-meo-servicos-de-comunicacoes-e-multimedia-a-major-contribution-to-article-102-tfeu-case-law/> consultado por última vez el 17 de mayo de 2018.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ STJUE 6 de septiembre de 2017, Intel Corporation Inc contra Comisión Europea et al, C-413/14 P, Rec 2017, EU:C:2017:632, fundamentos 137-140. Algunos autores utilizan la expresión “por el objeto” para referirse a este tipo de restricción, vid., por ejemplo, P. IBÁÑEZ COLOMO, After Intel, op. cit. apartado C; vid. en general todo el artículo para un primer comentario sobre la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Intel y sus repercusiones para la aplicación del art. 102 TFUE, en general.

⁶⁷ STJUE 6 de septiembre de 2017, Intel, fundamento 138.

de que son abusivas⁶⁸. En ese caso, el órgano decisorio deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto junto con las alegaciones de la empresa dominante para decidir si la práctica analizada tiene o podría tener en *concreto* un efecto restrictivo. Así debería valorar circunstancias como la importancia de la posición dominante de la empresa en el mercado de referencia, el porcentaje de mercado afectado por la práctica criticada, las características del engaño-su duración etc⁶⁹. Si se descarta que una declaración engañosa posea en sí misma la capacidad de restringir la competencia, entonces habrá que examinar sus efectos. Se opte por una u otra categoría, la empresa acusada de abuso por realizar declaraciones engañosas no puede eludir su responsabilidad demostrando que la correspondiente práctica aunque restrictiva de la competencia está objetivamente justificada: el engaño no provoca efectos procompetitivos.

43. El Tribunal de Justicia en el caso Intel no ha aclarado qué significa que una práctica sea capaz de producir un efecto distorsionador de la competencia⁷⁰. Se ha sugerido que esta referencia podría entenderse en el sentido de que es probable-más probable que no- que el acto examinado restrinja la competencia⁷¹. Pero también se ha defendido que es suficiente con que sea plausible que el acto restrinja la competencia-es decir, un criterio más laxo⁷².

44. En cualquier caso, parece que, como categoría, las declaraciones engañosas realizadas por una empresa en posición de dominio no deben considerarse unas prácticas capaces de producir un efecto anticompetitivo como el requerido para aplicar el art. 102 TFUE. Como se ha dicho en varias ocasiones, hay muchas declaraciones engañosas que no pueden producir un efecto distorsionador de la competencia-por su duración, por los consumidores a los que se dirige, por el competidor afectado etc. Por otro lado, debe mantenerse la coherencia con la interpretación que hemos hecho del art. 101 TFUE en relación con el que hemos descartado que un acuerdo para engañar deba considerarse una restricción por el objeto. Es cierto que los supuestos no son exactamente iguales-el 102 TFUE requiere la existencia de una posición de dominio y no existe *strictu sensu* abusos “por el objeto”.

45. Al examinar a la luz del art. 102 TFUE una declaración engañosa pueden aplicarse, mutatis mutandis, el procedimiento “rápido” expuesto más arriba en relación con el art. 101 TFUE.

2. El caso Hoffman-La Roche/Novartis

46. Recientemente, el Tribunal de Justicia en el caso Hoffman-La Roche/Novartis declaró que un acuerdo entre empresas para divulgar información engañosa relativa a un medicamento puede ser considerada una restricción por el objeto⁷³. A continuación analizaremos este caso a la luz de las reflexiones realizadas en las líneas precedentes.

47. El grupo Roche, a través de una empresa llamada Genentech Inc, desarrolló un medicamento, el Avestis, que permitía combatir ciertos tumores. Paralelamente, crearon un segundo medicamento, al que se llamó Lucentis para tratar ciertas patologías vasculares oculares-entre ellas la degeneración macular senil⁷⁴. Genentech, que sólo operaba en Estados Unidos, concedió a su sociedad matriz Roche, una licencia de explotación del Avastin para el resto del mundo. Puesto que Roche no operaba en el

⁶⁸ Aplicando la misma doctrina que defiende el Tribunal de Justicia en relación con los descuentos por fidelización, *ibidem*, fundamentos 138 y 139.

⁶⁹ *Ibidem*, fundamento 139.

⁷⁰ P. IBAÑEZ COLOMO, After Intel, op. cit., apartado IV.

⁷¹ AG N. WAHL, Conclusiones generales de 20 de octubre de 2016, Intel Corporation Inc contra Comisión Europea, EU:C:2016:788, apartado 115.

⁷² P. IBAÑEZ COLOMO, After Intel, op. cit., apartado IV.

⁷³ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-179/16, Rec. 2018, EU:C:2018:25.

⁷⁴ AG K. SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones generales, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-179/16, ECLI:EU:C:2017:714, apartados 20 a 23 (Conclusiones en lo sucesivo).

sector de la oftalmología, Genentech licenció al grupo Novartis para su explotación fuera de Estados Unidos, el Lucentis.

48. Pues bien, el Avastin fue lanzado al mercado antes que el Lucentis. En ese primer momento, algunos médicos observaron que al suministrar Avastin a enfermos de cáncer que padecían también degeneración macular, mejoraban de ésta última dolencia⁷⁵. A raíz de estas observaciones, y a que el Avastin era- por aquel entonces- el único medicamento de su tipo disponible, médicos de todo el mundo comenzaron a prescribir el Avastin para tratar la degeneración macular, hasta el punto que su uso con esta finalidad se generalizó⁷⁶. Italia no fue una excepción.

49. Casi dos años después que de que lo hiciese el Avastin, el Lucentis comenzó a comercializarse en Italia. De modo, que a partir de ese momento, coincidieron en el mercado italiano el Lucentis y el Avastin, “medicamentos terapéuticamente equivalentes” para el tratamiento de la degeneración macular y otras enfermedades oculares⁷⁷. Sin embargo, el tratamiento con el Lucentis era considerablemente más caro que con Avastin, y por eso los médicos italianos siguieron prescribiéndolo de manera preferente. En este sentido, el Avastin era el principal competidor del Lucentis⁷⁸.

50. Pues bien, las autoridades de la competencia italiana sancionaron a Roche y Novartis por haber acordado “diferenciar artificialmente” el Lucentis y el Avastin presentando a este último como menos seguro y eficaz para el tratamiento de la degeneración macular mediante la elaboración y difusión de noticias que destacaban los riesgos del Avastin y minusvaloraban los informes científicos en contra. Al parecer en el momento en el que se plantea el pleito, no existía certeza sobre estos extremos. Además habrían acordado que Roche solicitase a la Autoridad del medicamento de la UE (EMA)-aprovechándose de esa imagen negativa- una modificación del expediente relativo al Avastin -en concreto, del resumen de sus características para indicar que provocaba una reacción adversa cuando se inoculaba en los ojos, modificación que de lograrse daría lugar a una notificación oficial entre la comunidad médica⁷⁹. Según las autoridades de la competencia italiana, el acuerdo pretendía evitar que el Avastin restase ventas al Lucentis, un producto más caro y de cuya venta se beneficiaban tanto Novartis como Roche. Hay que advertir que aunque Roche no convenció a la EMA-el resumen se modificó solo para incluir una mención especial entre las advertencias especiales y precauciones de empleo-las autoridades italianas consideraron probado que el acuerdo desvió ventas del Lucentis hacia el Avastin provocando pérdidas para el sistema de Seguridad social italiano⁸⁰.

51. La resolución de la autoridad italiana de la competencia fue recurrida en dos ocasiones, llegando el asunto, finalmente, al *Consiglio di Stato* que planteó entonces varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En una de ellas se pregunta si puede considerarse restrictivo de la competencia por su objeto un acuerdo que tiene como finalidad “poner de relieve la menor seguridad o la menor eficacia de un medicamento, cuando esa menor eficacia o seguridad, *pese a no estar respaldada por resultados científicos ciertos, tampoco puede sin embargo excluirse de forma irrefragante a la luz de los conocimientos científicos disponibles en la época de los hechos*” (la cursiva es nuestra). La respuesta del TJUE es que “el art. 101.1 TFUE debe interpretarse en el sentido de que constituye una restricción de la competencia “por su objeto” (...) una práctica colusoria entre dos empresas que comercializan

⁷⁵ *Ibidem*, apartado 38.

⁷⁶ El Avastin, antes de la comercialización del Lucentis, era el único medicamento anti-VEGF: un medicamento que permitía inhibir la acción del factor de crecimiento del endotelio vascular (VEGF). El Lucentis es, por tanto, también un medicamento anti-VEGF, para más detalles, AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartados 20-23 y 29.

⁷⁷ Según las autoridades de la competencia italianas, STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamento 32. Hay que advertir que el Avastin no contaba con autorización de comercialización para el tratamiento de enfermedades oculares vasculares. A pesar de ello, su comercialización era legal en Italia.

⁷⁸ AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartado 33.

⁷⁹ La EMA era competente porque era la que había expedido la autorización de comercialización del Avastin.

⁸⁰ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamento 63, AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartado 39.

dos medicamentos competidores, que tiene como objetivo, en un contexto caracterizado por la incertidumbre científica, la difusión entre la EMA, los profesionales sanitarios y el público de información engañosa sobre los efectos adversos del uso de uno de esos medicamentos para el tratamiento de patologías no cubiertas por la Autorización de comercialización de éste, con el fin de reducir la presión de la competencia resultante de dicho uso sobre el uso del otro medicamento⁸¹. Dos extremos son claves: por un lado, la necesidad de comprobar que existe engaño, un efecto anticompetitivo previsible y un nexo de causalidad entre ambos⁸².

52. Pues bien, si aplicamos el test defendido más arriba, las autoridades de la competencia al enfrentarse con un caso de esta naturaleza, deberían, en primer lugar, analizar si existe un acto de engaño relevante. Como hemos explicado para ello en primer lugar debería evaluarse si las declaraciones examinadas se refieren a un aspecto *capital*. En nuestro caso así es puesto que las noticias que Roche y Novartis se comprometen a publicar tratan de cuestionar la seguridad y eficacia del Avastin.

53. En segundo lugar, sería preciso que las noticias fuesen *claramente* engañosas. En un contexto de incertidumbre científica como el del caso que nos ocupa, podríamos dudar o incluso pensar que no se cumple esta condición si el fabricante de un medicamento-unilateralmente- trata de difundir la opinión que más les favorece. No sólo se trata de que tengan derecho a expresar su opinión *científica* sino que además puede interesarles al objeto de evitar que el nombre de la empresa resulte dañado si, finalmente, se demuestra que el medicamento no es tan seguro o eficaz como algunos científicos pretendían; por supuesto, nada excluye que realicen estas declaraciones para proteger el interés de los consumidores. Todos ellos son intereses legítimos. Parece, sin embargo, que habría engaño si las declaraciones son aptas para crear la opinión de que *no existe incertidumbre científica* cuando no es así realmente-tanto por acción como por omisión⁸³.

54. Al evaluar la aptitud para engañar de una manifestación o declaración habrá que tener en cuenta quiénes son los destinatarios de los correspondientes mensajes. En este caso, aunque los consumidores finales podrían no tener conocimientos médicos-y así será en la mayoría de los casos-, que se prescriba Lucentis en lugar de Avastin depende de una decisión de una persona que tiene una formación médica. Habrá que considerar en qué medida los médicos encargados de prescribir estos medicamentos están en condiciones de evaluar la información procedente de las empresas. Por otro lado, habrá que tener presente que los médicos disponen de la información que suministra las autoridades del medicamento. Por tanto, habrá que valorar también en qué medida el mensaje difundido por las empresas es apto para engañar a estas autoridades. En el caso que nos ocupa, hay un indicio de que no era así puesto que la EMA no modificó el resumen en el sentido requerido por Roche y Novartis sino que se limitó a realizar unas meras advertencias. Finalmente, habrá que tener en cuenta también en qué medida la comunidad científica podría suministrar información que contrarreste la proporcionada por las empresas farmacéuticas. Finalmente, en este caso, deberíamos también tener en cuenta que el acuerdo pretendía que el engaño tuviese unos efectos prolongados en el tiempo-y no meramente transitorios.

55. El Abogado general (AG) SAUGMANDSGAARD ØE mantuvo en sus conclusiones que la divulgación concertada de afirmaciones engañosas, como las de este caso constituye una restricción por el objeto. Por esta razón, considera que es indiferente que la EMA introdujese en el resumen del Avastin una modificación diferente de la solicitada por Roche y que, en consecuencia, no se hubiera enviado a los médicos la correspondiente comunicación para advertirles de los efectos adversos del Avastin⁸⁴. Sin em-

⁸¹ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamento 95.

⁸² *Ibidem*, fundamentos 92 y 93. La necesidad de un nexo causal entre el engaño y el efecto anticompetitivo está implícita en el párrafo 93.

⁸³ El AG SAUGMANDSGAARD ØE mantuvo en este sentido que “el hecho de no precisar el carácter incierto de los riesgos que suscita la utilización de este medicamento [el Avastin], o de exagerarlos faltando a la objetividad a la vista de las pruebas disponibles, puede convertir en engañosa una comunicación concertada relativa a estos riesgos”, Conclusiones, apartado 160.

⁸⁴ *Ibidem*, apartados 156 y 175.

bargo, creemos, que, siguiendo la práctica americana, en la primera fase del análisis de un caso de engaño, en la que hay que decidir si se aplica el antitrust, es preciso evaluar si una determinada declaración-en este caso información sobre la seguridad del Avastin- puede objetivamente engañar, y para ello puede ser pertinente tener en cuenta qué resultados tuvo la campaña publicitaria correspondiente-en este caso las autoridades sanitarias no la dieron por buena. Con ello no se quiere decir que esta circunstancia sea concluyente-pero sí que es una más de las que debe tenerse en cuenta. Por otro lado, incluso aceptando la lógica del abogado general, no puede hablarse de efecto presumido sobre la competencia o si se prefiere de riesgo grave - (restricción por el objeto)- de una manifestación engañosa si ésta objetivamente no lo es o no puede crear una impresión falsa o el riesgo de que lo haga es bajo o nulo. Y para ello hay que evaluar si objetivamente puede provocar engaño. Y este parece ser también el punto de vista del Tribunal de Justicia. En el fundamento 92, el Tribunal de Justicia exige que el órgano remitente compruebe si la información que Novartis y Roche pactan suministrar tiene carácter engañoso como paso previo para decidir si a la vista de las características del mercado del medicamento es previsible que la difusión de la citada información puede incitar a los médicos a dejar de prescribir el Avastin⁸⁵.

56. De acuerdo con la teoría que se está defendiendo en este trabajo, el segundo paso, una vez concluido que existe una declaración apta para provocar una impresión engañosa, sería evaluar si es plausible que, a la vista de las circunstancias, la conducta podría provocar un daño anticompetitivo, es decir, si existe una teoría del daño plausible. Entre otras cosas, en este momento, debería evaluarse si el mercado puede, en el corto plazo, eliminar el error que podría producir la comunicación examinada. En este punto, en el caso que nos ocupa, *prima facie*, no puede contarse con este resultado, pues los dos principales competidores en el mercado de los medicamentos para el tratamiento de patologías vasculares oculares en Italia-Astra y Novartis⁸⁶-adoptaron un acuerdo para dejar de competir “en el mercado de las ideas”: es decir, Astra se comprometió a presentar su medicamento como inseguro para resaltar la imagen de su “rival”; en un mercado que funciona correctamente lo que cabe esperar es que Astra, sin negar la situación de incertidumbre, destaque las virtudes de su medicamento y que Novartis, *mutatis mutandis*, haga lo propio. Por tanto, el pacto altera el funcionamiento correcto del mercado e impide, al involucrar a los principales operadores, que el eventual engaño pueda ser corregido.

57. Cabría plantearse qué ocurre si el mercado está regulado y existe como ocurre en el caso de los medicamentos unas autoridades que velan por que la información que se suministra a los médicos encargados de su prescripción sea exacta y objetiva. Creemos que en este punto puede ser relevante la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Astrazeneca: en este asunto se examinó si una empresa abusa de su posición de dominio cuando emite una declaración engañosa ante una oficina de propiedad industrial con la finalidad de obtener un certificado complementario de patente. Pues bien, el Tribunal de Justicia consideró que el Tribunal general había actuado correctamente al considerar que una práctica de esta naturaleza era abusiva cuando se demuestra que teniendo en cuenta el *contexto objetivo* en que se realizan pueden conducir realmente a que las autoridades públicas otorguen el derecho exclusivo solicitado⁸⁷. En este sentido, el Tribunal General y la Comisión habrían actuado correctamente *al tener en cuenta el limitado margen con el que cuentan las oficinas de propiedad industrial o la inexistencia de una obligación de comprobar la exactitud o veracidad de las informaciones que le son comunicadas*⁸⁸. Pues bien, en nuestro caso si bien no estamos hablando de procedimientos de concesión de derechos de propiedad industrial, sería preciso evaluar si incluso ante un fallo del mercado-los principales competidores pactan suministrar información engañosa-todavía es posible contar con que las autoridades del medicamento detectarán el error-teniendo en cuenta su margen de actuación y su obligación de supervisar el mercado del medicamento- y están en condiciones de contrarrestarlo objetivamente.

⁸⁵ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamentos 92 y 93.

⁸⁶ AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartados 40 y 46.

⁸⁷ STJUE 6 de diciembre de 2012, Astrazeneca v Comisión Europea, C-457/10P, *Rec* 2012, ECLI:EU:C:2012:770, fundamento 106 y ss.

⁸⁸ *Ibidem*, fundamento 105.

58. El AG SAUGMANDSGAARD ØE se pregunta en sus conclusiones que habría ocurrido si el acuerdo entre Novartis y Astra tuviera por objeto la emisión de información verdadera⁸⁹. Según el Abogado general un pacto de esta naturaleza no produce un efecto anticompetitivo porque básicamente aumenta la transparencia⁹⁰. En mi opinión, esto es correcto salvo que bajo la apariencia de un acuerdo para aumentar la transparencia, Astra pretenda indicar que renuncia a tratar de resolver la situación de incertidumbre en beneficio de ambos; es decir, que se compromete a no hacer nada que pueda alterar un *statu quo* que beneficiaba a ambas y perjudicaba a los consumidores.

59. Continuando con el análisis, en esta primera fase será preciso evaluar también si es plausible que la práctica engañosa genere un efecto anticompetitivo al menos hipotéticamente. En este caso se había observado que el Lucentis era sustancialmente más caro que el Avastin; por tanto, si el engaño se consumaba los consumidores o el sistema sanitario italiano pagarían mucho más. Por otro lado, también era evidente que las dos empresas tenían un incentivo para lograr este objetivo: ambas obtendrían más beneficios con la venta del Lucentis que compitiendo por el mercado italiano. No se olvide que el Grupo Astra a través de Genentech obtenía los royalties de la licencia del Lucentis y que Novartis obtenía las ganancias procedentes de la venta del Lucentis en Italia y además de forma indirecta participaba en las ganancias de Astra al tener un 33 por ciento de su capital⁹¹. Se deduce de lo anterior, que es también en este momento cuando debe evaluarse la relación de causalidad entre el engaño y el efecto anticompetitivo.

60. Una vez que, después de un primer análisis, se concluye que el acto de engaño, *prima facie*, podría producir un efecto dañino sobre la competencia no meramente *de minimis*, debería comprobarse si efectivamente estamos ante una restricción de la competencia del art. 101 del TFUE. En este punto, como hemos defendido más arriba, el estándar que debería utilizarse es el propio de las restricciones por el efecto. Es en este momento cuando habrá que evaluar si las declaraciones engañosas producen el efecto concreto de restringir la competencia, para lo que entre otras cosas será preciso determinar el poder de mercado de las empresas implicadas⁹².

⁸⁹ AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartados 177 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, apartado 37.

⁹² Esta conclusión, por otro lado, parece razonable a la vista del caso Astrazeneca. En este caso, el Tribunal de Justicia rechazó que una declaración engañosa ante una oficina de propiedad industrial al objeto de obtener un certificado complementario hubiera sido considerada anticompetitiva “per se” por el Tribunal General y la Comisión, STJUE 6 de diciembre de 2012, Astrazeneca, fundamento 106.

THE ROLE OF PARTY AUTONOMY UNDER THE
REGULATIONS ON MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES
AND PROPERTY CONSEQUENCES OF REGISTERED
PARTNERSHIPS. SOME REMARKS ON THE COORDINATION
BETWEEN THE LEGAL REGIME ESTABLISHED BY THE NEW
REGULATIONS AND OTHER RELEVANT INSTRUMENTS OF
EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

IL RUOLO DELL'AUTONOMIA DELLA VOLONTÀ NEI
REGOLAMENTI SUI RAPPORTI PATRIMONIALI TRA
CONIUGI E SUGLI EFFETTI PATRIMONIALI DELLE
UNIONI REGISTRATE. ALCUNE CONSIDERAZIONI SUL
COORDINAMENTO TRA IL REGIME GIURIDICO STABILITO
DAI NUOVI REGOLAMENTI E ALTRI STRUMENTI DI DIRITTO
INTERNAZIONALE PRIVATO EUROPEO

CRISTINA GRIECO

*Ph.D. in International Law and European Union Law, University of Macerata, University
of Cologne*

ORCID ID: 0000-0001-9622-1374

Recibido: 21.02.2018 / Aceptado: 12.04.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4384>

Abstract: The new Regulations (No. 2016/1103 and No. 2016/1104) recently adopted through an enhanced cooperation by the European Legislator aim to deal with all the private international law aspects of matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships, both as concerns the daily management of matrimonial property (or partner's property) and its liquidation, in particular as a result of the couple's separation or the death of one of the spouses (or partners). This paper aims to address the prominent role of party autonomy in the two Regulations and to focus on the coordination between the legal system embodied in the new two Regulations, and other relevant instruments of European private international law in force, such as the Succession Regulation and the Bruxelles II- bis Regulation.

Keywords: party autonomy; successions; matrimonial property regime, partnership property regime, applicable law, choice of law, private international law.

Riassunto: I due nuovi regolamenti (No. 2016/1103 e No. 2016/1104), recentemente adottati nell'ambito di una cooperazione rafforzata dal legislatore europeo, si propongono di regolare tutti gli aspetti internazionali privatistici legati ai regimi patrimoniali tra coniugi e alle conseguenze patrimoniali delle partnership registrate, sia per ciò che concerne la regolare amministrazione dei beni sia per ciò che riguarda la liquidazione degli stessi beni facenti parte del regime matrimoniale (o della partnership regi-

strata) nel caso si verificano vicende che ne alterino il normale svolgimento, come la separazione della coppia o la morte di uno degli sposi (o dei partner). Il presente scritto si propone di esaminare il ruolo prominente che, all'interno di entrambi i regolamenti, è riservato alla volontà delle parti e di focalizzarsi sul coordinamento tra i due nuovi strumenti e gli altri regolamenti di diritto internazionale privato europeo attualmente in vigore e, particolarmente, il regolamento sulle successioni transfrontaliere e il regolamento Bruxelles II- bis

Parole chiave: autonomia della volontà; successioni; rapporti patrimoniali tra coniugi; effetti patrimoniali delle unioni registrate; legge applicabile; scelta di legge; diritto internazionale privato.

Summary: I. Introduction. II. An overview of jurisdiction rules in the new legal instruments.

1. Choice of court agreements under the two new Regulations. 2. Some remarks on the coordination between the jurisdiction rules provided under the new Regulations and those provided in other relevant instruments of European private international law. III. The rules concerning the applicable law. 1. The impact of party autonomy on the designation of the applicable law under the two new Regulations. IV. Final remarks.

I. Introduction

1. In the aftermath of the adoption of Regulation No. 650/2012, the EU Institutions have recently intervened with two new Regulations on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of foreign judgments in matters of matrimonial property regimes and of property consequences of registered partnerships, namely Regulation (EU) No. 2016/1103¹ and Regulation (EU) No. 2016/1104². As Article 70 (in both texts) indicates, according to Article 297 TFEU, both Regulations have entered into force on the twentieth day following their publication. However, the new legal regime shall apply from 29 January 2019 and, undoubtedly, it will mark a new important step towards promoting the mobility of international couples in Europe, since the new Regulations have extended the material scope of European private international law rules concerning family and personal matters³.

2. The need for a specific regulation in the field of matrimonial property regimes was raised starting from the Hague Programme⁴, which aimed to strengthen freedom, security and justice in the European Union. On that occasion, the Council invited the Commission to present a Green Paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the questions of jurisdiction and mutual recognition. The Hague Programme also stressed the need to adopt an instrument in this area. Thus, on 17 July 2006, the Commission adopted the Green Paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition⁵. With the said Green Paper, the Commission launched a wide consultation on all aspects of

¹ Council Regulation (EU) No. 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes [2016] OJ L183/1.

² Council Regulation (EU) No. 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships [2016] OJ L183/30.

³ There are two international conventions of the Hague Conference on Private International Law relevant to this issue, namely the Convention of 17 July 1905 on conflict of laws relating to the effects of marriage on the rights and duties of spouses in their personal relationships and with regard to their estates, and the Convention of 14 March 1978 on the law applicable to matrimonial property regimes. However, only three Member States (France Luxembourg, The Netherlands) have ratified them and they do not offer the solutions needed to deal with the scale of the problems. See H. VAN LOON, "The Hague Conference on Private International Law", in *Hague Justice Journal*, vol. 2, number 2/2007, pp. 8, 9.

⁴ "The Hague Programme: strengthening freedom, security and justice in the European Union", in OJ C 53/1, 3rd march 2005. See C. CLARKSON, E. COOKE, "Matrimonial Property: Harmony in Europe?", *Family Law*, 37, 2007, pp. 920-923.

⁵ Green Paper on the conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition, COM(2006) 400 def. The Green Paper is based on a comparative study led by Asser Institute

the difficulties faced by couples in Europe when it comes to the liquidation of their common property and the legal remedies available.

3. Thereafter, the European Council adopted the new Stockholm Programme⁶. In this occasion, the European Council underlined the opportunity of extending mutual recognition to fields that were not yet covered but are essential to everyday life, such as matrimonial property rights. Subsequently, in its “EU Citizenship Report” adopted on 27 October 2010, the Commission announced that it would have adopted a proposal for legislation to eliminate the obstacles to the free movement of persons, with particular regard to, the difficulties experienced by couples in managing or dividing their property⁷.

4. As a consequence, on 16 March 2011, the Commission adopted a proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and a proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships⁸.

The aim of both Regulations is to overcome the hurdles faced by international couples⁹, due to the fragmentation among the national systems in the field of matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships¹⁰.

5. The reaction of European notaries to these legislative initiatives was particularly supportive. The president of the Council of the Notariats of the European Union (CNUE), in fact, referring to the two legal initiatives commented: «these proposals are going in the right direction: towards improving

and Université Catholique La Louvain-La-Neuve in 2003 called “*Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés. dans le droit international privé et le droit interne. des états membres de l’union européenne*” available at http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm. See S. BARIATTI, I. VIARENGO, “*I rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato comunitario*”, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)*, 2007, p. 603 ff.

⁶ “*The Stockholm Programme – An open and secure Europe serving and protecting the citizens*”, 17024/09, 2nd December 2009, in OJ C 115/4, 4th May 2010.

⁷ The legal basis for the proposed Council Regulations was Article 81(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union. The proposals related to judicial cooperation in civil matters covering ‘aspects relating to family law’. Hence, it was required the unanimity in the Council.

⁸ See Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, 16th March 2011, COM(2011) 126 def. and Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of property consequences of registered partnerships, 16th March 2011, COM(2011) 127 def. See M. BUSCHBAUM, U. SIMON, “*Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés*”, in *Revue critique de droit international privé (RCDIP)*, 2011, n. 4, p. 801 ff.; I. VIARENGO, “*The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks*”, *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, 2011, vol. 13, p. 199 ff.; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “*The proposal for a Council Regulation on the property consequences of registered partnerships*”, in *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, 2011, vol. 13, p. 183 ff.

⁹ A study carried out by the consortium ASSER-UCL in 2003, “*Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States*”, showed the large number of transnational couples within the Union and the practical and legal difficulties such couples face, both in the daily management of their property and in its division if the couple separate or one of its members dies. These difficulties often result from the great disparities between the applicable rules governing the property effects of marriage, both in substantive law and in private international law. http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm.

¹⁰ See O. FERACI, “*L’incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull’ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà*”, *Osservatorio sulle fonti*, vol. 2/2017, pp. 1-48 available at <https://www.osservatoriosullefonti.it/saggi/1100-l-incidenza-del-nuovo-regime-europeo-in-tema-di-rapporti-patrimoniali-tra-coniugi-e-parti-di-unioni-registrate-sull-ordinamento-giuridico-italiano-e-le-interazioni-con-le-novita-introdotte-dal-d-lgs-7-2017-attuativo-della-cd-legge-cirinna/file>; A. DUTTA, “*Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union – ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen*”, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2016, pp. 1973-1985; S. MARINO, “*Strengthening the european civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, vol. 9, n° 1, March 2017, pp. 265-284.

legal certainty for couples in Europe. Furthermore, they will provide a useful complement to the Regulation on international successions»¹¹.

Nevertheless, during its meeting on 3 December 2015, the Council concluded that no unanimity could have been reached for the adoption of the proposals for the two Regulations on matrimonial property regimes and on the property consequences of registered partnerships and that, therefore, the objectives of cooperation in this area could not have been attained within a reasonable period by the Union as a whole¹².

6. Consequently, in accordance with the idea of a multi-speed Europe¹³, a group of Member States addressed a request to the European Commission indicating that they wished to implement an enhanced cooperation between themselves in the area of the property regimes of international couples and, specifically, of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and, respectively of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions regarding the property consequences of registered partnerships, and asking the Commission to submit a proposal to the Council to that effect¹⁴.

Given the above, the new Regulations, differently from the Succession Regulation, have been adopted pursuant to an enhanced cooperation¹⁵ among currently 18 Member States¹⁶.

7. The structure of both Regulations, which as usual is preceded by a preamble¹⁷, just seems particularly close to the scheme that the European Legislator has used for the Succession Regulation, which, obviously, is deemed to be a fortunate experience. This is not a surprise, where it is considered that successions and matrimonial property issues or property consequences of registered partnerships are strictly connected, especially in those cases where partnerships or marriages last until one of the partners or the spouses dies. Furthermore, the dividing line between succession and matrimonial property is often difficult to trace¹⁸. In this regard, the choice made by the European Legislator to exclude the matrimonial regime from the scope of the Succession Regulation seems worthy of criticism. In fact, since most legal systems have uncertain rules concerning the relationship between matrimonial property and succession law¹⁹, and from the characterization of the relevant issues, difficult problems might arise

¹¹ Press release available at <http://www.notariato.it/sites/default/files/cp-regimes-matrimoniaux-partenariats-02-03-16-en.pdf>.

¹² The opportunity of enhanced cooperation in these fields as a proper means for overcoming the difficulty of unanimity in the Council had been assumed by doctrine, see H.-P. MANSSEL, K. THORN, R. WAGNER, “*Europäisches Kollisionsrecht 2015: Neubestimmung*, 2016”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 1, 6.

¹³ ‘Multi-speed’ Europe is the term used to describe the idea of a method of differentiated integration whereby common objectives are pursued by a group of EU countries both able and willing to advance, it being implied that the others will follow later. See P. P. CRAIG, “*Two-Speed, Multi-Speed and Europe’s Future: A Review of Jean-Claude Piris on the Future of Europe*”, *European Law Review*, 2012, Vol. 37, No. 6, pp. 800 ff., 2012, *Oxford Legal Studies Research*, Paper No. 4/2013.

¹⁴ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, 2nd March 2016, COM(2016) 106 final; Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of in matters of property consequences of registered partnerships, 2nd March 2016, COM(2016) 107 final.

¹⁵ On 9 June 2016, the Council adopted Decision (EU) 2016/954 authorising such enhanced cooperation.

¹⁶ Belgium, Bulgaria, the Czech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Croatia Italy, Luxembourg, Malta, the Netherlands, Austria, Portugal, Slovenia, Finland, Sweden and Cyprus.

¹⁷ On the role of preamble in the European legal instruments see S. LEMAIRE, “*Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I*”, *Dalloz*, 2008, p. 2157, the preamble is «destiné à informer. À expliquer et, le cas échéant, à justifier certaines dispositions sensible du dispositive du texte»; ECJ, 9 July, 1969, *Italy c. Commission*, in *Racc.*, 1969, p. 277, point 9. For some remarks concerning the extensive use of recitals as a means of integrating the provisions contained in more recent regulations adopted in the field of European private international law, see A. DAVI, A. ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Torino, 2014, pp. 23-24, footnote 74.

¹⁸ A. BONOMI, “*The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions*”, in *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, 2011, vol. 13, p. 217 ff.

¹⁹ One of the main complex problems is the characterization. The usual example of this complexity is the German Civil Code (BGB) concerning the winding-up of the legal property regime of the “*Zugewinnbeteiligung*” Under § 1371 BGB, the matrimonial property rights of a surviving spouse, who lived with the deceased pursuant to the legal property regime of the *Zugewinnsgemeinschaft*, are liquidated in a fixed way through a ¼ increase of his or her part in the succession, irrespective of the actual gains realized by the spouses during the marriage. Even if in Germany the opinions are not unique, courts and a

which may compromise the uniformity of European private international law rules, the application of the same law to both questions would have been more straightforward. Furthermore, it is true, at least in most of the civil law countries where the succession's events are strictly connected with matrimonial ones, that whenever the *de cuius* leaves the spouse or the partner alive, the consistency of the estate is necessarily related to matrimonial property regimes or with the property consequences of registered partnerships respectively. Most legal systems, if not all, are concerned with the financial protection of the surviving spouse or the surviving partner. However, this result can be achieved in different ways.

8. At the same time, it should be borne in mind that according to a specific trend that over recent years has characterized judicial cooperation in civil matters, both Regulations provide ample space for party autonomy. Over the past ten years, this specific trend has characterized fields, such as family and succession law, where party autonomy was traditionally excluded or heavily restricted, given the sensitive nature of the subject matter concerned, especially in some civil law countries. In the light of this complex framework, it is possible to underline that party autonomy, nowadays, is the new widespread cornerstone of European private international law, as it is one of the most common connecting factors relied upon by the European legislator and it is a mirror of a general liberalization within European private international law. Accordingly, both the new Regulations allow the parties to make an *electio fori*²⁰ (Article 7 in both texts) and a *professio iuris*²¹ (Article 22 in both texts).

9. The objective of the two Regulations is to deal with all the civil-law aspects of matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships, both as concerns the daily management of matrimonial property (or partner's property) and its liquidation, in particular as a result of the couple's separation or the death of one of the spouses (or partner). In this last regard, in order to coordinate the different legal instruments adopted by the European legislator, the preamble of both Regulations specifies that as maintenance obligations between spouses are governed by Council Regulation 4/2009, they should be excluded from the scope of the new Regulations, as well as issues relating to the succession to the estate of a deceased spouse that are covered by Regulation 650/2012²². Accordingly, the two Regulations are deemed to have a subsidiary role, being intended to govern those issues which neither of the two pre-existing Regulations governs.

10. Given the broad scope of the two Regulations, this paper aims to address the prominent role of party autonomy in the two new instruments and to focus on the coordination between the new legal system, embodied in the two Regulations, and other relevant instruments of European private internatio-

majority of scholars leans toward matrimonial property characterization. See H. DÖRNER, *Internationales Erbrecht*, Art. 25, 26 EGBGB, in *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum BGB*, Berlin 2007, Art. 25 No. 34. The same solution is proposed from the perspective of Swiss PIL by A. BUCHER, *Le Couple en droit international privé*, Bâle, 2004, no. 661. Similar problems arise with respect to the so-called "*avantages matrimoniaux*" under French or Belgian law. These are financial provisions in favour of the surviving spouse included in a "*contrat de mariage*", which are at the borderline between the laws of contracts and successions. See J.-L. VAN BOXSTAELE, *L'avantage matrimonial et le conflit de lois*, in *Mélanges Roland de Valkeneer*, Bruxelles 2000, pp. 487-506. Another classical characterization issue arises in common law jurisdictions from the traditional rules providing for the revocation of a will in the event of the testator's subsequent marriage. In England and in other common law countries these rules are regarded as pertaining to the law of marriage. Conversely, in other common law jurisdiction, such as the United States, these rules are regarded as pertaining to the law of succession. See L. COLLINS (eds.), et. al., *Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws*, 14th ed., London 2006, vol. 2, No. 27-087 ff., p. 1264 ff. S. MARINO, "*I diritti del coniuge o del partner superstite nella cooperazione giudiziaria civile europea*", *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 1114 ff.

²⁰ See *infra* par. 2.

²¹ See *infra* par. 3.

²² The importance to coordinate the succession issues and matrimonial ones has been underlined even by the MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, "*Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Authentic Instruments in Matters of Succession and the Creation of a European Certificate of Succession*", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)*, 2010, p. 528, where it has been underlined «Even if the same law is designated by a future Succession Regulation, this law may be distorted by the simultaneous application of different matrimonial property laws in the member states involved».

nal law, such as the Succession Regulation. The new texts are very similar to one another in structure and in contents, with just a few peculiarities in the Regulation on property consequences of registered partnerships, which are due to the lack of harmonisation among the domestic laws of the different Member States in the field of registered partnerships. Thus, for the sake of clarity, the following remarks shall be referred generally to both the Regulations or to the Regulation on matrimonial property regimes adding the necessary clarifications, where appropriate, on the differences present in the Regulation on property consequences of registered partnerships.

II. An overview of jurisdiction rules in the new legal instruments

11. Replicating the model offered by the Succession Regulation²³, the rules concerning the applicable law contained in the new Regulations, just as in other earlier relevant instruments²⁴, shall apply universally or *erga omnes*²⁵, including where they point to the law of a third country or of a Member State not bound by the relevant instruments²⁶. Conversely, the rules on jurisdiction regulate only the jurisdiction of courts belonging to the Member States subject to the relevant legal instruments. Similarly, the rules concerning the recognition and enforcement of judgments and the acceptance of authentic instruments apply only among the Member States subject to the relevant instruments²⁷.

12. The rules concerning jurisdiction contained in the new Regulations follow the model provided by the Succession Regulation²⁸ rather than the one offered by the Brussels I Regulation. In fact, the new legal instruments provide for grounds of jurisdiction which apply equally where none of the parties presents a personal connection to one or more Member States. This excludes any subsidiary role for national rules of jurisdiction of the Member States bound by the relevant instrument, in respect of disputes falling within its substantive scope of application²⁹.

13. This aim is pursued by the new Regulations, not too differently from the Succession Regulation, by providing for autonomous subsidiary rules of jurisdiction (e.g. Article 10)³⁰. Consequently,

²³ See F. MARONGIU BUONAIUTI, “*The EU Succession Regulation and third country courts*”, *Journal of Private International Law*, 2016 Vol. 12, No. 3, pg. 545–565.

²⁴ Art. 20, Regulation (EU), No. 650/2012 on succession issues (Rome IV); Art 4, Regulation (EU) No. 1259/2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation (Rome III); Art 2, Regulation (EC) No. 593/2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I); Art. 3, Regulation (EC) No. 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

²⁵ See *infra* par. 3.

²⁶ Article 20 Regulation (EU) No. 2016/1103 and No. 2016/1104.

²⁷ The same structure is provided, as noted before, for the Succession regulation but also for the Regulation (EU) No. 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), 2015, OJ L141/19, and for the Council Regulation (EC) No. 4/2009 on maintenance obligations. In this last peculiar case, as well known, the rules concerning applicable law are actually contained in an international convention, the Hague Protocol of 2007, to which the Regulation refers (Article 15).

²⁸ See A.-L.- CALVO CARAVACA, in A.L.- Calvo Caravaca, A. Davì, H.-P. Mansel (eds.), Cambridge, 2016, *Article 4*, pp. 127-147; F. MARONGIU BUONAIUTI, in A.L.- Calvo Caravaca, A. Davì, H.-P. Mansel (eds.), Cambridge, 2016, *Article 5*, p. 149 ff. and also A. LEANDRO, *La giurisdizione nel regolamento dell’Unione Europea sulle successioni mortis causa*, in P. Franzina, A. Leandro (eds.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milano, 2013, p. 59 ff.

²⁹ See F. MARONGIU BUONAIUTI, “*The EU Succession Regulation and third country courts*”, pp. 545–565 and O. FERACI, “*L’incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull’ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà*”, p. 20 ff. See also, referring specifically to the Succession Regulation, A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, “*Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea*”, *Cuadernos de derecho transnacional CDT*, 2013, 2, 5, p. 113; A. DAVÌ, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, p. 198. The rules on jurisdiction contained in the Succession Regulation, in presupposing the establishment of the habitual residence of the deceased at the moment of death, are inapplicable in respect of disputes concerning a future succession which might arise during the lifetime of the *de cuius*, for example, concerning an agreement as to succession or an anticipatory waiver of succession rights. Accordingly, domestic rules of jurisdiction will continue to apply as concerns such disputes.

³⁰ Articles 10 and 11 of Regulation (EU) No. 650/2012 in matters of succession. The same approach characterizes also

the new Regulations contemplate autonomous grounds of jurisdiction in respect of cases different from those contemplated by Articles 4 and 5. These articles provide for the coordination between the jurisdiction rules contained in the new Regulations, the jurisdiction in matters of succession and the jurisdiction in case of divorce, legal separation or marriage annulment or dissolution or annulment of a registered partnership, respectively.

14. These autonomous jurisdiction rules provide a series of hierarchic criteria listed in Article 6 to guarantee the broader establishment of jurisdiction, where the connecting factor listed for one of the two related subjects of dispute (the common habitual residence of the spouses or partners), may not be applied, as well as subsidiary rules. These are completed by Article 7, which provides the discipline of a choice of court agreement, and Article 8, which provides for jurisdiction based on appearance by the defendant.

15. For the purposes of coordinating the various legal instruments in force and avoid negative conflicts of jurisdiction, by way of exception, Article 9 of both the Regulations provides also for a mechanism of limitation of jurisdiction. This provision authorizes Member State courts to decline their competence over the proceedings concerning the matrimonial property regime or the property consequences of registered partnership whenever their private international law rules do not recognize the marriage or the registered partnership. In these cases, in light of the principle of mutual trust³¹, it is just required for the courts to recognize the decisions adopted by the other Member States and by third country courts over the assets owned by the spouses or partners before the conclusion of the marriage or the registered partnership and those purchased in the meanwhile as well³². Furthermore, similarly to what happens with the Succession Regulation, there is a provision concerning *forum necessitates* (Article 11), to be relied upon in those exceptional cases where a fair trial of the action would not be available before the courts of a third country presenting a close connection with the case.

16. Nonetheless, it should be pointed out that the co-existence of all these different grounds of jurisdiction could facilitate the occurrence of parallel judicial proceedings. For this reason, the Regulations, along with the coordination provisions concerning succession and divorce issues, provide also rules concerning *lis pendens* and related actions³³. The model is that provided by the Brussels I Regu-

the Regulation (EC) No. 4/2009 on maintenance obligations, namely Articles 6 and 7. Concerning the former, see, among others, A. DAVI, A. ZANOBBETTI, “*Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea*”, pp. 10, 16; A. DAVI, A. ZANOBBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, pp. 195-196; A.-L.- CALVO CARAVACA, *Article 4*, in *The EU Succession Regulation, A Commentary*, pp. 127-147; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Article 10*, in *The EU Succession Regulation, A Commentary*, p. 186 ff.; A. BONOMI, *Introduction au Chapitre II – Compétence*, in A. Bonomi and P. Wautelet (eds), *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, 2013, 165-166; H. GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, in G. Khairallah and M. Revillard (eds), *Droit européen des successions internationales. Le règlement du 4 juillet 2012*, Paris, 2013, 127, 130; M. HELLNER, *El futuro reglamento de la UE sobre sucesiones. La relación con terceros estrado*, in *Anuario español de derecho internacional privado*, 2010, pp. 379, 382-386; B. HESS, *Die internationale Zuständigkeit nach der Erbrechtsverordnung*, in A. Dutta and S. Herrler (eds), *Die Europäische Erbrechtsverordnung*, München, 2014, pp. 131, 133-34. Concerning the latter, among others, M. CASTELLANETA, A. LEANDRO, “*Il regolamento CE n. 4/2009 relativo alle obbligazioni alimentari*”, *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, pp. 1051, 1073-76; B. ANCEL, H. MUIR-WATT, “*Aliments sans frontières. Le règlement 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*”, *Revue critique de droit international privé (RCDIP)*, 2010, pp. 457, 463-468.

³¹ The mutual confidence principle is considered as a general principle which regulates the judicial civil cooperation among Courts of different member States. V. F. MARONGIU BUONAIUTI, “*La Revisione del Regolamento sulle Procedure di Insolvenza / The Eu Regulation On Insolvency Proceedings (Recast) Il Coordinamento tra Procedure D’insolvenza Basato sulla Prevalenza della Procedura Principale nel Regolamento (Ue) N. 2015/848*”, *Quaderni di SIDIBlog*, vol. 2, 2015, pp. 22-37 available at <http://www.sidiblog.org/2016/01/18/dibattito-sul-sidiblog-la-revisione-del-regolamento-sulle-procedure-di-insolvenza-the-eu-regulation-on-insolvency-proceedings-recast-3-il-coordinamento-tra-procedure-dinsolvenza-basato/>.

³² See also Recital 38 of Regulation No. 2016/1103 and 36 of Regulation No. 2016/1104.

³³ See Articles 17 and 18 Regulation No. 2016/1003 and No. 2016/1104.

lation³⁴, and it presents the inherent limitation of being applicable only in respect of actions pending before the courts of the other Member States which are bound by the relevant instruments³⁵.

17. Following once more the model set by the Succession Regulation³⁶, the main purpose of both the new legal instruments is to guarantee the unity of jurisdiction in respect of the entire spouses' or partners' property. In this regard, in order to reflect the increasing mobility of couples during their married life or partnership and facilitate the proper administration of justice, in the preamble of both legal instruments it is suggested that the rules on jurisdiction set out in either Regulation should enable citizens to have their various related proceedings handled by the courts of the same Member State. To that end, the two Regulations seek to concentrate the jurisdiction on matrimonial property regimes or property consequences of registered partnerships in the Member State whose courts are called upon to handle cases of divorce, legal separation, marriage annulment or jurisdiction in cases of dissolution or annulment of the registered partnership and the succession of a spouse or a partner respectively³⁷. In this regard, coordination is needed for several reasons, practical as well as legal ones, in order to protect the interests of the parties concerned³⁸ and to guarantee legal certainty³⁹.

1. Choice of court agreements under the two new Regulations

18. As a preliminary point, both the Regulations emphasize the role of party autonomy as concerns jurisdiction issues. In this respect, in the preamble⁴⁰ of both Regulations, in order to increase legal certainty, predictability and party autonomy, the opportunity is underlined to enable spouses or partners to conclude a choice of court agreement in favor of the courts of the Member State of the applicable law or of the courts of the Member State of the conclusion of the marriage or of the registered partnership. Hence, in accordance with Article 7 of Regulation No. 2016/1103, the parties may agree, in cases which are covered by Article 6⁴¹, that the courts of the Member State whose law is applicable pursuant to Article 22 (which provides for the possibility of making a choice of the applicable law by the involved parties), or point (a) or (b) of Article 26(1) (which, in the absence of a choice-choice-of-law agreement,

³⁴ The risk of fragmentation of litigation concerning the succession in cases presenting connections with third countries is likely to be increased by the absence within the Succession Regulation of rules addressing cases of *lis alibi pendens* and related actions pending before third country courts, like those found in the Brussels I Recast Regulation Art. 33 and 34, Regulation (EU) No. 1215/2012 (Brussels I Recast Regulation), OJ L351/1, 2012 see F. MARONGIU BUONAIUTI, "Lis alibi pendens and Related Actions in the Relationships with the Courts of Third Countries in the Recast of the Brussels I Regulation", 2013/2014, *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, pp. 87, 89–111; P. FRANZINA, "Lis alibi pendens Involving a Third Country Under the «Brussels I-bis» Regulation: An Overview", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)*, 2014 pp. 23, 25–41. It should be pointed out that for the new Regulations the risk is even greater due to the enhanced cooperation system.

³⁵ See F. MARONGIU BUONAIUTI, "The EU Succession Regulation and third country courts", p. 549 ff. and O. FERACI, "L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano e le interazioni con le novità introdotte dal d.lgs. 7/2017 attuativo della cd. legge Cirinnà", p. 40 ff.

³⁶ P. LAGARDE, "Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)*, vol. 52, n. 3, 2016, pp. 676–686.

³⁷ See recital 32 in both Regulations.

³⁸ As underlined by A. BONOMI, *The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions*, p. 218, «The administration and distribution of the estate of the deceased generally require, as a preliminary issue, the exact identification of the property rights of his or her surviving spouse or partner. To wind up a matrimonial property regime or to fix the rights of the partner is, therefore, a necessary precondition to determine the composition of the estate. Hence, it is very important that these issues are settled by the same authority in charge of the administration of the estate. It would be extremely inconvenient for parties claiming rights in the succession (heirs, legatees) to be obliged to seize separate authorities in two different Member States».

³⁹ For further remarks on the coordination among different regulations see *infra* par. 2.2.

⁴⁰ Recitals 36 of Regulation No. 2016/1103 and 37 of Regulation No. 2016/1104.

⁴¹ According to Article 6 «(omissis) jurisdiction to rule on a matter of the spouses' matrimonial property regime shall lie with the courts of the Member State: a) in whose territory the spouses are habitually resident at the time the court is seised; or failing that b) in whose territory the spouses were last habitually resident, insofar as one of them still resides there at the time the court is seised; or failing that c) in whose territory the respondent is habitually resident at the time the court is seised; or failing that d) of the spouses' common nationality at the time the court is seised».

provide for different connecting factors) or the courts of the Member State of the conclusion of the marriage shall have exclusive jurisdiction to rule on matters of their matrimonial property regime.

19. Partially different is the provision contained in Article 7 of Regulation No. 2016/1104 where it is specified that the parties may agree, in cases which are covered by Article 6⁴², that the courts of the Member State whose law is applicable pursuant to Article 22 (choice of law agreement) or Article 26(1)⁴³ (which, in the absence of a choice-of-law agreement, provide for a different connecting factor) or the courts of the Member State under whose law the registered partnership was created shall have exclusive jurisdiction to rule on the property consequences of their registered partnership.

20. In this case, the jurisdiction criteria provided by the two Regulations are different, because the list of connecting factors provided under Article 26 to which Article 6 refers is different in both texts, reflecting, respectively, the inherent differences between marriages and registered partnerships. Namely, as concerns Regulation No. 2016/1103, in the absence of a choice-of-law agreement pursuant to Article 22, the other connecting factors listed by Article 26(1) lett. a) and b) refer, respectively, to the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage or, failing that, to the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage. While, as concerns Regulation No. 2016/1104, in the absence of a choice-of-law agreement pursuant to Article 22, the other connecting factor provided refers only to the law of the State under whose law the registered partnership was created.

21. According to Article 7, the choice of court agreement contemplated by the rule may designate just the courts of a Member State bound by the relevant Regulation, which, considering that both Regulations are in force among just 18 Member States now participating to the enhanced cooperation, restricts rather the scope within which the instrument is available. It should be noted that Article 7 in both texts refers generally to Article 6, where, at the beginning, it is explicitly specified: «where no court of a Member State has jurisdiction pursuant to Article 4 or 5». By referring generally to the cases covered by Article 6, without any express reference to letters comprised between a) and e), it seems that the Regulation intends to convey the meaning that a choice of court agreement is allowed solely where no court of a Member State has jurisdiction pursuant to Article 4 or 5 (thus, jurisdiction in the event of the death of one of the spouses or partners and jurisdiction in cases of dissolution or annulment of a registered partnerships and in cases of divorce, legal separation or marriage annulment). The provision seems straightforward enough and it appears truly difficult to hypothesize a different interpretation. That said, it should be pointed out that in this case, the European legislator, in defiance of a general trend, has decided to prioritize the requirements of coordination among the different legal instruments in matters of family and succession law, the unity of jurisdiction and legal certainty, rather than the autonomy of the involved parties.

22. However, it should be pointed out that, in this way, the possibilities for the involved parties to make an *electio fori* seem particularly narrow. In fact, given that generally the main issues connected with matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships arise when the

⁴² According to Article 6 «(omissis) jurisdiction to rule on the property consequences of a registered partnership shall lie with the courts of the Member State: a) in whose territory the partners are habitually resident at the time the court is seised, or failing that, b) in whose territory the partners were last habitually resident, insofar as one of them still resides there at the time the court is seised, or failing that, c) in whose territory the respondent is habitually resident at the time the court is seised, or failing that, d) of the partners' common nationality at the time the court is seised, or failing that, e) under whose law the registered partnership was created».

⁴³ The content of Article 26 is different in the two Regulations. Less wide in the Regulation concerns property consequences of registered partnerships, it is provided that in the absence of a choice-of-law agreement pursuant to Article 22, the law applicable to the property consequences of registered partnerships shall be only the law of the State under whose law the registered partnership was created. While in the Regulations on matrimonial property regime, several options are provided in the absence of a choice of law agreement pursuant to Article 22. Namely the law of the State of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage; or, failing that of the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage; or, failing that with which the spouses jointly have the closest connection at the time of the conclusion of the marriage, taking into account all the circumstances.

marriage or partnership bond, for some reason, has to be dissolved, more frequent than not it may happen that proceedings for succession of a spouse or partner or for divorce are already in front of a court. In these cases, and when the attraction of jurisdiction is not subject to the parties' consent, an *electio fori* will not be allowed. As concerns succession jurisdiction, given that neither of the new Regulations requires the parties' consent, whenever proceedings are pending in front of a court designated through the criteria provided by the Succession Regulation, a choice of court agreement made in accordance with the new Regulations shall be considered as ineffective.

23. It appears clearly that the attempt by the European legislator, again similarly to the Succession Regulation, is aimed to ensure coincidence between *forum* and *ius*, in order to guarantee in the broadest number of cases that the court shall decide the case by applying its own law. However, it should be pointed out that, as it will be explored in greater detail, that under the new Regulations this coincidence is anything but self-evident. The identification of the parties concerned for the purposes of a choice of court agreement, in this case, is far easier than under the Succession Regulation. In fact, under the new Regulations, the involved parties are necessarily the spouses or the partners.

24. As concerns formal validity of a choice of court agreement, Article 7 lists the minimum elements required. The rule requires, under both Regulations, that the agreement in question must be expressed in writing, adding, as a further requirement, that it must be dated and signed by the involved parties. Concerning the former specification it should be borne in mind that usually, in comparative law, the written form is a basic validity condition for a choice of court agreement⁴⁴ and also in European private international law, according to the provision contained in the Bruxelles I *bis* Regulation (Article 25), among the other possible formal conditions for the validity of an agreement listed in the provision, the written form or an evidenced in writing falls among them⁴⁵.

25. Concerning the moment where the agreement shall be considered as concluded, both the Regulations remain silent. In particular, it is not specified whether such choice of court agreements shall be concluded before the commencement of possible proceedings before the courts of the Member State of the applicable law, according to Article 22 or before the courts of the Member State of the conclusion of the marriage under point (a) or (b) of Article 26(1), or in case of registered partnership the courts of the Member State under whose law the registered partnership was created, under Article 26(1). However, it shall be argued that the possibility to make a choice of court agreement is ongoing up to the moment that a court has been seised. Nonetheless, if the seised court finds that it has no jurisdiction according to the Regulations, once the proceedings have been dismissed, generally it would be again possible for the spouses or the partners to conclude a choice of court agreement.

26. Moreover, similarly to the Succession Regulation (Article 9), it should be borne in mind that, under both the Regulations, it is provided pursuant to Article 8, a possibility of acceptance of the jurisdiction of the court seised, based on appearance by the defendant. In such cases, jurisdiction is conferred upon a court of a Member State whose law is applicable pursuant to Article 22, or Article 26 (1), lett. (a) or (b), as concerns Regulation No. 2016/1103, or Article 26(1) as concerns Regulation No. 2016/1104), and before which a defendant enters an appearance, of course except for the hypothesis in which the appearance is aimed just to contest the jurisdiction.

⁴⁴ See the critic point of view expressed by F. MARONGIU BUONAIUTI, *Article 5*, in *The EU Succession Regulation, A Commentary*, p. 157, where the Author underlines the tautological nature of this specification in the Succession Regulation.

⁴⁵ However, differently from the new Regulations that require exclusively the written form, Article 25 of Bruxelles Ibis Regulation, reflecting the larger scope granted to party autonomy in the subject area that of civil and commercial matters falling within its scope of application, provides also other alternative possibilities such as «b) a form which accords with practices which the parties have established between themselves»; or c) in international trade or commerce, in a form which accords with a usage of which the parties are or ought to have been aware and which in such trade or commerce is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade or commerce concerned».

27. Nonetheless, as already underlined as concerns choice of court agreements, in order to guarantee unity of jurisdiction and the coherence of the European private international law system, in some cases the possibility of prorogation of jurisdiction based on appearance by the defendant is excluded. Namely, as concerns Regulation No. 2016/1103, whenever the jurisdiction is based on Article 4 or 5(1) or, as concerns Regulation No. 2016/1104, in those cases covered by Article 4 (jurisdiction in the event of the death of one of the partners) but not in those cases covered by Article 5 (jurisdiction in the event of dissolution of the partnerships).

This difference between rules contained in the two Regulations, as underlined above, is explainable by taking into account that in case of registered partnerships, differently from matrimonial property regimes, the attraction of jurisdiction provided by Article 5 (jurisdiction in cases of dissolution or annulment of a registered partnership) is possible just with the partners' consent. For this very reason, Article 8(1) under Regulation No. 2016/1104, does not refer to Article 5. A different provision, in fact, would be in contrast with the same content of Article 5.

Like other EU private international law instruments⁴⁶ and in order to reflect the ongoing technological developments in the field of communications, Article 7 in both Regulations considers an agreement concluded through electronic means as equivalent to an agreement concluded in writing, as long as the means used provides a durable record of the agreement. However, in the light of the fact that the signature of the parties is required, it is possible to argue that a simple exchange of e-mails shall be not sufficient. Instead, an exchange of certified e-mails would be sufficient, since this provides the digital signature of the authors⁴⁷.

28. Another issue concerning choice of court agreements under the two Regulations concerns the substantial validity of the agreement. Namely, in these cases, as in other relevant legal instruments, it may be necessary to establish which law is applicable to assess the validity of the parties' consent. Similarly to the Succession Regulation⁴⁸, the new legal instruments do not regulate the substantive validity of such agreements. In this respect, the repeated choice by the European legislator not to include a provision comparable to that provided by the Bruxelles I-bis Regulation is worthy of criticism. As it is well known, Article 25(1), Bruxelles I-bis Regulation provides, albeit in negative terms, that the substantial validity of a choice of court agreement is established in accordance with the law of the country of the chosen court. Even though until the moment in which the European Court of Justice will have an opportunity to rule on this specific issue a unique answer is not possible, it is worth pointing out that the application of the law of the country of the chosen court in order to establish the validity of the parties' consent would be more straightforward in view of ensuring the coherence of the system and legal certainty. Furthermore, in this way, it is possible to guarantee a coincidence between *forum* and *ius*⁴⁹.

⁴⁶ Article 25, par. 2, of the Bruxelles I-bis Regulation and article 5 par. 2 of the Succession Regulation.

⁴⁷ See A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, p. 204 footnote 20, where the Authors underline that as regards electronic signature it shall refer to the Electronic Signatures Directive 1999/93/EC of the European Parliament and the Council which was a European Union Directive on the use of electronic signatures (e-signatures) in electronic contracts within the European Union. At present, the directive has been repealed by the eIDAS Regulation (EU) No 910/2014 which has started to be applied since 1st of July 2016. See also F. MARONGIU BUONAIUTI, *Article 5*, in *The EU Succession Regulation, A Commentary*, p. 158 and H. GAUDEMET-TALLON, *Les règles de compétence judiciaire dans le règlement européen sur les successions*, p. 131. An opposing view is held by J. SCHMIDT, *EuErbVO Artikel 5*, in C. Budzikiewicz, M. Weller and W. Wurmnest (eds.), *Beck-online Grosskommentar, EuErbVO*, München, 2014, par. 16.

⁴⁸ The doctrinal debate around this issue is particularly interesting. According to A. BONOMI, R. DI IORIO, *Articolo 5*, in A. Bonomi, P. Wautelet (eds.), *Il Regolamento Europeo sulle Successioni*, 2015, Milano, p. 136 ff. as in the Bruxelles I-bis Regulation, the substantial validity of a choice of court agreement shall be established in accordance with the law of the country of the chosen court. Similar position is supported by A. DUTTA, *Das neue internationale Erbrecht*, p. 6 and F. MARONGIU BUONAIUTI, *Article 5*, pp.159-160. Conversely, according to A. DAVI, A. ZANOBETTI, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, p. 205, albeit this position would have several advantages, in the absence of a specific disposition, since the choice of court agreement is a procedural agreement, by means of a strict interpretation, the *lex fori* shall be applied.

⁴⁹ About the same issue concerning the Succession Regulation, see A. BONOMI, R. DI IORIO, *Articolo 5*, in *Il Regolamento europeo sulle successioni*, p. 136. The Authors point out that in many cases the issue concern the existence of the parties' consent might be consider as incorporated in the general one concerns the formal validity. In fact, since the Regulations require an agreement in writing and the signatures of the involved parties is unlikely to argue that the consent does not exist or it is invalid. However in this respect it should be borne in mind that concerning the parties' consent several issues can affect the its validity.

2. Some remarks on the coordination between the jurisdiction rules provided under the new Regulations and those provided in other relevant instruments of European private international law

29. With particular regard to the coordination between the new Regulations and other relevant instruments of European private international, the regime provided under the two new Regulations is partially different⁵⁰. As concerns the relationship between the legal regime established by the new Regulations and the succession Regulation, the preamble of both the new legal instruments emphasizes the need to ensure a broad coordination. Particularly, recitals 32 and 33 underline that where the proceedings on the succession of a spouse or partner are pending before the court of a Member State seized under the Succession Regulation, the courts of that State should have jurisdiction to rule on matters of matrimonial property regimes⁵¹ or property consequences of registered partnerships arising in connection with that succession case. This suggestion has been included in the text of both the Regulations. In fact, Article 4 provides that where a court of a Member State is seized in matters of the succession of a spouse or a partner pursuant to Regulation No. 650/2012, the courts of that State shall have jurisdiction to rule on matters of the matrimonial property regime arising in connection with that succession case. Furthermore, in accordance with Article 8, jurisdiction based on appearance is excluded whenever the jurisdiction shall be established pursuant to Article 4, namely, in case of jurisdiction based on the connecting factors provided by Regulation No. 650/2012. Due to the lack of any further specification, it is possible to assume that every ground of jurisdiction provided by the Succession Regulation is included in this reference. In these cases, the coordination between the succession Regulation and the new instruments does not require the parties' consent. The attraction under the grounds of jurisdiction based on Regulation No. 650/2012 of the aspects concerning matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships is automatic. Moreover, differently from what it will be emphasized later concerning the coordination with rules of jurisdiction in international matters, in these hypotheses, both the Regulations provide for the same rules, without any role being attributed to the parties' consent.

30. By virtue of the mentioned provisions, the court with jurisdiction over the administration and distribution of the estate of a spouse or of a partner also has jurisdiction to rule on the winding up of the matrimonial property regime and on the property consequences of registered partnerships. These provisions tend to ensure the desired coordination. Given the above, it seems that the jurisdiction provided by both Regulations presents some sort of a subsidiary nature, since, as a matter of fact, matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships are strictly connected with other relevant aspects of personal or family relationships, such as divorce, legal separation, marriage annulment, or succession.

31. As explained in the preamble to the Regulation No. 2016/1103 (recitals 32 and 34), Article 5 specifies that issues related to matrimonial property regimes arising in connection with proceedings pending before the court of a Member State seized for divorce, legal separation or marriage annulment under Regulation No. 2201/2003, should be dealt with by the courts of that Member State, unless jurisdiction to rule on divorce, legal separation or marriage annulment may only be based on certain specified grounds of jurisdiction. However, in these cases, the two Regulations provide a different regime for matrimonial property regimes and for property consequences of registered partnerships respectively.

32. In fact, under Regulation No. 2016/1103, Article 5 provides, as a general rule, that concentration of jurisdiction, apart from specific cases where the parties' consent is necessary⁵², depends only

An example is the capacity of the parties to conclude such agreement. In fact, even if the issues concerning the *status* or legal capacity of natural persons are expressly excluded from the scope of application of both the Regulations (or the Succession Regulation) it does not mean that the incapacity of one of the parties concerned to conclude a choice of court agreement may not affect its validity.

⁵⁰ See A. BONOMI, *The interaction among the future EU instruments on matrimonial property, registered partnerships and successions*, p. 217 ff.

⁵¹ See. B. CAMPUZANO DÍAZ, "The coordination of the EU Regulations on divorce and legal separation with the proposal on matrimonial property regimes", *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, 2011, vol. 13, p. 233 ff.

⁵² Namely, jurisdiction in matters of matrimonial property regimes under paragraph 1 shall be subject to the spouses' agree-

on the fact that a court of a Member State has been seised to rule on divorce, legal separation or marriage annulment pursuant to Regulation No. 2201/2003 in respect of the same spouses. Thus, the courts of that Member State shall have jurisdiction to rule on matters of the matrimonial property regime arising in connection with those actions, without the need for a specific consent by the spouses.

33. On the contrary, a different solution is provided under Regulation No. 2016/1104. Article 5 states that where a court of a Member State is seised to rule on the dissolution or annulment of a registered partnership, the courts of that State shall have jurisdiction to rule on the property consequences of the registered partnership arising in connection with that case of dissolution or annulment, but only with the partners' consent. Moreover, under Regulation No. 2016/1104, obviously, there are no references to Regulation No. 2201/2003, because in principle Regulation No. 2201/2003 does not concern registered partnerships, but, insofar as it applies to matrimonial disputes, it presupposes a notion of marriage that cannot encompass registered partnerships⁵³.

Basically, while under the Regulation on matrimonial property regimes the spouses' consent is necessary just for certain limited hypotheses⁵⁴, under the Regulation on property consequences of registered partnerships this consent is always required. Yet again, this dissimilarity may be justified by taking into account the differences which characterize the national legal systems concerning the Regulation of registered partnerships as opposed to the comparably more homogeneous framework concerning marriage, as a consequence of which no corresponding EU instrument exists concerning jurisdiction on the dissolution of partnerships.

III. The rules concerning the applicable law

34. Differently from jurisdiction rules, those concerning the applicable law, according to Article 20, have universal application. This scheme is generally common to all instruments of European private international law, including the Succession Regulation, considered as a frame of reference. As mentioned above and according to a general trend which characterised European private international law instruments⁵⁵, both the Regulations provide ample space for party autonomy even as concerns the applicable law and, on the same terms as the Succession Regulation, they apply the monist principle

ment where the court that is seised to rule on the application for divorce, legal separation or marriage annulment: is the court of a Member State in which the applicant is habitually resident and the applicant had resided there for at least a year immediately before the application was made, in accordance with the fifth indent of Article 3(1)(a) of Regulation (EC) No 2201/2003; is the court of a Member State of which the applicant is a national and the applicant is habitually resident there and had resided there for at least six months immediately before the application was made, in accordance with sixth indent of Article 3(1)(a) of Regulation (EC) No 2201/2003; is seised pursuant to Article 5 of Regulation (EC) No 2201/2003 in cases of conversion of legal separation into divorce; or is seised pursuant to Article 7 of Regulation (EC) No 2201/2003 in cases of residual jurisdiction.

⁵³ See O. FERACI, "L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano", p. 39.

⁵⁴ According to Article 5(1) where a court of a Member State is seised to rule on an application for divorce, legal separation or marriage annulment pursuant to Regulation (EC) No 2201/2003, the courts of that State shall have jurisdiction to rule on matters of the matrimonial property regime arising in connection with that application. However, according to paragraph 2 in some specific cases the spouses' agreement is required, namely: «where the court that is seised to rule on the application for divorce, legal separation or marriage annulment: a) is the court of a Member State in which the applicant is habitually resident and the applicant had resided there for at least a year immediately before the application was made, in accordance with the fifth indent of Article 3(1)(a) of Regulation (EC) No 2201/2003; b) is the court of a Member State of which the applicant is a national and the applicant is habitually resident there and had resided there for at least six months immediately before the application was made, in accordance with sixth indent of Article 3(1)(a) of Regulation (EC) No 2201/2003; c) is seised pursuant to Article 5 of Regulation (EC) No 2201/2003 in cases of conversion of legal separation into divorce; or d) is seised pursuant to Article 7 of Regulation (EC) No 2201/2003 in cases of residual jurisdiction».

⁵⁵ E. JAYME, "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", *Yearbook of Private International Law (YPIL)*, 2009, vol. 11, p. 1 ff.; P. FRANZINA, "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di legge in materia di separazione e divorzio", *Rivista diritto internazionale (RDI)*, 2011, p. 488 ff.; O. FERACI, "L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *Rivista diritto internazionale (RDI)*, 2013, p. 424 ff.; S.M. CARBONE, "Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)*, 2013, p. 569 ff.

with no exceptions⁵⁶. As underlined under recital 43, in the preamble to Regulation No. 2016/1103 and under recital 42 in the preamble to Regulation No. 2016/1104, it is important that the main rule concerning applicable law ensures that the matrimonial property regime is governed by a predictable law with which it is closely connected⁵⁷. To that end, in order to guarantee legal certainty and to avoid the fragmentation of the matrimonial property regime or of the property consequences of registered partnerships, the applicable law should govern the matrimonial property regime or the property consequences of a registered partnership as a whole. Thus, all the relevant property, irrespective of the nature of the assets and regardless of whether they are located in another Member State or in a third country will be subject, in principle, to the same law.

35. Nonetheless, differently from the Succession Regulation, where the *professio iuris* is only a possibility granted to the *de cuius* (Article 22) while the main connecting factor is her/his last habitual residence (Article 21), in the two new instruments the choice of the applicable law is the main connecting factor. This may be noticed already from the structure of both the texts. In fact, Article 22, immediately after the general rule providing for universal application and unity of the applicable law, provides for the possibility to make a *professio iuris*. Only subsidiarily, namely under Article 26 of both Regulations, a series of hierarchical criteria to be relied upon in the absence of choice by the parties are provided. In this respect, it should be pointed out that the structure is more similar to that provided under the Rome I Regulation⁵⁸, where party autonomy, as it is well known, is the main connecting factor⁵⁹.

36. Before considering how a valid *professio iuris* may be made under the new texts⁶⁰, some considerations on the other criteria provided by Article 26 seem appropriate in order to appreciate the impact of the choice of the applicable law by the parties in the overall system of the two Regulations. Concerning the latter point, it appears necessary to make a distinction between the rules provided under the Regulation on matrimonial property regimes and that envisaged by the Regulation on property consequences of registered partnerships. The latter, in the absence of a *professio iuris* made pursuant to Article 22, provides for just one main further criterion. Conversely, the former envisages, in the absence of a *professio iuris* made pursuant to Article 22, a series of hierarchically applicable criteria. According to Article 26 of Regulation No. 2016/1103, in fact, the law applicable to the matrimonial property regime shall be the law of the Country of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage. Thus, reflecting the role attributed to the habitual residence of the deceased in the Succession Regulation, in the Regulation on matrimonial property regime, the criterion of the habitual residence of the spouses takes priority, apart from party autonomy. Nevertheless, differently from the Succession Regulation, where Article 21 refers to the last habitual residence of a single person, namely the *de cuius*, in this case, Article 26, reflecting the substance of the legal relationship to be regulated, refers to the first common habitual residence of the spouses, after the conclusion of the marriage. This means that, even in the absence of an *optio legis* made by the involved parties, since the time reference to determine the applicable law is different, a subsequent change of the habitual residence of the spouses during the marriage, given the immutability of the rule, might lead to a dissociation between the law applicable to the matrimonial property regime and the law governing the succession. In fact, the former will be governed by the law of the first common habitual residence of the spouses, the latter by the law of the last habitual residence of the deceased⁶¹. This problem was raised firstly with respect to the proposal presented by the European Commission for the Regulation on matrimonial property regimes, namely re-

⁵⁶ See Article 21 in both Regulations. See P. LAGARDE, *Reglements 2016/1003 et 1104 du 24 juin 2016*, p. 681.

⁵⁷ D. DAMASCELLI, "La legge applicabile ai rapporti patrimoniali tra coniugi, uniti civilmente e conviventi di fatto nel Diritto internazionale privato italiano ed europeo", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale (RDIPP)*, 2017, 4, pp. 1103 ff.

⁵⁸ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16.

⁵⁹ Article 3 of Rome I Regulation. See for general remarks among others, U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Rome I Regulation – Commentary*, vol. 2, 2016, *passim*.

⁶⁰ See *infra* par. 3.1.

⁶¹ See A. BONOMI, *The Interaction among the Future EU Instruments*, pp. 226, 227.

ferring to its Article 17⁶². In order to overcome this difficulty, in the adopted text there has been included a further paragraph, n. 3, where it is specified that «by way of exception and upon application by either spouse, the judicial authority having jurisdiction to rule on matters of the matrimonial property regime may decide that the law of a State other than the State whose law is applicable pursuant to point (a) of paragraph 1 shall govern the matrimonial property regime if the applicant demonstrates that: the spouses had their last common habitual residence in that other State for a significantly longer period of time than in the State designated pursuant to point (a) of paragraph 1; and both spouses had relied on the law of that other State in arranging or planning their property relations». So, in this case, but just by the way of exception and when the spouses have not concluded a matrimonial property agreement before the establishment of their last common habitual residence in that other State, a special role is recognised upon the court and upon the involved parties. In fact, if the parties agree, the judge may decide that the law of the State of the last habitual residence may be applied. This is a discretionary decision. Nonetheless, this possibility shall be subject to the evidence, provided by the involved parties, that the spouses had their last common habitual residence in that other State for a significantly longer period of time than in the State of the first habitual residence after marriage. However, if this change is permitted, it is provided that, unless the spouses disagree, the law of that other State shall have effects only from the moment where the spouses have established their common habitual residence in that other State, in order not to jeopardise the rights of third parties. Nonetheless, it shall be pointed out that this exceptional provision does not apply if the spouses have concluded a matrimonial property agreement before establishing their common habitual residence in a different Member State.

If the different habitual residence coincides with the last habitual residence at the moment of death of one of the spouses, the coincidence between the succession law and the law applicable to matrimonial property regimes may be re-established. Moreover, if the proceedings concerning one of the spouses' succession have been previously opened, due to the attraction of jurisdiction on matrimonial property regimes under the succession jurisdiction provided for under Article 4, the court may rule on the case by applying its own law, with all the related advantages.

37. Article 26 provides also other hierarchically ordered criteria. Namely, if the involved parties have not a common habitual residence after the conclusion of marriage, the further criterion contemplated under letter b), is the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage, or, as a last resort, under letter c), the law with which the spouses jointly have the closest connection at the time of the conclusion of the marriage, taking into account all the circumstances. The former criterion allows a coincidence between the succession law and the law applicable to the matrimonial property regime, whenever one of the spouses has made, according to Article 22 of the Regulation No. 650/2012⁶³, a *professio iuris* in favour of the law of his/her nationality, which may even include a future nationality. This is because, under Regulation No. 650/2012, an *optio legis* may be made in favour of a present or a future nationality, and more importantly, if one of the spouses has made a *professio iuris* in order to determine the law applicable to his or her succession before or at the time of the conclusion of the marriage, a future change of nationality does not affect the validity of the choice. Under paragraph 2, a solution is also provided for those cases where the spouses have more than one common nationality

⁶² Article 17 states that where no choice is made «1. If the spouses do not make a choice, the law applicable to the matrimonial property regime shall be: (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. 2. Paragraph 1(b) shall not apply if the spouses have more than one common nationality». See A. BONOMI, *The Interaction among the Future EU Instruments*, pp. 226, 227.

⁶³ See on *professio iuris* under the Succession Regulation, among others, E. CASTELLANOS RUIZ, in A. Calvo Caravaca, A. Davi, H.-P. Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation, A Commentary*, Article 22, p. 324; J.M. FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, 2010 pp. 29-55; H.-P. MANSEL, *Party Autonomy, Legal Doctrine on Choice of Law, and the General Section of the European Conflict of Laws*, in *General Principles of European Private International Law*, in S. Leibe (eds), Alphen aan den Rijn, 2016, p. 143 ff.; A. BONOMI, *Article 22*, in A. Bonomi, P. Wautelet, *Le droit européen des successions*, 2^e ed., 2016, Bruxelles, p. 321 ff. and D. LOOSCHELDERS, in Hußtege, Mansel, *BGB Kommentar*, 2^a ed., Baden Baden, 2015 p. 916 ff.

at the time of the conclusion of the marriage. In this case, only points (a) and (c) of paragraph 1 shall apply, hence the first common habitual residence of the spouses after marriage and, subsidiarily, the law with which the spouses jointly have the closest connection at the time of the conclusion of the marriage.

38. Another issue, which might affect the consistency of either the matrimonial property regime or the property consequences of registered partnerships, regards the case of simultaneous death or *commorientes* of the spouses or partners. This because, the establishment of the prior death of one of the spouses or partner may mean that the other spouse or partner will become beneficiary of the estate, according to the rules which regulate the winding up of the inheritance. In case of *commorientes*, usually, none of the deceased persons has any rights to the succession of the other, but in case of spouses or partners, especially in those cases where the couples are married or united in a partnership in a community of property, this separation may origin criticisms. Given that no rules regarding this specific issue are provided under the letter of the Regulations, the solution to such a problem shall be dictated by the Succession Regulation (Article 32⁶⁴).

39. Regarding, in particular, the issues concerning the applicable law, in case of *commorientes*, in fact, if the spouses have a different nationality and both have made a *professio iuris* in favour of the law of his/her nationality in accordance with Article 22 of the Succession Regulation, the result may prove complicated. The winding up of the assets, in fact, might be adjudicated by two different courts under two different laws. According to the content of Article 32 of the Succession Regulation, it is legitimate to wonder whether in this case the inheritance rights of each spouse should be considered or not? Article 32 of the Succession Regulation, which has been considered as a substantive rule⁶⁵, provides that whenever two persons whose successions are governed by different laws die in circumstances in which it is uncertain in what order their deaths occurred, and where those laws provide differently for that situation or make no provision for it at all, none of the deceased persons shall have any rights to the succession of the others. Given the above, in these cases, the inheritance rights of each spouse should be excluded. As a result, the frame will be up to two different courts which shall deal with two successions, different but inevitably strictly connected, by applying, in most cases, two different laws.

40. The above consideration, with some peculiarities, may be referred also to Regulation No. 2016/1104 on property consequences of registered partnership. In this case, Article 26 envisages only one general additional criterion. Namely, in the absence of a choice of the applicable law pursuant to Article 22, the law applicable to the property consequences of registered partnerships shall be the law of the State under whose law the registered partnership was created. Given that, as matter of the fact, more frequently than not the place where a registered partnership is created is also the place where the partners (either both or one of them) have their habitual residence, it is strongly probable, in case of change of the habitual residence, that the law applicable to the succession will be different from the law applicable to the property effects of the partnership. This is true except for the case where the partners have made a *professio iuris* under the Succession Regulation and the law of their nationality is the same as the law of the place where the registered partnership was created. In this case, in fact, a future change of habitual residence, under both the Regulations, does not affect this coincidence, absent a deliberate change made by the parties concerned.

1. The impact of party autonomy on the designation of the applicable law under the two new Regulations

41. As already mentioned, under both the Regulations the parties are granted the possibility to choose the law applicable to the matrimonial property regime and to the property consequences of registered partnerships. Recitals 45 under Regulation No. 2016/1103 and 44 under Regulation No. 2016/1104

⁶⁴ See E. CALZOLAIO, in A.-L. Calvo Caravaca, A. Davì, H.-P. Mansel (eds.), *The Eu Succession Regulation, A Commentary*, Article 32 (*commorientes*), p. 452 ff.

⁶⁵ See E. CALZOLAIO, Article 32 (*commorientes*), p. 452 ff.

respectively underline that, in order to facilitate spouses or partners in the management of their property, either Regulation should authorize them to choose the law applicable to their matrimonial property regime or to the property consequences of their registered partnership, regardless of the nature or location of the property. It is appropriate, according to the preambles of both texts, that the choice falls among the laws with which the spouses or the partners have close links, because of their habitual residence or their nationality. Moreover, in accordance with a recognized general freedom in managing personal relationships which characterizes domestic laws⁶⁶, the choice may be made at any moment, before the marriage or the registration of the partnership, at the time of conclusion of the marriage or registration of the partnership, or during the course of the marriage or of the registered partnership.

42. According to Article 22 of Regulation No. 2016/1103, the spouses or the future spouses may choose, or change their earlier choice, between two alternatives: «

(a) the law of the State where the spouses or future spouses, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded; or (b) the law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is concluded». Even if both the Regulations embrace the possibility to modify the matrimonial or partnership regimes⁶⁷, according to Article 22, paragraph 2, unless the spouses agree otherwise, a change of the law applicable to the matrimonial property regime, which is made during the marriage, shall have prospective effects only. However, even if the spouses agree for retroactive effects, according to paragraph 3, they may not adversely affect the rights of third parties deriving from that law⁶⁸.

43. Same conditions are provided under Regulation No. 2016/1104, with only one additional criterion⁶⁹. Namely, according to Article 22 the partners or future partners may agree to designate or to change the law applicable to the property consequences of their registered partnership, under the condition that the chosen law attaches property consequences to the institution of the registered partnership, among the following laws: «(a) the law of the State where the partners or future partners, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded; (b) the law of a State of nationality of either partner or future partner at the time the agreement is concluded, or (c) the law of the State under whose law the registered partnership was created». This choice may be made at any moment, before the registration of the partnership, at the time of the registration of the partnership or during the course of the registered partnership.

44. Similarly to the Regulation on matrimonial property regimes, paragraph 2 provides that unless the partners agree otherwise, a change of the law applicable to the matrimonial property regime, which is made during the marriage, shall have prospective effects only (*ex nunc* effects). In this case

⁶⁶ See for general remarks I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996, *passim*.

⁶⁷ See for a comparison between the new Regulation and art. 30 of the Italian PIL No. 218/1995 O. FERACI, “*L’incidenza del nuovo regime europeo in materia di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull’ordinamento giuridico italiano*”, p. 21 and particularly footnote 45. For more general remarks see, R. CLERICI, *Articolo 30 (Rapporti patrimoniali tra coniugi)*, in F. Pocar, T. Treves, S.M. CARBONE, A. GIARDINA, R. LUZZATTO, F. MOSCONI, R. CLERICI, *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 157 ff.

⁶⁸ See P. LAGARDE, *Reglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistres*, p. 682.

⁶⁹ It seems appropriate to point out, that in the first proposal (COM(2011) 127 def.) the choice of the applicable law has been completely excluded with respect to the property consequences of registered partnership due to the differences among the national laws of those Member States that make provision for registered partnerships. In this respect, article 15 of the first proposal provided that «the law applicable to the property consequences of registered partnerships is the law of the State in which the partnership was registered». According to the explanatory memorandum, this principle would have been in line with the Member States’ laws on registered partnerships, which usually provide for application of the law of the State of registration, and do not offer partners the option of choosing any law other than the State of registration, even though they may be entitled to conclude agreements between themselves. See on this specific point the critical position expressed by A. BONOMI, *The Inter-ecation among the Future EU instruments*, pp. 230-231.

as well, «any retroactive change of the applicable law under paragraph 2 shall not adversely affect the rights of third parties deriving from that law»⁷⁰. The partial difference, between the rules provided under the two Regulations, depends on the dissimilarities among domestic laws in each Member State in relation to this specific field. In this respect, as already mentioned, recital 44 underlines that in order to facilitate the partners' management of their property, the Regulation should authorize them to choose the law applicable to the property consequences of their registered partnership, regardless of the nature or location of the property, among the laws with which they have close links such as because of their habitual residence or nationality. Nevertheless, in order to avoid depriving the choice of law of any effect and thereby leaving the partners in a legal vacuum, such choice of law should be limited to a law that attaches property consequences to registered partnerships. Obviously, the same issue does not arise for marriage, given that legislation in all Member States regulates marriage and matrimonial property regimes, albeit in different ways. At most, the differences are connected with the matrimonial status and the matrimonial property regimes.

45. Regarding the formal requirements for a *pactum de lege utenda*, both the Regulations provide the same essential conditions for a choice of the applicable law. Under Article 23 it is stated (in both texts), that the agreement referred to in Article 22 «shall be expressed in writing, dated and signed by both spouses (or partners)». Any communication by electronic means which provides a durable record of the agreement shall be deemed equivalent to writing. As already mentioned concerning the choice of court agreements⁷¹, in order to reflect the ongoing technological developments in the field of communications, Article 23, under both Regulations, considers an agreement concluded through electronic means as equivalent to an agreement concluded in writing, as long as the means used provide a durable record of the agreement.

Nonetheless, in both the new legal instruments further additional formal requirements are established. Particularly, if the law of the Member State of the common habitual residence of the spouses or the partners, or, failing a common habitual residence, the law of one of the Member State, of the habitual residence of the spouses or partners at the time the agreement is concluded lays down additional formal requirements for matrimonial property agreements (or partnership property agreements), those requirements shall apply. In case just one of the spouses or the partners has his/her habitual residence in one Member State and the other in a third country, both the Regulations just take into account the formal requirements provided by the law of the relevant Member State, without taking into account the ones provided by the law of the involved third country⁷². Moreover, given that a *professio iuris* is a private act of party autonomy, in order to designate the applicable law it must be not only formally but also materially valid. The issue concerning the material validity of the agreement on a choice of the applicable law is referred basically to the consent of the spouses or of the partners, which, usually, is not expressly regulated by means of private international law rules⁷³.

46. Pursuant to Article 24 of both Regulations, the existence and validity of an agreement on the choice of law, or of any term thereof, shall be determined by the law which would govern it pursuant to Article 22 if the agreement or term were valid. Therefore, the Regulations refer to the *lex voluntatis* and the conditions of validity of the parties' consent are delegated to the chosen law⁷⁴. Again the scheme is the

⁷⁰ See P. LAGARDE, *Reglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistres*, p. 682.

⁷¹ Above par. 2.1.

⁷² As underlined by P. LAGARDE, *Reglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les regimes matrimoniaux et sur le regime patrimonial des partenariats enregistres*, p. 682, «concrètement, ces règles signifient que la convention conclue par acte sous seing privé, conformément à la loi du lieu de conclusion sera nulle en la forme si la loi de l'Etat membre de la résidence habituelle commune ou de la résidence habituelle de l'un des époux ou partenaires exige un acte notarié, voire la présence de deux notaires».

⁷³ See A. WYSOCKA, "How can a valid *professio iuris* be made under the EU Succession Regulation", *Netherlands Internationaal Privaatrecht (NiPR)*, 2012, p. 573.

⁷⁴ See O. FERACI, "L'incidenza del nuovo regime europeo in tema di rapporti patrimoniali tra coniugi e parti di unioni registrate sull'ordinamento giuridico italiano", p. 26.

same as under the Succession Regulation. Nonetheless, even in this case, as the doctrinal debate has noticed about the Succession Regulation, there is an open question. The material validity of a *professio iuris* should be determined according to the substantive law of the *forum* or by the law chosen by the involved parties? The first solution, which seems more reliable, has been criticised by part of the doctrine as leading to a logical error⁷⁵. In fact, as it is intended, it is not possible to verify the validity of a choice of the applicable law in accordance with the law chosen, if it is not yet proven that that choice was indeed validly made. Nonetheless, this criticism may be considered satisfactorily answered by means of the hypothetical law mechanism. Moreover, this objection has been overcome by the Regulations since, according to the content of Article 24, the conditions of validity of the parties' consent shall be delegated to the chosen law.

47. A further requirement which affects the material validity of a *professio iuris* is posed regarding Regulation No. 2016/1104. In case of registered partnerships and in order to avoid legal loopholes and ensure legal certainty, it is provided that in order for a *professio iuris* to be effective it shall designate a law which attaches property consequences to the institution of a registered partnership. It means that, whenever, by means of a *professio iuris*, the involved parties have chosen a law which does not recognize any effects to the registered partnership, this choice shall be considered ineffective and the issues concerning the applicable law shall be dealt with under the other criteria provided by the Regulation in the absence of a choice.

48. About the coordination between a *professio iuris* made under the new Regulations and a *professio iuris* made in accordance with the Succession Regulation, it is possible to make a few remarks. Differently from the provisions concerning jurisdiction⁷⁶, there is no specific provision allowing to connect a *professio iuris* made in accordance with Article 22 of the Succession Regulation and one made pursuant to Article 22 of the new Regulations. Moreover, the choice allowed under the Succession Regulation is much more restricted than that provided under the Regulations on matrimonial property regimes and property consequences of registered partnerships, since the *de cuius* may only opt for the law of the State of his/her present or future nationality and neither for the law of the State of his/her habitual residence at the moment of choice nor for the law applicable to the matrimonial property regime or the property consequences of a registered partnership. In this latter regard, as already pointed out, criticism was raised concerning the choice by the European legislator to exclude, from the scope of the Succession Regulation, the matrimonial property regimes and the property consequences of registered partnerships, since these are closely related aspects⁷⁷. As a consequence, at present, the possibility to submit the matrimonial property regimes or the property consequences of registered partnerships to the succession law implies the previous knowledge of that law (which, usually, whenever the *de cuius* has made a *professio iuris*, is unknown till the moment of his death, unless he or she has disclosed it). On the contrary, it is not allowed to submit the succession to the law which is designated to govern the matrimonial property regime or the property consequences of a registered partnership, due to the limitation of the scope of a *professio iuris* under the Succession Regulation.

IV. Final remarks

49. In the end, the resulting general framework concerning the allocation of jurisdiction in family and succession issues under the EU instruments so far adopted appears quite complicated. In fact, in spite of the effort of the European legislator to ensure a unique ground of jurisdiction for issues that, however strictly connected, are different, the resulting situation, by applying the different connecting factors contemplated by the relevant Regulations, is currently fragmented.

⁷⁵ See A. WYSOCKA, "How can a valid *professio iuris* be made under the EU Succession Regulation", pp. 573-574.

⁷⁶ See above par. 2.2.

⁷⁷ See A. BONOMI, *The Interaction among the Future EU Instruments*, p. 230, who underlines, in the early stage of the adoption of these instruments, that «to avoid such restrictions, it would be desirable to include, in the future Succession Regulation, the possibility to submit the succession to the law applicable to the matrimonial property regime».

On the one hand, due to the coordination provided between the grounds of jurisdiction under Regulation No. 2201/2003 and those under Regulation No. 2016/1103, it is more probable than not that several different grounds of jurisdiction will co-exist, and different courts will be called upon to rule on different aspects of a same legal relationship, with the concrete risk of a positive conflict of judgements.

On the other hand, as concerns the coordination between the Succession Regulation and the two new Regulations, even if it is more probable than not that a single ground of jurisdiction will apply, thanks to the rules of coordination just mentioned, the courts shall rule by applying different laws. In fact, in both the new Regulations there does not exist a rule similar to Article 6⁷⁸ of the Succession Regulation. This provision, under some conditions, allows the courts seized under the general or subsidiary rules to declare jurisdiction in case the *de cuius* has made a *professio iuris*. As a consequence, whenever a *de cuius* has made a *professio iuris* in favour of the law of his or her nationality pursuant to Article 22 of Regulation No. 650/2012, and the spouses or partners have made a *professio iuris* according to Article 22 of the new Regulations, it may happen that, after jurisdiction on property aspects is attracted to the courts having jurisdiction as concerns the succession, the risk exists for the court to being called to rule applying two different laws, except where there is a fortunate coincidence between these laws. The situation that the courts will face in these cases is closer to the one which may arise in the field of contractual obligations, where *dépeçage* allows that different issues related to the same contract may be governed by different laws. Nonetheless, in the field of family and succession matters, it may be argued that this fragmentation, given the high complexity of the related issues, is not in the best interests of the involved parties as well as of legal certainty. In the light of this potential difficulties in coordination, the shortcomings inherent in the European Legislator's choice not to allow under the Succession Regulation a *professio iuris* by the *de cuius* in favour of the law of his habitual residence at the moment of choice or in favour of the law of the matrimonial property regime or of the property consequences of a registered partnership appear even more serious.

Nevertheless, in order to realise the effects of this fragmentation in concrete terms, it is necessary to wait for the first cases to be submitted to the ECJ for a preliminary ruling. However, at a first glance, due to the special effort that the European legislator has spent to guarantee the coincidence between *forum* and *ius* under the Succession Regulation, it should be pointed out that this fragmentation might increase legal uncertainty.

⁷⁸ See Article 6 Regulation No. 650/2012 and F. MARONGIU BUONAIUTI, *Article 6*, in *The EU Succession Regulation, A Commentary*, p. 162 ff.

LA PRECISIÓN DEL LUGAR HABITUAL DE TRABAJO COMO FORO DE COMPETENCIA Y PUNTO DE CONEXIÓN EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS

THE DETERMINATION OF THE HABITUAL PLACE OF WORK AS JURISDICTION RULE AND AS CONNECTING POINT IN THE EUROPEAN REGULATIONS

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL*

Catedrático de Derecho Internacional privado

Universidad Pública de Navarra

ORCID es: 0000-0002-2353-5003

Recibido: 07.06.2018 / Aceptado: 22.06.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4385>

Resumen: La finalidad de este trabajo es identificar y analizar los indicios que las autoridades judiciales de la Unión Europea utilizan para determinar el lugar habitual de trabajo, como foro de competencia judicial internacional y como punto de conexión, en los casos en que el mismo es impreciso, porque el trabajador realiza sus funciones en varios países. También se estudian los principales índices que la jurisprudencia europea ha rechazado o aquellos cuya utilidad ha matizado. El estudio es eminentemente casuístico y se articula a través de las sentencias del TJUE y las conclusiones de los distintos Abogados Generales.

Palabras clave: contrato de trabajo internacional, precisión del lugar habitual de trabajo, método indiciario, indicios empleados por la jurisprudencia, indicios matizados, indicios rechazados.

Abstract: The purpose of this paper is the identification and analysis of the indicia used by the judicial authorities of the European Union to determine the habitual place of work, as forum of international jurisdiction and as connecting point, in cases where it is diffuse because the employee performs his duties in several countries. It will also be analyzed the main indicia rejected by the European Court of Justice, or those whose usefulness has been qualified. This work is mainly casuistic and it is framed through the judgments of the ECJ and the conclusions of different General Advocates.

Keywords: international employment contract, accuracy of the habitual place of work, circumstantial method, indicia used by the Case Law, nuanced indicia, rejected indicia.

Sumario: I. La relevancia del lugar habitual de trabajo en el sistema europeo y español de Derecho Internacional Privado. II. La dificultad de determinar el lugar habitual de trabajo en ciertos supuestos. III. Indicios utilizados por la jurisprudencia europea para determinar el lugar habitual de trabajo en los casos de duda. 1. Presupuestos jurisprudenciales de la determinación del lugar habitual de trabajo. 2. El empleo del método indiciario por parte de los Tribunales. 3. Índices habitualmente empleados por la jurisprudencia europea. A) Lugar desde el que el trabajador parte y al que poste-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación titulado: Implicaciones jurídicas del trabajo en el extranjero en materia de prevención de riesgos laborales, asistencia al trabajador víctima de accidente de trabajo y reparación del daño. DER2016-80716-P.

riormente regresa. B) Lugar en el que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo por cuenta de la empresa. C) Lugar en el que se encuentran las herramientas o los medios de trabajo empleados por el trabajador. D) Lugar en el que el trabajador habitualmente se relaciona con el empresario y en el que organiza su trabajo. E) Lugar en el que está contractualmente obligado a residir el trabajador. F) Lugar donde el trabajador tiene, o se ha puesto a su disposición, un despacho u oficina. IV. El rechazo expreso de un índice: la nacionalidad de las aeronaves. V. Reflexiones finales.

I. La relevancia del lugar habitual de trabajo en el sistema europeo y español de Derecho Internacional Privado

1. El lugar habitual de trabajo ocupa un papel fundamental a la hora de determinar la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales y la ley aplicable por los mismos en los supuestos de contrato internacional de trabajo. Materia esta última que en nuestro sistema está regulada esencialmente por normas emanadas de la Unión Europea, jugando solamente un papel muy residual en lo que se refiere a la competencia judicial internacional unas pocas disposiciones convencionales y alguna norma de origen interno, que como veremos se inclinan en gran medida por la misma solución, o al menos muy parecida, que las normas europeas.

2. En efecto, en el ámbito de la competencia judicial internacional, el artículo 21.1.b).i) del Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, sobre la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹, establece que “Los empresarios domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados: ... b) en otro Estado miembro: i) ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en el que lo haya desempeñado”. Este precepto reproduce casi literalmente a su inmediato antecedente, que fue el artículo 19.2.a) del Reglamento (CE) 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, referente a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil². El cual a su vez se inspiraba en la solución de su previo antecedente, que fue el artículo 5.1 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 mercantil³. Este último precepto se introdujo en el texto convencional original por medio del Convenio de San Sebastián, de 26 de mayo de 1989, relativo a la adhesión de España y Portugal⁴, y fue consecuencia de una larga evolución jurisprudencial, sobre la que ahora no nos podemos detener aunque haremos algunas referencias a la misma a lo largo de este artículo⁵.

3. En paralelo, el artículo 5.1 del Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988⁶, coincidía en este punto de manera esencial con su correlativo del Convenio de Bruselas. Actualmente, el artículo

¹ DOUE L 351, de 20 de diciembre de 2012.

² DOCE L 12, de 16 de enero de 2001, con rectificaciones en DOCE, L 307, de 24 de noviembre de 2001 y DOCE L 176, de 5 de julio de 2002.

³ DOCE C 27, de 26 de enero de 1998.

⁴ DOCE L 285, de 3 de octubre de 1989.

⁵ Sobre esta construcción jurisprudencial y su evolución: CH. KOHLER, “Las competencias especiales del artículo 5 del Convenio. Generalidades y competencias en materia contractual”, *Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa. Ponencias del coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal Europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo. Luxemburgo, 11 y 12 de marzo de 1991*, Pamplona, 1993, pp. 70-72. M. E. ZABALO ESCUDERO, “Relevancia del lugar de ejecución del trabajo en la determinación de la competencia judicial internacional a través del Convenio de Bruselas”, *Noticias U. E.*, nº 124, mayo 1995, pp. 9-18. A. ZANOBBETTI, “Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, nº 2, 2011, pp. 343-347. J. L. IRIARTE ÁNGEL, “El Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 y la competencia judicial internacional respecto de los litigios derivados del contrato individual de trabajo”, *Relaciones Laborales*, nº 9, 1996, pp. 113-119. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, 2017, pp. 428 y ss.

⁶ BOE de 20 de octubre de 1994, con correcciones en BOE de 10 de enero de 1995.

19.2.a) del Convenio de Lugano, de 30 de octubre de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁷, coincide con el mismo precepto del Reglamento (CE) 44/2001.

4. A pesar de esta realidad normativa, pudiera parecer a primera vista que la importancia práctica del foro del lugar habitual de trabajo, del artículo 21.1.b.i) del Reglamento (UE) 1215/2012, queda severamente reducida por la incidencia de otros preceptos de la Sección 5ª del Capítulo II del Reglamento (artículos 20 a 23): En este sentido se podrían alegar razones como que el foro solo opera cuando el demandante es el trabajador y no el empresario, es alternativo o concurrente con el foro del domicilio de este último y su proyección real puede verse diluida por los acuerdos de elección de Tribunales. Sin embargo estas razones son endeblas.

5. Ciertamente el foro solamente es operativo cuando se demanda al empresario, pero no se puede olvidar que en la inmensa mayoría de los litigios laborales el demandante es el trabajador y el demandado el empleador. Por otro lado, su condición de foro alternativo puede provocar que en determinados casos se opte por presentar la demanda ante los Tribunales del domicilio del empresario, por ejemplo cuando este último tenga su domicilio en un país de la Unión Europea y el trabajo se haya realizado en un tercer Estado. No obstante, en otros muchos supuestos la realidad fáctica propiciará el demandar ante los órganos jurisdiccionales del lugar habitual de trabajo, por ejemplo cuando el empresario esté domiciliado fuera de la Unión, tenga en la misma un establecimiento secundario, y el trabajo se haya prestado en un Estado miembro o cuando tales órganos sean los más próximos y accesibles al trabajador, lo que en la práctica será lo más habitual. Por lo que respecta a los acuerdos de elección de Tribunales, el artículo 23 del Reglamento los somete a unas condiciones que reducen radicalmente su efectividad práctica, pues solo son válidos si se pactan con posterioridad al nacimiento del litigio, lo que es muy infrecuente en la práctica, o cuando permiten al trabajador demandar ante Tribunales distintos de los indicados en la Sección 5ª del Capítulo II del mencionado Reglamento, por lo que no derogán el foro del *locus laboris*, si no que articulan más opciones al trabajador demandante. A este respecto hay que tener en cuenta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sostenido de manera inequívoca que para que los acuerdos de elección de foro en el ámbito laboral sean válidos deben cumplir las condiciones del artículo 23 y también que no excluyen las competencias enunciadas en la Sección 5ª del Capítulo II del Reglamento, si no que amplían las posibilidades de que el trabajador tenga más opciones cuando elige dónde plantea su demanda⁸. Por tanto hay que concluir que, a pesar de algunas apariencias engañosas,

⁷ DOUE L 339, de 21 de diciembre de 2007, con rectificaciones en DOUE L 18, de 21 de enero de 2014 y en DOUE L 147, de 10 de junio de 2009.

⁸ STJUE 19 julio 2012, Mahamdia, C-154/11, EU:C:2012:491. E. PATAUT, *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 2013, pp. 217-236. “Nota”, P. JUÁREZ PÉREZ, “De inmunidades sumisiones y centros de trabajo: la STJUE de 19 de julio de 2012. Mahamdia c. República de Argelia”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 1, 2013, pp. 267-269. M. GUZMÁN ZAPATER, “Los contratos de personal laboral por embajadas ante el Tribunal de Justicia de la UE”, en: J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 503-524. C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, “Article 23”, en: U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law ECPII Commentary Vol. I Brussels Ibis Regulation*, Köln, 2016, pp. 554-558.

⁸ Este asunto tuvo su origen en el contrato que firmaron el Sr. Mahamdia, de nacionalidad argelina y alemana y residente en Alemania, y el Ministerio de Asuntos Exteriores de la República Argelina Democrática y Popular para que el primero trabajase como chofer de la embajada argelina en Berlín. En el contrato se incluía una cláusula según la cual en caso de litigios derivados del mismo sólo serían competentes los Tribunales de Argelia. El pleito surgió al ser despedido el Sr. Mahamdia y plantear este su demanda ante los Tribunales alemanes. Entre las variadas y complejas cuestiones que tuvo que resolver el TJUE se encontraba la de la validez de la cláusula de sumisión a los órganos jurisdiccionales argelinos y dijo al respecto (apartados 61 a 64. Téngase en cuenta que se aplicó el Reglamento 44/2001): “El artículo 21 del Reglamento nº 44/2001 limita la posibilidad de que las partes de un contrato de trabajo pacten una cláusula de sumisión procesal. De este modo, ese acuerdo debe haber sido celebrado después del nacimiento del litigio o, cuando se celebre con anterioridad, debe permitir al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de aquellos a los que esas reglas confieren la competencia. Habida cuenta de la finalidad del artículo 21 del Reglamento nº 44/2001, este último requisito ha de entenderse, ..., en el sentido de que esa cláusula, pactada con anterioridad al nacimiento del litigio, debe atribuir la competencia para conocer de la demanda interpuesta por el trabajador a fueros que se añadan a los previstos en los artículos 18 y 19 del Reglamento nº 44/2001. Por lo tanto, esa cláusula no produce el

el foro del lugar habitual de trabajo ocupa un papel fundamental a la hora de determinar la competencia judicial internacional en materia de contrato de trabajo.

6. Así lo vio la jurisprudencia europea, que pronto sostuvo que el contrato individual de trabajo exigía por su propia naturaleza un régimen específico y especializado en cuanto a la competencia judicial internacional⁹, y también aportó importantes razones para justificar la necesidad de dar un papel muy relevante al foro del lugar habitual de trabajo dentro de dicho régimen, por ejemplo en la sentencia del caso *Mulox*¹⁰ se afirma: "... procede destacar en primer lugar que, en las sentencias *Ivenel* y *Shenavai* ... el Tribunal de Justicia declaró que la regla de competencia especial del número 1 del artículo 5 del Convenio se justifica por la existencia de un vínculo de conexión especialmente estrecho entre la controversia y el órgano jurisdiccional que debe conocer de ella con vistas a la sustentación adecuada del proceso. En las sentencias *Shenavai* y *Six Constructions* ... el Tribunal de Justicia añadió que las particularidades propias de los contratos de trabajo implican que el Juez del lugar en el que debe cumplirse la obligación de prestar el trabajo es el más apto para resolver los litigios a los que puedan dar lugar una o varias obligaciones derivadas de dichos contratos. Seguidamente, procede subrayar que, en las sentencias *Ivenel* y *Six Constructions*, ... el Tribunal de Justicia consideró que dicha disposición del Convenio debe interpretarse teniendo en cuenta la necesidad de garantizar una protección adecuada a la parte contratante más débil desde una perspectiva social, en el caso de autos, el trabajador. Pues bien, dicha protección adecuada está mejor garantizada si los litigios relativos a un contrato de trabajo son competencia de los órganos jurisdiccionales del lugar en que el trabajador desempeña sus obligaciones que le atañen respecto a su empresa. En efecto, éste es el lugar en el que el trabajador puede, con menores gastos, acudir a los Tribunales o defenderse ante los mismos". Es decir, el Tribunal justifica el foro del lugar habitual de trabajo fundamentalmente en tres razones; la primera es la especialidad y particularidad de las relaciones laborales, la segunda es la estrecha vinculación del trabajo y de los litigios que de él se derivan con dicho lugar, lo cual además también implica que los jueces del mismo son los más idóneos para resolver las diferencias que puedan surgir entre las partes, finalmente la tercera razón radica en la necesidad de proteger a la parte contratante socialmente más débil, o sea al trabajador, para el que lo más sencillo, barato y fácil en la mayoría de los casos será demandar o defenderse ante los Tribunales del lugar habitual de trabajo, que serán los más próximos para él. Además, en el plano doctrinal se ha señalado que esta solución facilita la coincidencia entre *forum* y *ius*¹¹.

efecto de excluir la competencia de estos últimos, sino de ampliar la posibilidad de que el trabajador elija entre varios órganos jurisdiccionales competentes. Además, del tenor de dicho artículo 21 del Reglamento 44/2001 se deduce que las cláusulas de sumisión procesal pueden "permitir" al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en sus artículos 18 y 19. De ello se sigue que no cabe interpretar esa disposición en el sentido de que una cláusula atributiva de competencia podría aplicarse de manera exclusiva y prohibir, en consecuencia, al trabajador formular demandas ante los tribunales que son competentes en virtud de los artículos 18 y 19. En efecto, el objetivo de proteger al trabajador como parte contratante más débil, recordado en los apartados 44 y 46 de la presente sentencia, no se conseguiría si los fueros previstos en dichos artículos 18 y 19 para garantizar dicha protección pudieran ser excluidos mediante una cláusula de sumisión procesal estipulada antes del nacimiento de la controversia".

⁹ n carácter general sobre la problemática de las cláusulas de atribución de competencia en materia de contrato de trabajo en el sistema europeo: M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, 2008, pp. 82-171.

⁹ Entre otras: STJCE 26 mayo 1982, *Ivenel*, 133/81, *Rec* 1982, p. 1891. J. M. BISCHOFF, A. HUET, "Nota", *J. Clunet*, 1982, pp. 948 y ss. H. GAUDEMET-TALLON, "Nota", *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1983, pp. 116 y ss. STJCE 15 enero 1987, *Shenavai*, 266/85, *Rec* 1987, p. 239. J. M. BISCHOFF, A. HUET, "Nota", *J. Clunet*, 1987, pp. 465-472. G. A. L. DROZ, "Nota", *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1987, pp. 793-804. W. ALLWODD, "Nota", *Europ. L. Rev.*, 1988, pp. 60-63. STJCE 15 febrero 1989, *Six Constructions Ltd.*, 32/88, *Rec* 1989, p. 341. T. HARTLEY, "Nota", *Europ. L. Rev.*, 1989, pp. 236-238. A. HUET, "Nota", *J. Clunet*, 1989, pp. 461-465. P. RODIERE, "Nota", *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1989, pp. 555-567. STJCE 29 junio 1994, *Custom Made Commercial Ltd*, C-288/92, *Rec* 1994-I, p. 2949.

¹⁰ STJCE 13 julio 1993, *Mulox IBC Ltd*, C-125/92, *Rec* 1993-I, p. 4099 y ss. apartados 17-19. R. ESPINOSA CALABUIG, "Interpretación del artículo 5.1 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. (Sentencia del TJCE de 13 de julio de 1993, asunto C-125/92, *Mulox IBC Limited C/ Hendrick Geels*)", *Noticias U. E.*, 1995, nº 123, pp. 95-102. A. HUET, "Nota", *J. Clunet*, 1994, pp. 539-546. P. LAGARDE, "Nota", *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 1994, pp. 569-577. H. TARAGAS, "Nota", *Cahiers Dr. Europ.*, 1995, pp. 184-191. P. VLAS, "Nota", *Neth. Int. L. Rev.*, 1994, pp. 344-347. E. ZABALO ESCUDERO, "Nota", *R.E.D.I.*, 1993, pp. 470-473.

¹¹ M. VIRGÓS SORIANO, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, 2007, p. 176. M. SABIDO RODRÍGUEZ, "Algunas cuestiones que plantea en DIPR la tutela de los trabajadores afectados por reestructuraciones de empresas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, nº 1, 2010, p. 250.

7. Al margen de las normas de origen europeo, el foro del lugar habitual de trabajo tiene alguna presencia en otras disposiciones del ordenamiento español, pero se trata de normas que, dado el ámbito de aplicación material, espacial y temporal de las primeras, tienen mínima o nula proyección en la práctica, pues o han quedado derogadas o casi carecen de aplicabilidad real. En el plano convencional, el artículo 5.1 del Convenio con Rumanía, de 17 de noviembre de 1997, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho “ad referendum” en Bucarest¹² y el artículo 4.1 del Tratado con la República de El Salvador, de 7 de noviembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid¹³, recurren al foro del lugar habitual de trabajo para determinar la competencia en materia de contrato individual de trabajo. Pero hay que tener en cuenta que el primero de los mencionados convenios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del Reglamento (UE) 1215/2012, no se aplica en este aspecto y el Tratado con El Salvador parece que no ha sido aplicado en materia laboral. En cuanto a las normas de origen interno, el artículo 25.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando regula la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, entre los diversos foros que emplea, utiliza uno que formula con la siguiente redacción: “cuando los servicios se hayan prestado en España”. Esta expresión ha suscitado la duda de si se refiere a que nuestro país sea el lugar habitual de trabajo o basta con que en algún momento, por corto que sea, la relación laboral se haya desarrollado en España. La jurisprudencia y la doctrina se inclinan por esta última solución¹⁴, pero hay que recordar que el precepto sólo se aplicará a falta de disposición de la Unión Europea o de Convenio internacional, por lo tanto en un número reducidísimo de casos.

8. Sentado el muy importante papel que juega el lugar habitual de trabajo como foro de competencia judicial internacional vamos a ver que aún es mayor, si cabe, su importancia como punto de conexión. El Reglamento (CE) 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)¹⁵ confiere un papel fundamental al “locus laboris” cuando se trata de determinar la ley aplicable al contrato de trabajo internacional.

9. El artículo 8 del citado Reglamento, que se inspira sensiblemente en su precedente el artículo 6 del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales¹⁶, es la única norma que, dado el alcance “erga omnes” del Reglamento (artículo 2), designa el ordenamiento regulador del contrato de trabajo en nuestro sistema¹⁷.

¹² BOE de 5 de junio de 1999, con correcciones en BOE de 3 de julio de 1999.

¹³ BOE de 25 de octubre de 2001.

¹⁴ M. P. RIVAS VALLEJO, “La competencia judicial internacional en materia de contratos de trabajo (y II)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 72, 1995, p. 553. M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía ...*, pp. 187-190.

¹⁵ Además, está el caso particular de los trabajadores desplazados dentro de la Unión Europea en el marco de una prestación de servicios transnacional. En base al artículo 16.1 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre (BOE de 30 de noviembre de 1999), modificado por el artículo 6.8 del Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo (BOE de 27 de mayo de 2017), dichos trabajadores podrán demandar ante los Tribunales españoles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25.1 de la Ley Orgánica 6/1985, cuando estén o hayan estado desplazados temporalmente en España. B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, *Desplazamiento y Traslado de Trabajadores al Extranjero. Régimen Laboral y de Seguridad Social y Cuestiones de Competencia Judicial*, Cizur Menor, 2017, pp. 69 y ss.

¹⁶ DOCE L 177, de 4 de julio de 2008, con rectificación en DOCE L 309, de 24 de noviembre de 2009.

¹⁷ Versión consolidada en DOCE C 27, de 26 de enero de 1998.

¹⁷ El artículo 13.1 del Reglamento 2015/848/UE, de 20 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia (DOUE L 141, de 5 de junio de 2015, con rectificación en DOUE L 349, de 21 de diciembre de 2016), coincidiendo con su precedente el artículo 10 del Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, regulador de los procedimientos de insolvencia (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000, con rectificación en DOCE L 176, de 5 de junio de 2002) establece que: “Los efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo”. Es decir, en nada afecta a la solución del Reglamento Roma I, más bien se remite a ella.

¹⁸ Por otro lado, de acuerdo con los artículos 3 y 4 de la ya citada Ley 45/1999, el contrato de trabajo de los trabajadores desplazados a España en el marco de una prestación de servicios se rige por la ley designada de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento Roma I, pero se deben respetar las condiciones de trabajo y empleo establecidas en el Derecho español relativas a los aspectos de la relación laboral enumerados en los mencionados artículos 3 y 4. En este caso sí se introduce una excepción puntual al régimen del Reglamento. 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”, *R.E.D.I.*, 1997, pp. 378 y

10. Dicho artículo 8 utiliza el lugar habitual de trabajo para dos funciones: actuar como límite a la autonomía de la voluntad de las partes cuando eligen el ordenamiento aplicable al contrato de trabajo y operar como primer punto de conexión subsidiario a falta de la autonomía de la voluntad, que es la conexión principal. Este papel fundamental es lógico y comúnmente compartido en el Derecho Comparado, pues son muchas las ventajas que tiene el “locus laboris” como punto de conexión para designar el ordenamiento regulador del contrato de trabajo internacional. Entre estas ventajas podemos enumerar como más importantes las siguientes: propicia un tratamiento unificado y homogéneo de todos los empleados que trabajan en un mismo país con independencia de su nacionalidad o procedencia, es coherente con el carácter eminentemente territorial de la relación laboral, suele coincidir con el foro donde se plantea la demanda y con la residencia habitual del trabajador, favorece la aplicación del ordenamiento que mejor conoce el empleado y en el que tiene puestas sus expectativas de protección y muy frecuentemente es el Derecho más estrechamente vinculado con el contrato¹⁸.

11. Para proteger al trabajador como parte contratante débil y evitar que el empleador le imponga un ordenamiento contrario a sus intereses, el artículo 8.1 del Reglamento Roma I limita la autonomía de la voluntad de las partes en el sentido de que el contrato de trabajo se regirá por la ley elegida por las partes, pero “dicha elección no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable en virtud de los apartados 2, 3 y 4 del presente artículo”. O sea, las disposiciones imperativas del ordenamiento designado por las conexiones subsidiarias del artículo actúan como límite a la autonomía de la voluntad¹⁹. Por consiguiente como ha señalado la doctrina, siempre que se elige la ley rectora del contrato de trabajo es imprescindible identificar la ley objetivamente aplicable al mismo, puesto que serán las disposiciones imperativas de esta última el elemento de comparación que habrá que utilizar para determinar la validez de la elección de ordenamiento²⁰. Y a este respecto hay que tener muy presente que la primera conexión subsidiaria del artículo 8, plasmada en su párrafo 2, es la del “locus laboris”, por tanto en la inmensa mayoría de los casos serán las disposiciones imperativas de la ley del lugar habitual de trabajo las que operaran como límite a la elección de ordenamiento.

12. El artículo 8.2 dice: “En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se consi-

ss. M. E. CASAS BAAMONDE, “Libre prestación de servicios y desplazamiento temporal de trabajadores en Europa en la Era Global: objetivos y significación de la ley”, en: M. E. CASAS BAAMONDE, S. DEL REY GUANTER (DIRS.), *Desplazamiento de trabajadores y prestación de servicios transnacionales*, Madrid, 2002, p. 25. Id., “Desplazamiento temporal de trabajadores e interpretación judicial del Convenio de Roma”, *Relaciones Laborales*, 1994-I, p. 8. 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, S. DEL REY GUANTER (DIRS.), *Desplazamiento de trabajadores ...*, pp. 69 y ss. M. G. QUINTERO LIMA, “La protección transnacional de los derechos laborales en materia de seguridad y salud: una asimetría comunitaria y sus remiendos institucionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 1, 2012, pp. 180-221,

¹⁸ F. GAMILLSCHEG, “Labour contracts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, C. 28, p. 11, F. MORGENTERN, *Conflictos internacionales de derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional*, Madrid, 1987, p. 24. P. RODIERE, “Conflits de lois en droit du travail: étude comparative”, *Droit Social*, 1986, nº 2, pp. 124-125. I. SZASZY, “The proper law of labour contracts”, *ICLQ*, 1986, p. 11. J. A. PÉREZ BEVIÁ, “Competencia judicial y ley aplicable al contrato individual de trabajo en los Convenios comunitarios europeos de Derecho Internacional Privado”, *Relaciones Laborales*, 1995-II, p. 1394. M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía ...*, pp. 234-244. J. L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, 1993, p. 119. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M. C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, impacto en el sistema jurídico español”, *Relaciones Laborales*, 1996-I, pp. 1335 y ss. G. DONATIELLO, “Le droit applicable au contrat individuel de travail”, en: *Panorama II en droit du travail*, Berne, 2012, pp. 109-129. U. GRUSI, “The Territorial Scope of Employment Legislation and Choice of Law”, *Mod. L. Rev.*, 75, 2012, pp. 722 y ss. J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo”, *Diario La Ley*, nº 7662, 29 de junio de 2011, pp. 1-10.

¹⁹ El considerando 35 del Preámbulo del Reglamento pone de manifiesto que los trabajadores no deben verse privados de la protección que les proporcionan las disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo o que solo pueden excluirse en su beneficio.

²⁰ M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía ...*, pp. 241-243.

derará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país”. La formulación de este precepto, que tiende a expandir el concepto de lugar habitual de trabajo, y la interpretación que ha hecho del mismo la jurisprudencia europea y de los Estados miembros motivan que sea el ordenamiento del “locus laboris” el que rige la gran mayoría de los contratos de trabajo internacionales²¹.

13. Es verdad que la cláusula de excepción, inspirada en el principio de proximidad, del párrafo 4º del artículo 8 puede en algunos casos desplazar a la ley del lugar habitual de trabajo; por ejemplo en supuestos en que empleador y trabajador tienen la misma nacionalidad o el domicilio en el mismo país y más claramente aun cuando además contratan en él; también cuando se está ante un contrato de embarque para trabajar en un buque bajo bandera de conveniencia o agencia de embarque y trabajador coinciden en su nacionalidad o domicilio, etc. Pero estos casos siempre serán cuantitativamente escasos; lo más frecuente es que el contrato de trabajo internacional presente los vínculos más estrechos con el país donde se trabaja habitualmente. Por consiguiente, sin menospreciar la importancia de la cláusula de excepción y reconociendo su idoneidad y adecuación a la hora de regular la problemática que ahora nos ocupa, debemos concluir que dicha cláusula no afecta a la importancia y gran proyección práctica del punto de conexión del lugar habitual de trabajo²².

II. La dificultad de determinar el lugar habitual de trabajo en ciertos supuestos

14. En muchos casos el lugar habitual de trabajo está claramente determinado y es fácil de apreciar; por ejemplo cuando el contrato firmado entre empresa y trabajador designa un lugar de desempeño de la actividad y éste es real y permanece inalterable, como sucede en los casos de los llamados “expatriados”, que son enviados por sus empresas a trabajar a un determinado país, y solo a ese, y durante un largo tiempo. O en general cuando el empleado permanece siempre en un determinado lugar y no se desplaza del mismo o sus desplazamientos son muy breves. Normalmente estos casos son poco conflictivos, o cuanto menos sencillos, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, y en ellos no es infrecuente, e incluso es aconsejable hacerlo, recurrir a elementos mutuos de seguridad jurídica como es el recurso acordado por ambas partes de someterse a los Tribunales y a la ley del país de origen de empleador y trabajador. Incluso respecto de ciertas modalidades novedosas de empleo, como por ejemplo el teletrabajo o el cibertrabajo internacional, que en un primer momento suscitaron dudas en cuanto al “locus laboris”, pronto se construyeron soluciones para precisar tal lugar.

²¹ Un claro ejemplo de esta realidad es la jurisprudencia española que frecuentemente aplica la “Lex Loci Laboris”, como pone de relieve, de manera puramente ejemplificativa y sin ánimo de exhaustividad, las numerosas sentencias citadas en: J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratación laboral internacional”, en: A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, 17ª ed., Granada, 2017, vol. II, p. 1289.

²² En la STJUE 12 septiembre 2013, Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551, apartados 40-42, se hacen importantes puntualizaciones a este respecto, aunque refiriéndose al Convenio de Roma de 19 de junio de 1980; en concreto se sostiene: “... el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta la totalidad de los elementos que caracterizan la relación laboral y apreciar el elemento o elementos que, a su juicio, son más significativos. ... el juez que debe resolver un caso concreto no puede sin embargo deducir automáticamente que la norma del artículo 6, apartado 2, letra a), debe descartarse por el mero hecho de que, por su número, las demás circunstancias pertinentes, distintas del lugar de trabajo efectivo, indiquen otro país. Entre los elementos significativos de vinculación, procede, por el contrario, tener en cuenta particularmente el país en el que el trabajador por cuenta ajena paga sus impuestos y los tributos que gravan las rentas de su actividad y aquel en el que está afiliado a la seguridad social y a los distintos regímenes de jubilación, seguro por enfermedad o invalidez. Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta también la totalidad de las circunstancias del asunto, como, en particular, los parámetros relacionados con la fijación del salario u otras condiciones de trabajo. De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 2, del Convenio de Roma debe interpretarse en el sentido de que, incluso en el supuesto de que el trabajador realice el trabajo objeto del contrato de trabajo de modo habitual, durante un largo periodo y sin interrupción en el mismo país, el juez nacional puede descartar, en aplicación del párrafo segundo de dicha disposición, la ley aplicable en dicho país cuando de la totalidad de las circunstancias se desprende que existe un vínculo más estrecho entre dicho contrato y otro país”. E. PATAUT, “Nota”, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 2014, pp. 159-174. C. BRIERE, *J. Clunet*, 2014, pp. 167-180.

15. Por el contrario existen otros trabajadores respecto de cuyos contratos es muy difícil precisar cuál es el lugar habitual de trabajo. Se trata de personas cuya actividad profesional se caracteriza, y es inherente a la misma, por un alto grado de movilidad. En este sentido podemos citar entre otros a los trabajadores del transporte, especialmente tripulantes de aeronaves y camioneros, representantes de comercio y agentes de ventas, artistas, periodistas y ejecutivos de empresas. También ciertos “expatriados” que son frecuentemente desplazados de un país a otro, como pueden ser determinados gestores empresariales, trabajadores del montaje y la construcción, etc. Justamente este tipo de contratos son los que suscitan más litigios desde el punto de vista de la competencia judicial y legislativa. A partir de ellos se ha construido una interesante jurisprudencia sobre la precisión del lugar habitual de trabajo.

III. Indicios utilizados por la jurisprudencia europea para determinar el lugar habitual de trabajo en los casos de duda

1. Presupuestos jurisprudenciales de la determinación del lugar habitual de trabajo

16. Como veremos posteriormente, la jurisprudencia utiliza un método indiciario para determinar el lugar habitual de trabajo cuando éste es dudoso. Pero dicho método indiciario parte de unos presupuestos jurisprudenciales a los que ahora nos vamos a referir²³.

17. En primer lugar, hay que señalar que el Tribunal de Justicia, como siempre que interpreta los textos europeos de Derecho Internacional Privado, propugna la necesidad de una calificación autónoma y uniforme. En efecto, la exigencia de la aplicación uniforme de dichas normas, así como el respeto al principio de igualdad, requieren que las disposiciones europeas, salvo que contengan una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros en cuanto a su sentido y alcance, deben ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme. Es decir, igual para todo el territorio de la Unión, propia del Derecho europeo y ajena, en principio, al Derecho de cualquier Estado miembro en concreto. Para ello debe tenerse en cuenta no solo la literalidad de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa en la que se incluye; así como los principios jurídicos básicos comunes a todos los Estados de la Unión. Además, de esta manera se evita también el *forum shopping*²⁴. Esta doctrina jurisprudencial es reiterada en términos muy parecidos por casi todas las sentencias en las que se aborda la interpretación del criterio del país en el que el trabajador realice habitualmente su trabajo. Por ejemplo, en la sentencia del caso Koelzsch²⁵ se dice: “A este respecto ha de destacarse, ..., que el citado criterio debe interpretarse de manera autónoma, en el sentido de que el contenido y el alcance de esta norma de remisión no puede determinarse sobre la base del Derecho del juez que conoce del asunto, sino que deben definirse con arreglo a criterios uniformes y autónomos para garantizar la plena eficacia del Convenio de Roma desde la perspectiva de los objetivos que persigue (véase, por analogía, la sentencia de 13 de julio de 1993 Mulox IBC, C-125/92, Rec. p. I-4075, apartados 10 y 16)”. Por el interés que tiene para este artículo, debemos recordar que el Tribunal de Justicia también ha utilizado la técnica de las calificaciones autónomas para interpretar los conceptos de contrato de trabajo y trabajador²⁶.

²³ Dentro de las particularidades del caso concreto, han sido recordados recientemente por el Abogado General en sus conclusiones de 7 marzo 2018 en el asunto Petronas Lubricants Italy, C-1/17, EU:C:2018:163.

²⁴ Sobre la “calificación europea” de los textos de Derecho Internacional Privado de la Unión: T. VIGNAL, *Droit International Privé*, 3ª ed., París, 2014, pp. 70-71. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, 17ª ed., Granada, 2017, vol. I, pp. 478 y ss.

²⁵ STJUE 15 marzo 2011, Koelzsch, C-29/10, EU:C:2011:151, apartado 32. A. ZANOBETTI, “Employment contracts ...”, pp. 347 y ss. C. GULOTTA, “The first two decisions of the European Court of Justice on the Law applicable to employment contracts”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, nº 2, 2013, pp. 584-591. R. MORSE, “From Brussels to The Hague: But what about Rome?. Choice of Law and Employment Contracts”, en: J. J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS, R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y ...*, pp. 601-609. V. PARISOT, “Vers une cohérence des textes communautaires en droit du travail? Réflexion autor des arrêts Heiko Koelzsch et Jan Voogsgeerd de la Cour de Justice”, *J. Clunet*, 2012, p. 597 y ss.

²⁶ Así, entre otras, en la STJUE 10 septiembre 2015, Holterman, C-47/14, EU:C:2015:574, apartados 39-41, ante el silencio de los textos europeos de Derecho Internacional Privado sobre tales conceptos, se dice: “..., el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los contratos de trabajo presentan ciertas particularidades, en el sentido de que crean una relación duradera que inserta al

18. En segundo lugar, la jurisprudencia ha sostenido reiteradamente que existe una vinculación hermenéutica o coherencia conceptual entre los distintos textos de Derecho Internacional Privado europeo a la hora de interpretar las disposiciones referentes al contrato individual de trabajo. Esta realidad, que no es exclusiva de la problemática que ahora nos ocupa, se da no solo en cuanto a los textos que se han sucedido entre sí, como es el caso del Reglamento (UE) 1215/2012 respecto del Reglamento (CE) 44/2001 y del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, sino que también alcanza a las normas sobre competencia judicial internacional respecto a las que regulan la ley aplicable. Así recientemente se ha dicho que "... es preciso señalar que la interpretación autónoma del artículo 19, punto 2, del Reglamento Bruselas I no obsta a que se tengan en cuenta las disposiciones correspondientes del Convenio de Roma, puesto que éste, tal como se desprende de su preámbulo, tiene por objeto asimismo proseguir, en el ámbito del Derecho Internacional Privado, la obra de unificación jurídica ya emprendida en la Unión, especialmente en materia de competencia judicial y de ejecución de resoluciones judiciales. Tal como señaló el Abogado General en el punto 77 de sus conclusiones, el Tribunal de Justicia ha procedido ya, en sus sentencias de 15 de marzo de 2011, Koelzsch (C-29/19, EU:C:2011:151), y de 15 de diciembre de 2011, Voogsgeerd (C-384/10, EU:C:2011:842), a una interpretación del Convenio de Roma que tiene en cuenta las disposiciones del Convenio de Bruselas relativas a los contratos individuales de trabajo"²⁷. Como no podía ser de otra manera, esta doctrina jurisprudencial también se aplica al desarrollo de este artículo y por consiguiente para determinar los indicios que ahora nos ocupan vamos a estudiar sentencias tanto referentes a competencia judicial internacional como a conflicto de leyes.

19. Un tercer presupuesto jurisprudencial en el que debemos reparar es que el Tribunal de Justicia ha dicho reiteradamente que el foro del lugar habitual de trabajo nunca puede ser interpretado en el sentido de atribuir competencia a los Tribunales de todos los países en los que el trabajador haya prestado sus servicios, si no que por el contrario es necesario precisar un solo lugar, que será el habitual de trabajo, cuyos Tribunales serán los competentes. Esta posición del Tribunal de Justicia se debe fundamentalmente a dos motivos: el primero es la preservación del principio de seguridad jurídica, que requiere que los foros especiales deben interpretarse de manera que un demandado normalmente informado, en nuestro caso el empleador, pueda prever razonablemente cuál es el órgano jurisdiccional, distinto al de su domicilio, donde puede ser demandado. Un segundo motivo consiste en que es indispensable evitar, dentro de lo posible, la multiplicidad de los Tribunales competentes en relación con los litigios derivados de un mismo contrato, para de esta manera evitar el riesgo de que se adopten decisiones judiciales contradictorias y así facilitar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en otros Estados distinto a aquel donde se ha dictado la resolución²⁸.

trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario y en el sentido de que se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos (sentencia Shenavai, 266/85, EU:C:1987:11, apartado 16). Esta interpretación se ve corroborada por el apartado 41 del Informe de los Sres. P. Jenard y G. Möller relativo al Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988 ..., según el cual, en lo que respecta al concepto autónomo de "contrato de trabajo", se podrá considerar que supone un vínculo de dependencia del trabajador con respecto al empleador. En cuanto al concepto de "trabajador", el Tribunal de Justicia ha declarado, en la interpretación del artículo 45 TFUE y de varios actos legislativos de la Unión, como la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia ..., que la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (véase, en el contexto de la libre circulación de trabajadores, la sentencia Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:284, apartados 16 y 17, y, en el contexto de la Directiva 92/85, la sentencia Danosa, C-239/09, EU:C:2010:674, apartado 39)".

²⁷ STJUE 14 septiembre 2017, Nogueira, C-168/16 y C-169/16 acumulados, EU:C:2017:688, apartados 55-56; véase también el apartado 45. C. VAQUERO LÓPEZ, "La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional (Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16 Sandra Nogueira y otros contra Crewlink Ireland Ltd y Miguel José Moreno Osácar contra Rynair Designated Activity Company)", *Diario La Ley Unión Europea*, nº 54 (diciembre 2017).

²⁸ Asunto Mulox (ya citado), apartados 21-24. También entre otras STJCE 9 enero 1977, Rutten, C-383/95, *Rec* 1997-I, p. 70, apartados 18-19.

Igualmente sobre los contratos en general: STJCE 19 febrero 2002, Besix, C-256/00, *Rec* 2002-I, p. 1718, apartados 24-29.

^{No} obstante, ocasionalmente se ha defendido en el plano doctrinal que multiplicar los lugares cuyos Tribunales sean com-

20. Finalmente, un cuarto presupuesto jurisprudencial es que el concepto de lugar habitual de trabajo debe ser interpretado en sentido amplio. Esto es válido tanto en el campo de la competencia judicial internacional²⁹ como en el de la ley aplicable³⁰. Esta doctrina lleva aparejada la consecuencia de que en la práctica casi siempre va a operar el lugar habitual de trabajo, como foro y como punto de conexión, y por el contrario el lugar de ubicación del establecimiento que haya empleado al trabajador muy raramente va a actuar determinando los Tribunales competentes o la ley aplicable³¹. En este sentido hay que recordar que los textos europeos establecen claramente en su literalidad la naturaleza subsidiaria de este último concepto, lo que también admite sin ningún género de dudas la jurisprudencia³². Pero además hay que subrayar por su especial importancia, que esta interpretación tiene una finalidad tuitiva para el trabajador, ya que la jurisprudencia ha dicho que "... el criterio de vinculación del contrato de trabajo de que se trata al lugar en el que el trabajador realiza habitualmente sus funciones debe tomarse en consideración de modo prioritario y su aplicación excluye que se utilice el criterio subsidiario del lugar del domicilio del establecimiento que contrató al trabajador ... En efecto, otra interpretación sería contraria al objetivo perseguido por el artículo 6 del Convenio de Roma, que se garantiza una protección adecuada al trabajador ..."³³. Estas afirmaciones son lógicas y muy correctas, pues, como ya hemos visto, el lugar habitual de trabajo confiere una notable protección al trabajador en lo que respecta a las competencias judicial y legislativa. Por el contrario el recurso al lugar del establecimiento que contrató al trabajador puede ser mucho menos protector para este último, por su lejanía, ocasionalidad, mayor proximidad al empresario, etc. El ánimo de protección al trabajador, como parte débil de la relación contractual, posiblemente ha sido un motivo determinante para que el Tribunal de Justicia haya hecho una interpretación muy extensiva del concepto lugar habitual de trabajo.

2. El empleo del método indiciario por parte de los Tribunales

21. Los respectivos preceptos de los Reglamentos 1215/2012 y Roma I en su actual redacción, que plasma la jurisprudencia anterior, dejan claramente sentado que el *locus laboris* se determina por un doble criterio: el lugar en el cual o el lugar a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo;

petentes para entrar a ver de la demanda planteada por el trabajador puede ser favorable para este último, en el sentido de que facilita su acceso a la jurisdicción; desde esta perspectiva sería defendible la admisión de una pluralidad de lugares de ejecución del trabajo. Pero ya hemos visto que la jurisprudencia europea no va por esta dirección. Además, esa misma doctrina entiende que solo debe existir un lugar habitual de trabajo a los efectos de determinar la ley aplicable. F. JAULT-SESEKE, "L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail", *Revue de Droit du Travail*, n° 10, 2008, p. 620. P. MAESTRE CASAS, "El contrato de trabajo de marinos a bordo de buques mercantes (A propósito de la STJUE de 15 diciembre 2011, Jan Voogsgeerd y Navimer SA, As. C-384/10)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n° 2, 2012, p. 326.

²⁹ Asunto Nogueira (ya citado) apartado 57 se dice: "En cuanto a la determinación del significado del concepto de "lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo", en el sentido del artículo 19, punto 2, letra a), del Reglamento Bruselas I, el Tribunal de Justicia ha declarado repetidamente que el criterio del Estado miembro en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo debe interpretarse en sentido amplio (véase, por analogía, la sentencia de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12, EU:C:2013:551, apartado 31 y jurisprudencia citada)".

³⁰ Asunto Schlecker (ya citado) apartado 31 se dice: "procede recordar que el Tribunal de Justicia, al analizar la relación entre las normas que figuran en el artículo 6, apartado 2, letras a) y b), del Convenio de Roma, determinó que el criterio del país en que el trabajador "realice habitualmente su trabajo", contenido en el artículo 6, apartado 2, letra a), de dicho Convenio, debe interpretarse en sentido amplio, mientras que el criterio del país "en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador", previsto en el apartado 2, letra b), del mismo artículo, debe aplicarse únicamente cuando el juez que conoce del asunto no puede determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo (véanse las sentencias, ..., Koelzsch, apartado 43, y Voogsgeerd, apartado 35)".

³¹ L. F. CARRILLO POZO, "La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1037. ID., "La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado; el Reglamento Roma I", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n° 132, 2017, pp. 129-162. A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, C. CAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea II. La Ley aplicable a los contratos internacionales. Comentario al Reglamento Roma I*, Cizur Menor, 2017, pp. 719 y ss. G. PALAO MORENO, "Article 8: Individual employment contracts", en: U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. ECPII. Commentary. Volume II: Rome I Regulation*, Köln, 2017, pp. 586 y ss.

³² STJUE 15 diciembre 2011, Voogsgeerd, C-384/10, EU:C:2011:842, apartado 34, dice que estamos ante criterios jerarquizados por el legislador europeo. P. MAESTRE CASAS, "El contrato ...", p. 330. A. ZANOBETTI, "Employment contracts ...", p. 349. E. PATAUT, "Nota", *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, 2012, pp. 648-666.

³³ Asunto Schlecker (ya citado) apartados 32-33.

entendidos ambos criterios como el lugar donde el empleado cumple o el lugar a partir del cual cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario. Para determinar dicho lugar la jurisprudencia europea ha resuelto que los jueces nacionales deben basarse en un conjunto de indicios. El Tribunal de Justicia sostiene que el método indiciario tiene dos ventajas fundamentales: permite reflejar mejor la realidad de las relaciones jurídicas, ya que obliga a ponderar todas las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador y evita que el término lugar en el cual o a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo sea instrumentalizado para la práctica de estrategias de elusión de obligaciones³⁴.

22. Como veremos en el apartado siguiente, la jurisprudencia utiliza esencialmente, aunque no únicamente, seis indicios principales³⁵. Lógicamente no todos ellos sirven para la generalidad de los litigios. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto y especialmente del sector laboral en el que se trabaje será necesario acudir a unos u otros indicios; por ejemplo en el asunto *Mulox* el Tribunal de Justicia se basó fundamentalmente en que el empleado partía de un lugar al que posteriormente regresaba y en el que tenía una oficina y su domicilio³⁶, por el contrario en el asunto *Nogueira* se invocan casi todos los indicios que expondremos en el apartado siguiente y además se pone en valor y se matiza el índice del lugar de la base y se desecha algún otro índice³⁷. Esto no debe extrañar, pues los casos de trabajadores del transporte son especialmente complejos y más cuando se trata de personal de aerolíneas. Incluso ocasionalmente se han formulado algunos índices concretos y específicos para los transportistas de carga, como son los lugares en que se efectúa principalmente el transporte y los lugares de descarga

³⁴ Asunto *Nogueira* (ya citado), apartados 61-62.

³⁵ Véase la muy interesante enumeración y sistematización de los mismos que hace el Abogado General en sus conclusiones en el asunto *Nogueira*, EU:C:2017:312, apartados 96-108.

³⁶ Los hechos fueron los siguientes: *Mulox IBC Ltd.*, empresa domiciliada en Londres, había contratado en noviembre de 1988 al Sr. Geels, holandés domiciliado en Aix-les-Bains (Francia), como director de marketing internacional. El Sr. Geels había establecido su oficina en su domicilio, y desde allí se ocupaba de la comercialización de los productos de *Mulox*, primero en Alemania, Bélgica, Holanda y países escandinavos, a donde realizaba frecuentes desplazamientos, y posteriormente, desde enero de 1990, ejerció sus actividades en Francia. En abril de 1990 *Mulox* rompió el contrato. Ante esto, el Sr. Geels la demandó reclamando una indemnización ante el *Conseil de Prud'hommes* de Aix-les-Bains, que se consideró competente y dictó sentencia a su favor. *Mulox* acudió ante la Corte de Apelación impugnando la competencia de los tribunales franceses sobre la base, entre otras razones, de que el trabajo se había desarrollado en varios países y no solamente en Francia, y que su domicilio se encontraba en Londres. La Corte de Apelación planteó una cuestión prejudicial en la que preguntó al Tribunal comunitario si la aplicación del criterio de competencia establecido en el artículo 5.1 del Convenio de Bruselas en su redacción entonces vigente implica necesariamente que el trabajo se haya ejecutado entera y únicamente en el Estado a cuyos tribunales se acude, o es suficiente que se haya ejecutado en ese Estado una parte, eventualmente la principal, del trabajo. El Tribunal comunitario respondió que el artículo 5.1 debe ser interpretado en el sentido de que, en el caso de un contrato de trabajo conforme al cual el trabajador ejerce sus actividades en más de un Estado miembro, el lugar donde se ha cumplido o debe cumplirse la obligación que caracteriza al contrato, a efectos de dicha disposición, es aquel en el que o a partir del cual el trabajador cumple principalmente sus obligaciones con el empresario. Es decir, se atribuye competencia al tribunal del lugar principal de trabajo.

³⁷ En el asunto *Nogueira*, en el que se acumularon dos cuestiones prejudiciales, los hechos fueron los siguientes: una persona firmó en España un contrato con *Ryanair*, compañía aérea domiciliada en Irlanda, para trabajar como personal de cabina. En el contrato se establecía el sometimiento a los Tribunales y el Derecho de Irlanda, además el contrato también decía que el trabajo se consideraba realizado en Irlanda, pues los aviones estaban matriculados en dicho país y que la base del empleado era el aeropuerto de Charleroi (Bélgica) por lo que tenía la obligación de vivir a una hora de distancia de dicha base; motivo este por el que el empleado se instaló en Bélgica. Surgida una diferencia con la empresa demandó ante los Tribunales belgas. *Ryanair* impugnó su competencia alegando el sometimiento a los Tribunales y la legislación de Irlanda, el que el demandante estaba sometido a la normativa irlandesa de seguridad social, que había trabajado en aviones matriculados en Irlanda y que aunque se firmó el contrato en España, este solo se perfeccionó una vez que *Ryanair* firmó en su domicilio social en Irlanda.

Por otro lado, varias personas de nacionalidad portuguesa, española o belga celebraron sendos contratos con la sociedad *Crewlink*, domiciliada en Irlanda. En los contratos se establecía que los trabajadores serían puestos a disposición de *Ryanair* como personal de cabina. Los contratos estaban redactados en inglés y las partes se sometían a los Tribunales y la ley de Irlanda y los sueldos se pagarían en cuentas bancarias irlandesas. También se establecía que se iba a trabajar en aviones matriculados en Irlanda y por consiguiente se consideraba que el trabajo se desarrollaba en dicho país. La base de los trabajadores era el aeropuerto de Charleroi y debían residir a una hora de distancia de la base. Reclamando unas indemnizaciones los empleados demandaron ante los Tribunales belgas, que terminaron planteando una cuestión prejudicial en la que el interrogante principal radicaba en precisar si la base en Charleroi podía interpretarse como lugar habitual de trabajo.

En cuanto a las cláusulas de sometimiento a los Tribunales irlandeses, el Tribunal de Justicia dijo en un breve razonamiento que no eran válidas, ya que no cumplían las exigencias establecidas al respecto en el Reglamento (CE) 44/2001; en consecuencia esta fue una cuestión casi irrelevante, el problema fundamental radicaba en identificar el lugar a partir del cual se trabajaba.

de la mercancía; estos últimos índices se han propuesto en el asunto Koelzsch en añadidura a varios de los que veremos en el apartado siguiente³⁸.

23. También ha existido algún índice que ha sido formulado en un determinado caso concreto y posteriormente prácticamente ha desaparecido; por ejemplo, en la sentencia del asunto Mulox se propone lo siguiente: "... el órgano jurisdiccional nacional podría tomar en consideración el hecho de que, cuando se suscitó el litigio ante el mismo pendiente, el asalariado realizaba su trabajo exclusivamente en el territorio de dicho Estado contratante"³⁹. Si bien, este índice era a mayor abundamiento, pues el determinante fue el que hemos expuesto anteriormente, es decir, que el empleado partía de un lugar al que posteriormente regresaba y en el que tenía una oficina y su domicilio. Igualmente, algún índice ha sido ocasionalmente propuesto por el Abogado General sin que el Tribunal haya entrado a aplicarlo o simplemente a valorarlo⁴⁰.

24. Nosotros ya hemos visto anteriormente, que los índices para determinar el lugar habitual de trabajo son fundamentalmente los mismos cuando dicho lugar opera como foro de competencia o como punto de conexión. Sin embargo, en el plano doctrinal se ha matizado esta afirmación. Así refiriéndose al criterio temporal, que posteriormente trataremos, se ha sostenido que es difícil decir si este criterio formulado en el ámbito de la competencia judicial internacional podría ser adecuado para la determinación de la ley aplicable, parece más razonable sostener que si el traslado a otro lugar de trabajo es de naturaleza permanente, seguramente la ley del país al que el empleado ha sido trasladado debiera aplicarse, mientras que en traslados temporales se mantendría la aplicación de la ley precedente. Además, puede ser difícil establecer cuando el traslado es permanente o temporal, aunque esta es una cuestión de hecho, y habría que añadir, también de prueba⁴¹.

3. Índices habitualmente empleados por la jurisprudencia europea

A) Lugar desde el que el trabajador parte y al que posteriormente regresa

25. Este índice hay que entenderlo en sus justos términos y adaptado al caso concreto; por ejemplo en el asunto Nogueira, dada la manera tan específica en la que trabajan los tripulantes de aviones,

³⁸ Apartado 49. Los hechos que dieron lugar a esta sentencia fueron los siguientes: el Señor Koelzsch, conductor de camión y domiciliado en Alemania, mediante un contrato suscrito en Luxemburgo fue contratado como conductor de envíos internacionales por la empresa Gasa. En el contrato había una cláusula de sometimiento a los Tribunales y la legislación de Luxemburgo. Los camiones de la empresa estaban matriculados en dicho país y los conductores eran beneficiarios de la Seguridad Social Luxemburguesa. Los camiones estaban estacionados en Alemania. La gran mayoría de los transportes se realizaban de Dinamarca a Alemania y ocasionalmente a otros países europeos. Gasa sufrió una reestructuración y reducción de empleo; ante esta situación los trabajadores establecieron un órgano de representación, del cual fue elegido miembro suplente Koelzsch. Gasa resolvió el contrato de este último, que interpuso un recurso ante los Tribunales alemanes, que se declararon incompetentes. Entonces Koelzsch demandó a Ove Ostergaard Luxembourg, que se había subrogado en los derechos de Gasa, ante los Tribunales luxemburgueses reclamando una indemnización compensatoria y daños y perjuicios por el despido. Él alegaba que, a pesar del sometimiento a la ley luxemburguesa, las disposiciones imperativas del Derecho alemán de protección a los representantes de los trabajadores eran aplicables en cuanto límite a la autonomía de la voluntad, ya que el ordenamiento alemán era el aplicable a falta de elección de las partes. Los Tribunales de Luxemburgo en sus tres instancias desestimaron su pretensión considerando que solo era aplicable el Derecho Luxemburgués. Terminado este procedimiento, Koelzsch presentó una demanda de indemnización contra el Estado del Gran Ducado de Luxemburgo por responsabilidad civil del Estado a causa del funcionamiento defectuoso de los servicios judiciales luxemburgueses. Él alegaba que las anteriores sentencias luxemburguesas habían infringido el artículo 6.1 del Convenio de Roma, al declarar que no eran aplicables a su contrato las disposiciones imperativas de la ley alemana. La Corte de Apelación de Luxemburgo entendió que era preciso determinar cuál era el lugar habitual de trabajo y planteó una cuestión prejudicial en la que solicitaba la interpretación del citado artículo preguntando: "¿... en caso de que el trabajador lleve a cabo su prestación laboral en varios países, pero regrese sistemáticamente a uno de ellos, ha de considerarse que es en este último país donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo?".

³⁹ Apartado 25.

⁴⁰ En sus Conclusiones del Asunto Nogueira (apartado 105), el Abogado General propone el índice del lugar al que debe dirigirse el trabajador en caso de incapacidad laboral o de problema disciplinario. Sin embargo, el Tribunal no hace referencia expresa en ningún sentido al mismo. Posteriormente expondremos que en nuestra opinión dicho índice puede subsumirse en la casi totalidad de los casos en el del lugar donde el trabajador se relaciona con el empleador, que habitualmente se describe en la jurisprudencia como el lugar en el que tiene conocimiento de las instrucciones comunicadas por el empresario.

⁴¹ A. ZANOBBETTI, "Employment contracts ...", p. 350.

que hacen largos desplazamientos a países variados pero rápidamente retornan al aeropuerto de salida, este índice se enunció diciendo que “los recurrentes comenzaban y finalizaban su jornada laboral en el aeropuerto de Charleroi”, es decir, se describía como el lugar de inicio y finalización de la jornada laboral⁴². O en el asunto Koelzsch, al tratarse de transporte por carretera, la referencia es al Estado en el que “... está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte ... y el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones”⁴³. También, dentro de las particularidades de cada caso, este índice fue invocado conjuntamente con otros en el asunto Rutten⁴⁴ o posteriormente en el asunto Voogsgeerd⁴⁵.

26. Se trata de un índice de fundamental y decisiva importancia, pues cuando existe y se puede precisar y probar es determinante para definir cuál es el lugar habitual de trabajo. Lógicamente solo opera cuando se relaciona con desplazamientos, de ida y de regreso, que el trabajador realiza en el marco de su prestación de trabajo. Por otro lado, este índice dado su papel fundamental suele coincidir con otros índices, como son, por ejemplo, el del lugar donde se tiene un despacho o el del lugar donde se reciben las instrucciones, etc.

27. En ocasiones se ha tratado de asimilar este índice al concepto de “base” aparecido en otras disposiciones del Derecho Europeo ajenas a los Reglamentos reguladores de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable a los contratos. Así en el asunto Nogueira, en el que los demandantes eran tripulantes de cabina de aviones comerciales, se planteó expresamente al Tribunal de Justicia si el lugar habitual de trabajo era asimilable al concepto de base, tal como entonces lo definía el Reglamento (CEE) 3922/91, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil⁴⁶, en la redacción que le dio el Reglamento (CE)

⁴² Conclusiones del Abogado General, ya citadas, apartado 97.

⁴³ Apartado 49.

⁴⁴ STJCE 9 enero 1997, Rutten, C-383/95, *Rec* 1997-I, p. 70, apartado 25. Los hechos fueron los siguientes: P. W. Rutten, holandés, domiciliado en Hengelo (Países Bajos) fue contratado en agosto de 1989 por Cross Medical BV, sociedad holandesa domiciliada en los Países Bajos y filial de Cross Medical Ltd.; desde junio de 1990 pasó a trabajar directamente para esta última, que era una sociedad inglesa domiciliada en Londres, y que le retribuía en libras esterlinas. El Sr. Rutten ejercía sus actividades no sólo en Holanda, sino también, en un montante aproximado a un tercio de su tiempo de trabajo, en el Reino Unido, Bélgica, Alemania y los Estados Unidos de América. Él realizaba su trabajo desde un despacho instalado en su domicilio en Hengelo, al que regresaba después de cada viaje profesional. Al ser despedido, demandó a Cross Medical Ltd. ante los Tribunales holandeses. La demandada se defendió alegando la incompetencia de los mismos. Finalmente, se planteó una cuestión prejudicial en la que en esencia se solicitaba al Tribunal de Justicia de las Comunidades que se pronunciase sobre la interpretación del concepto de “lugar ... en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo”, a efectos del artículo 5.1 del Convenio, en el caso de que las actividades laborales se desarrollasen en más de un Estado contratante.

^E ZABALO ESCUDERO, “Nota”, *R.E.D.I.*, 1997, pp. 283-286. H. GAUDEMET-TALLON, “Nota”, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1997, pp. 336-346. J. M. BISCHOFF, “Nota”, *J. Clunet*, 1997, pp. 635-637.

⁴⁵ Asunto Voogsgeerd, (ya citado), apartados 38-40. Los presupuestos de hecho fueron los siguientes: el Sr. Voogsgeerd concluyó en la sede de Naviglobe NV, situada en Amberes, un contrato de trabajo con Navimer S. A., empresa establecida en Luxemburgo. El contrato se sometió al Derecho luxemburgués y el trabajador quedaba afiliado a una caja de seguro de enfermedad luxemburguesa. El salario lo pagaba Navimer. Durante unos meses, Voogsgeerd trabajó como maquinista a bordo de dos buques propiedad de Navimer y que navegaban por el Mar del Norte. Navimer despidió a Voogsgeerd y este demandó a las dos empresas ante los Tribunales de Amberes solicitando su condena a pagar una indemnización por despido de acuerdo con la legislación belga, y también intereses y costas. El demandante alegaba, en base al artículo 6.1 del Convenio de Roma, que eran aplicables las normas imperativas del Derecho belga, con independencia de la elección de las partes del ordenamiento luxemburgués. En este sentido, decía que estaba vinculado mediante su contrato con la empresa belga y no con la luxemburguesa, y que había realizado su trabajo principalmente en Bélgica donde recibía las instrucciones a través de Naviglobe y de donde partía y regresaba al iniciar y finalizar cada viaje. Tras una serie de avatares procesales, la Corte de Casación de Bélgica planteó una cuestión prejudicial en la que, entre otros extremos, incidía en la interpretación del lugar habitual de trabajo cuando el mismo no se realiza en un mismo país.

^P MAESTRE CASAS, “El contrato ...”, pp. 322-341. P. CHAUMETTE, “De l'établissement d'exploitation du navire et du lieu habituel de travail d'un marin”, *Le Droit Maritime Français*, n° 734, 2012, pp. F. JAULT-SESEKE, “Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de Justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome”, *Revue de Droit du Travail*, n° 2, 2012, pp.

⁴⁶ DOCE L 373, de 31 de diciembre de 1991.

1899/2006, de 12 de diciembre de 2006⁴⁷, que versaba sobre la misma materia, y que también se utiliza en el Reglamento (CE) 833/2004, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social⁴⁸, tras la modificación operada en el mismo por el Reglamento (UE) 465/2012, de 22 de mayo de 2012⁴⁹. El Tribunal de Justicia, coincidiendo con el Abogado General y desde una posición indudablemente acertada, sostuvo que tal asimilación no era posible⁵⁰.

28. El Tribunal partió de que el concepto de lugar habitual de trabajo no puede ser asimilado a ningún otro concepto que aparezca en otro acto de Derecho de la Unión. La sentencia no lo dice expresamente pero hay que entender que tal afirmación se refiere a cualquier otra disposición europea que no sea el Reglamento Roma I. Llegó a esta conclusión por dos motivos, que el Reglamento Bruselas I, entonces en vigor, no remite al Reglamento 3922/91 y que las dos disposiciones no persiguen los mismos objetivos y pertenecen a sectores completamente distintos, ya que uno regula la competencia judicial internacional y el otro pretende la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos en el ámbito de la aviación civil⁵¹. Lo mismo se podría decir si la cuestión se plantease en cuanto a la interpretación del Reglamento Roma I.

29. Pero la sentencia también sostiene que, a pesar de que la asimilación aducida por los demandantes no es admisible, el lugar de la base es un criterio pertinente e importante para determinar el lugar a partir del cual el trabajador desempeña habitualmente su trabajo. Es decir, es un elemento muy significativo para identificar los indicios que permiten discernir el *locus laboris*. En este sentido, se solapa en gran medida con el indicio del lugar desde el que el trabajador parte y al que posteriormente regresa y, como dice el Abogado General, es un “indicio indirectamente pertinente”, especialmente en el caso de los empleados del transporte y sobre todo cuando se trata de tripulantes de aeronaves. Además, el lugar de la base juega un papel determinante cuando coincide con otros de los indicios que ahora nos ocupan.

30. No obstante, su operatividad tiene algunos modestos límites, ya que la sentencia señala que “la relevancia de la base para identificar el lugar a partir del cual los trabajadores desempeñan habitual-

⁴⁷ DOUE L 377, de 27 de diciembre de 2006. En el Anexo III, la Subparte Q, titulada “Limitaciones del tiempo de vuelo y actividades y requisitos de descanso”, contenía la OPS (operación de vuelo) 1.1090, que en su punto 3.1 decía: “El operador asignará una base a cada miembro de la tripulación”; también la OPS 1.1095, en su punto 1.7, definía el concepto de base, diciendo: “base: lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios tiempos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante”. La OPS 1.1110, titulada “Descanso”, establecía: “1. Descanso mínimo. 1.1. El tiempo de descanso mínimo que debe concederse antes de una actividad en vuelo que tenga su inicio en la base será como mínimo de igual duración que la precedente actividad en vuelo, y en cualquier caso no inferior a 12 horas. 1.2 El tiempo de descanso mínimo que debe concederse antes de una actividad en vuelo que tenga su inicio fuera de la base será como mínimo de igual duración que la actividad en vuelo precedente, y en cualquier caso no inferior a 10 horas. Cuando el descanso mínimo se tome fuera de la base, el operador deberá proporcionar la posibilidad de 8 de sueño, teniendo en cuenta el tiempo de traslado y otras necesidades fisiológicas”.

⁴⁸ Anexo III fue suprimido posteriormente por el Reglamento (CE) 216/2008, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una Agencia Europea de Seguridad Aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE. DOUE L 79, de 19 de marzo de 2008.

⁴⁹ DOUE L 166, de 30 de abril de 2004.

⁵⁰ DOUE L 149, de 8 de junio de 2012. En su preámbulo se afirma: “El concepto de “base” para los miembros de tripulaciones de vuelo y cabina con arreglo al Derecho de la Unión está definido en el anexo III del Reglamento (CEE) n° 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil. Con el fin de facilitar la aplicación del título II del Reglamento (CE) n° 833/2004 a este colectivo, está justificado crear una norma especial en la que este concepto de “base” se convierta en el criterio para determinar cuál es la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina. Sin embargo, la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina debe mantenerse estable y el principio de “base” no ha de entrañar cambios frecuentes de legislación aplicable debido a los modelos de trabajo del sector industrial o a demandas estacionales”. En consecuencia el título II, titulado “Determinación de la legislación aplicable”, contiene el artículo 11.5, que dice: “La actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentre la “base” con arreglo a la definición que figura en el anexo III del Reglamento (CEE) n° 3922/91”.

⁵¹ Apartados 65 a 74 de la sentencia y 109 a 117 de las conclusiones del Abogado General.

⁵² Estos mismos motivos, salvando las lógicas diferencias, también se aplican respecto del Reglamento 883/2004.

mente su trabajo sólo desaparecería en el supuesto de que, habida cuenta de los elementos fácticos de cada caso, unas demandas como las examinadas en los asuntos principales presentasen unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto de esa base⁷². Esta situación puede darse especialmente en el ámbito del conflicto de leyes cuando deba actuar el artículo 8.4 del Reglamento Roma I⁵² o en general cuando prepondere el indicio temporal, al que nos referiremos en el apartado siguiente.

B) Lugar en el que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo por cuenta de la empresa

31. El indicio temporal, que ya había sido formulado en conjunción con otros indicios en el asunto Rutten⁵³, tiene su manifestación más clara en el caso Weber⁵⁴. Este era un alemán domiciliado en Alemania, que fue contratado por una sociedad escocesa, posiblemente filial de una multinacional mucho mayor, con domicilio social en Aberdeen (Reino Unido). Él estuvo empleado en calidad de cocinero desde el mes de julio de 1987 hasta el 30 de diciembre de 1993. Aunque en el procedimiento de origen los datos no estaban absolutamente claros, se puede decir que hasta el 21 de septiembre de 1993, trabajó en particular en la zona de la plataforma continental adyacente a los Países Bajos, a bordo de buques o instalaciones mineras, que según sus alegaciones enarbolaban pabellón holandés⁵⁵. Sin embargo, desde el 21 de septiembre al 30 de diciembre de 1993 ejerció su actividad a bordo de un barco-grúa en aguas territoriales danesas. Al ser despedido, demandó a la empresa empleadora ante los tribunales holandeses, que finalmente plantearon una cuestión prejudicial en la que, entre otros extremos, inquirían: ¿debe considerarse todo el periodo de empleo o únicamente el último periodo de empleo para precisar si el trabajador ha realizado habitualmente su trabajo en un determinado país?

32. Para contestar a esta pregunta el Tribunal de Justicia comenzó dejando sentado que Weber carecía en un Estado miembro de un despacho que constituyese el centro efectivo de sus actividades profesionales y a partir del cual cumpliera lo esencial de sus obligaciones laborales con el empresario. Por consiguiente, el criterio pertinente para determinar el lugar de trabajo habitual era, en principio, el lugar en el que el trabajador pasaba la mayor parte de su tiempo de trabajo a cuenta de la empresa⁵⁶.

33. La sentencia hace una serie de precisiones al respecto. La primera es que para ponderar el criterio temporal es necesario tener en cuenta la totalidad del periodo de actividad del trabajador en sus relaciones con la empresa con la que litiga y no únicamente el periodo más reciente. No obstante, como señala acertadamente el Abogado General, no siempre cabe hacer sin más una operación aritmética, pues la casuística es muy variada y pueden existir situaciones en que un periodo que no llega a la mitad del tiempo trabajado es el más significativo temporalmente hablando⁵⁷. La segunda consiste en que el criterio cualitativo, o sea el que se basa en la importancia y naturaleza del trabajo realizado en los distintos países, puede desplazar al criterio temporal; si bien la sentencia no se extiende mucho en este aspecto ni es rotunda en sus afirmaciones, ya que como Weber había ejercido siempre la misma actividad

⁵² STJUE 12 septiembre 2013, Schlecker, apartado 37.

⁵³ En su apartado 27 se sostiene: "... el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo ... es aquel en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales. Para la determinación concreta de dicho lugar, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo en uno de los Estados contratantes, donde posee un despacho desde el cual organiza sus actividades por cuenta de la empresa y al que regresa después de cada viaje profesional al extranjero".

⁵⁴ STJCE 27 febrero 2002, C-37/00, *Rec* 2002-I, p. 2032 y ss. C. GÓRRIZ, "Competencia judicial internacional y trabajo marítimo (A propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002: Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.)", *Anuario Derecho Marítimo*, 2003, pp. 307 y ss. E. ZABALO ESCUDERO, "Sucesión de lugares de trabajo y competencia judicial internacional: Nuevos problemas planteados ante el TJCE", *Revista Derecho Comunitario Europeo*, 2003, pp. 225 y ss. J. L. IRIARTE ÁNGEL, "Trabajo en instalaciones situadas en la plataforma continental y competencia judicial internacional. Precisiones en torno a la STJCE de 27 de febrero de 2002", *Diez años de Derecho Marítimo Donostiarra*, Vitoria-Gasteiz, 2003, pp. 89 y ss.

⁵⁵ Se consideró en la sentencia que a efectos de competencia judicial internacional era trabajo realizado en territorio holandés. Apartados 27 a 36.

⁵⁶ Apartados 48 a 58.

⁵⁷ *Rec* 2002-I, pp. 2016 y ss. Apartados 52 y 53.

profesional, la ponderación cualitativa no era pertinente en este caso concreto. En este sentido, como tercera precisión, hay que tener en cuenta que el TJCE reconoce que el criterio temporal queda desplazado cuando el objeto de la controversia, habida cuenta de los elementos de hecho del caso, presenta unos vínculos más estrechos con un lugar de trabajo distinto. Ciertamente, situaciones de este tipo no serán muy frecuentes en la práctica, pero pueden existir pleitos en los que el litigio esté más vinculado con el último lugar de trabajo, aunque este sea temporalmente más efímero, que con un *locus laboris* anterior en el que se ha trabajado un periodo más prolongado; por ejemplo, se puede considerar como lugar habitual de trabajo aquel en el que se ha desarrollado el periodo de trabajo más reciente cuando en el mismo se han ejercitado las actividades de manera duradera y según la voluntad clara de las partes estaba destinado a convertirse en el nuevo lugar de trabajo⁵⁸.

34. El índice temporal tiene normalmente una gran relevancia práctica, aunque habitualmente en conjunción y coincidencia con otros índices, y es determinante cuando otros criterios no existen o no se pueden probar o precisar.

C) Lugar en el que se encuentran las herramientas o los medios de trabajo empleados por el trabajador

35. Este es un índice que ha sido reiteradamente invocado por la jurisprudencia europea en los últimos años. Lo cual es lógico puesto que la relación laboral tiene una gran vinculación con el lugar en el que se encuentran los medios de trabajo. El Tribunal de Justicia utiliza el término “herramientas”, que en castellano es engañoso, puesto que el TJUE bajo esta expresión incluye a las aeronaves o a los camiones. De hecho ha utilizado frecuentemente este índice en los litigios de trabajadores del transporte, como conductores de camiones o tripulantes de cabina de aeronaves; incluso parece que es un criterio que actúa específicamente respecto de ellos⁵⁹. Por esta razón cuando nosotros decimos “herramientas” estamos hablando realmente de medios de trabajo. De alguna manera este índice opera un papel paralelo al que respecto de otros empleados juega el lugar en el que tienen un despacho y al que luego nos referiremos.

36. De esta manera, la Abogado General en sus conclusiones del asunto Koelzsch sostuvo que había que tener en cuenta el lugar de estacionamiento de los camiones, así mismo que la empresa tenía preparados unos determinados emplazamientos, todos en el mismo país, para esta finalidad y que el Sr. Koelzsch estacionaba su camión en uno de tales emplazamientos, donde además se efectuaban los intercambios para el transporte⁶⁰. Por el contrario, prescindió completamente de otros elementos, como por ejemplo el de la matrícula de los camiones, que estaban matriculados en otro país, en concreto Luxemburgo, distinto al del lugar de estacionamiento. En este mismo orden de cosas, en la sentencia del caso Nogueira el TJUE dijo a este respecto que “debe tenerse igualmente en cuenta el lugar en que estén estacionados los aviones a cuyo bordo se desempeñe habitualmente el trabajo”⁶¹, y esto lo dice para inmediatamente después descartar el criterio de la nacionalidad de las aeronaves, aspecto este que trataremos más abajo. No podemos terminar sin destacar que tanto en el asunto Koelzsch como en el asunto Nogueira el lugar de estacionamiento de los camiones o de las aeronaves estaba muy definido y era siempre el mismo: Osnabrück en el primer caso y Charleroi en el segundo. Este índice no hubiese podido operar si, por ejemplo los camiones, hubiesen sido estacionados en distintos lugares de diversos países.

⁵⁸ Apartado 56.

⁵⁹ Sentencia Koelzsch, apartados 48-49, sentencia Voogsgeerd, apartado 38, sentencia Nogueira apartado 63.

⁶⁰ Apartado 96, EU:C:2010:789. Dice: “En el marco de la organización de la actividad, ha de averiguarse dónde estaban ubicadas las herramientas de trabajo. En consecuencia, en el presente asunto es relevante el hecho de que los camiones se estacionaban en Alemania en tres emplazamientos denominados puntos de intercambio (*Wechselstandorte*) –Kassel, Neukirchen/Vluyn, Osnabrück- y que el Sr. Koelzsch estacionaba su camión en Osnabrück. Desde el punto de vista de la organización de la actividad debe tomarse en consideración, entre otras cosas, el hecho de que los trabajadores residentes en Osnabrück efectuaran allí los intercambios para el transporte”.

⁶¹ Apartado 64 y aun más claramente en el apartado 102 de las conclusiones del Abogado General.

D) Lugar en el que el trabajador habitualmente se relaciona con el empresario y en el que organiza su trabajo

37. Este índice ha sido reiteradamente invocado por la jurisprudencia europea, pero reviste diversas modalidades y manifestaciones dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso. Así, puede ser el lugar donde el trabajador recibe instrucciones y organiza su trabajo⁶², pero también el lugar en el que debe presentarse para cumplir sus misiones⁶³ o aquel al que debe dirigirse en caso de incapacidad laboral o si se suscita un problema disciplinario⁶⁴. Además hay que tener presente que la relación entre empresario y trabajador puede materializarse de muchas maneras: oralmente, por escrito, etc. y en la actualidad las nuevas tecnologías pueden tener un papel muy importante en esta función. Por ejemplo, en el asunto Nogueira los tripulantes de los aviones recibían instrucciones sobre sus misiones y organizaban su trabajo en el aeropuerto de Charleroi, consultando la intranet de sus empresas.

38. El lugar relevante es aquel en el que el trabajador recibe las instrucciones y organiza su trabajo, es decir, donde está situado el empleado, no aquel en el que se encuentra el empresario cuando envía las instrucciones y organiza el trabajo de sus empleados. En el caso Nogueira, Ryanair, para justificar la competencia de los tribunales irlandeses y posiblemente pensando en la posterior aplicación del Derecho de Irlanda, alegó que este indicio se refiere al lugar donde se encuentra el empresario. Sin embargo, el Abogado General rebatió de manera terminante estas alegaciones, mediante dos razones: su contrariedad con los términos utilizados en la jurisprudencia previa, que se refería expresamente “al lugar en el que el trabajador recibe las instrucciones y organiza su trabajo, y no al lugar a partir del cual el empresario envía las instrucciones y organiza el trabajo de sus empleados”; en segundo lugar, porque admitir la tesis de Ryanair sería contrario al objetivo de protección de los trabajadores, pues expondría a estos al peligro de forum shopping por parte del empresario, ya que este podría elegir el lugar a partir del cual se relaciona con los trabajadores y de esta manera lograr que resultasen competentes unos tribunales, y también se aplicase un ordenamiento jurídico, favorables para sus intereses⁶⁵.

39. En ocasiones la jurisprudencia ha dado una gran importancia a este índice cuando aparece acumulado con algún otro; de esta manera, el Tribunal de Justicia en el asunto Voogsgeerd afirmó “si ... se desprende que el lugar a partir del cual el trabajador efectúa sus misiones de transporte y recibe también las instrucciones sobre sus misiones es siempre el mismo, debe considerarse que es en dicho lugar donde realiza habitualmente su trabajo”⁶⁶. Ciertamente, esta afirmación se realizó en el seno de un litigio derivado de un contrato de embarque, por lo tanto en el pleito concurrían las particularidades fácticas y dificultades jurídicas propias del sector del transporte, que aún suelen ser mayores cuando se trata de tripulantes de buques, y pudiera parecer que dicha posición jurisprudencial solamente es aplicable a tales trabajadores. Sin embargo, de los términos de la sentencia no se desprende una aplicación de la solución restringida a determinados trabajadores, aunque posiblemente es poco operativa en ámbitos diferentes al transporte y específicamente al contrato de embarque.

E) Lugar en el que está contractualmente obligado a residir el trabajador

40. Este índice, cuando existe, tiene una gran importancia. El que en el contrato de trabajo se imponga un determinado lugar de residencia o la obligación de residir a una cierta distancia temporal o geográfica de un punto es casi decisivo para determinar el lugar habitual de trabajo. Parece que, ya en el caso Mulox, el TJCE dio alguna relevancia a la situación de la residencia del trabajador, pues dijo: “procede tener en cuenta la circunstancia, ..., de que el desempeño de la misión confiada al trabajador por cuenta ajena se realizó desde un despacho situado en un Estado contratante, en el que el trabajador

⁶² Sentencias de los asuntos Rutten, apartado 25, Koelzsch, apartado 49, Voogsgeerd, apartado 38 y Nogueira, apartado 63.

⁶³ Por ejemplo: sentencia del asunto Voogsgeerd, apartado 40.

⁶⁴ Apartados 105 y 132 de las conclusiones del Abogado General en el asunto Nogueira.

⁶⁵ Apartados 99 a 101.

⁶⁶ Apartado 39.

había establecido su residencia, desde el que desempeñaba sus actividades ...”⁶⁷. No obstante, invoca la residencia del trabajador para reforzar el índice del lugar de situación del despacho desde el que se realizaban las misiones confiadas al empleado. En este sentido hay que tener en cuenta que este último no tenía ninguna obligación contractual de residir en un determinado lugar, si no que estableció su despacho en su domicilio, en el que residía previamente.

41. Como acertadamente señala el Abogado General en sus conclusiones del asunto Nogueira, este indicio no se refiere al lugar de residencia efectiva del trabajador, sino al lugar donde está contractualmente obligado a residir y por consiguiente al *locus laboris* cerca del cual debe residir⁶⁸.

42. El lugar de residencia del trabajador es un índice que ocasionalmente puede ser relevante, pero que queda muy reforzado y es casi determinante cuando se impone contractualmente al trabajador.

F) Lugar donde el trabajador tiene, o se ha puesto a su disposición, un despacho u oficina

43. Este indicio ha sido tomado en consideración por la jurisprudencia europea desde hace mucho tiempo⁶⁹. En efecto, ya en sentencias muy tempranas el TJCE sostuvo que para precisar el lugar habitual de trabajo la circunstancia del lugar donde el trabajador tiene un despacho desde el cual organiza sus actividades laborales es fundamental. Esta posición de la jurisprudencia es absolutamente lógica, pues la existencia de un despacho u oficina en la que el empleado trabaja es muy reveladora de cuál es el centro efectivo de sus actividades profesionales. Además este índice habitualmente coincide con otros, ya que, por ejemplo, es el lugar donde pasa más tiempo y del que parte y al que regresa en los viajes profesionales.

44. El concepto de despacho u oficina ha sido objeto de una interpretación amplia. Así es indiferente que haya sido instalado por el propio trabajador, como sucedía en los asuntos Mulox y Rutten, o haya sido puesto a su disposición por la empresa, como ocurría en el caso Nogueira. Tampoco importa su entidad, como lo acredita que el Abogado General, en sus conclusiones de este último asunto, incluyese a la *crewroom* de la línea aérea en un aeropuerto dentro de dicho concepto⁷⁰.

IV. El rechazo expreso de un índice: la nacionalidad de las aeronaves

45. Como ya hemos visto, en ocasiones el TJUE ha rechazado la validez de algunos índices propuestos por las partes para precisar el lugar habitual de trabajo. Recientemente ha desechado uno que por su interés teórico y práctico requiere que nos detengamos en él.

46. En el asunto Nogueira, las empresas demandadas alegaron la necesidad de tener en cuenta la nacionalidad de las aeronaves en las que trabajaban los demandantes a efectos de precisar el lugar habitual de trabajo de estos últimos. En este sentido sostenían que estaba probado que los aviones estaban matriculados en Irlanda y por consiguiente, en base al artículo 17 del Convenio de Chicago, de 7 de

⁶⁷ Apartado 25. También en el caso Rutten el demandante había instalado un despacho en su domicilio, sin embargo, el TJUE no da relevancia a este dato, toma en consideración el lugar del despacho, pero prescinde de cualquier referencia al domicilio, apartados 5 y 25 a 27.

⁶⁸ Apartado 103 y nota 45 de las conclusiones. Como ya hemos dicho, en el asunto Nogueira los demandantes eran tripulantes de aviones comerciales. Justamente en el sector aeronáutico, dadas sus particularidades, especialmente que el trabajador realiza muchos viajes de corta duración con condicionantes horarios muy precisos, es muy frecuente imponer contractualmente a los empleados la obligación de residir a una determinada distancia temporal, o en algunos casos kilométrica, del aeropuerto. En otros ámbitos laborales, es más infrecuente que los contratos de trabajo contengan obligaciones de este tipo, esta es la razón por la que el índice que ahora nos ocupa tiene poca presencia en la jurisprudencia europea.

⁶⁹ Sentencias de los asuntos Mulox, apartado 25 y Rutten, apartado 27.

⁷⁰ Apartado 104.

diciembre de 1944, sobre aviación civil internacional⁷¹, tenían la nacionalidad irlandesa. En consecuencia, el tiempo de trabajo de los tripulantes a bordo de esos aviones debía considerarse como realizado en territorio irlandés y como el tiempo de trabajo a bordo de los aviones era más largo que el tiempo de trabajo en los aeropuertos de origen y destino⁷², se debía entender que los demandantes habían trabajado habitualmente en Irlanda, por lo que los tribunales de este país eran competentes y debían aplicar el ordenamiento jurídico irlandés. Esta tesis de las empresas, en principio, no es descabellada, pues tradicionalmente la doctrina⁷³ y alguna jurisprudencia⁷⁴ han sostenido que el trabajo prestado a bordo de aeronaves se considera realizado en el país de su nacionalidad, que es el de su registro. A este respecto se puede decir que existe un cierto paralelismo entre el empleo a bordo de buques que, en principio, se ha considerado realizado en el país de abanderamiento, y el trabajo tripulando aeronaves que, en principio, se entiende prestado en el país del registro. Pero de igual manera que fenómenos como, entre otros, las banderas de conveniencia o las empresas pesqueras conjuntas han provocado que en la práctica el recurso a la ley de la bandera sea poco operativo⁷⁵, en el trabajo a bordo de aeronaves nos encontramos que los tribunales y la ley del Estado de registro tienen actualmente poca proyección práctica⁷⁶. La solución alcanzada en el asunto Nogueira es un claro exponente de esta realidad.

47. En efecto, el TJUE reiteró que la consideración de que el concepto de lugar habitual de trabajo no es asimilable a ningún otro concepto jurídico era igualmente válida en cuanto a la nacionalidad de las aeronaves y por consiguiente dicho lugar no era equiparable al territorio del Estado cuya nacionalidad tenían las aeronaves, en el sentido del artículo 17 del Convenio de Chicago⁷⁷. Más que en la propia sentencia, los motivos de esta solución se encuentran en las conclusiones del Abogado General⁷⁸. Este dio tres razones a este respecto: la primera era que los Reglamentos europeos no hacían ninguna remisión al Convenio de Chicago o a la nacionalidad de las aeronaves; la segunda consistía en que dicho Convenio no prevé que el trabajo tripulando un avión deba considerarse realizado en el territorio del Estado cuya nacionalidad tiene el avión y en tercer lugar que el concepto de la nacionalidad de los

⁷¹ BOE de 29 de diciembre de 1969. El artículo 17 dice: “Nacionalidad de las aeronaves. Las aeronaves tienen la nacionalidad del Estado en el que estén matriculadas”.

⁷² No conocemos la prueba aportada en el procedimiento de origen y por tanto no sabemos si este extremo se probó adecuadamente; pero teniendo en cuenta la legislación sobre seguridad aérea, a la que parcial y tangencialmente nos hemos referido anteriormente al hablar del índice de la base, y dados los periodos de descanso de las tripulaciones que impone la misma, parece extraño que el tiempo de vuelo fuese mayoritario dentro del total del tiempo trabajado.

⁷³ P. MANKOWSKI, “Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”, en: F. FERRARI, S. LEIBLE (eds.), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 177 y ss. A. ZANOBETTI, “Employment contracts ...”, p. 353. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratación laboral ...”, p. 1274.

⁷⁴ Por ejemplo: Corte di Cassazione (s.u.), ordenanza 20 agosto 2009 n° 18509. *R.D.I.P.P.*, 2011, PP. 162-165. La decisión señala la competencia judicial internacional de los tribunales belgas porque el trabajo se realizaba en aviones de bandera belga, pero también enumera otros elementos a favor de esta solución, como que la sociedad empleadora tenía su sede social en Bélgica o que el trabajo desarrollado por el demandante tenía, en opinión del tribunal, muy poca relación con Italia.

⁷⁵ El TJUE es refractario al foro y a la conexión de la bandera, como lo acreditan las sentencias de los casos Weber y Voogsgeerd. P. MAESTRE CASAS, “El contrato de trabajo ...”, pp. 331-334.

⁷⁶ P. MANKOWSKI, “Employment Contracts ...”, pp. 178 y ss. A. ZANOBETTI, “Employment contracts ...”, p. 353. Además, desde hace unos años ha aparecido un fenómeno nuevo: las compañías low cost, que con sus peculiares prácticas y comportamientos, que en algunos aspectos recuerdan salvando las distancias a las navieras propietarias de los buques bajo bandera de conveniencia, han introducido problemas específicos y en todo caso han aumentado sensiblemente la litigiosidad laboral en el sector aeronáutico. L. GAMET, “Personnel des aéronefs et lois sociales françaises: les compagnies low cost dans les turbulences du droit social français”, *Droit Social*, 2012, pp. 502 y ss.

⁷⁷ La STSJ Cataluña (Soc.) de 26 de marzo de 2010 (AS/2010/1693) es un claro ejemplo en este sentido. Los hechos que dieron lugar a la misma son bastante parecidos a los del caso Nogueira, incluso había coincidencia en cuanto a las compañías demandadas. Una de las cuestiones controvertidas era la de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles; la empresa demandada alegaba, entre otros extremos, que nuestros tribunales eran incompetentes porque la demandante trabajaba en aviones matriculados en Irlanda. El TSJ rechazó estos argumentos y declaró la competencia de los tribunales españoles por cinco motivos: A) en el contrato se decía que se situaría a la trabajadora principalmente en el aeropuerto de Girona; B) en ese lugar operó ininterrumpidamente; C) además del trabajo en los aviones realizaba funciones en tierra; D) las instrucciones de trabajo se le daban, directamente o por internet, en el aeropuerto de Girona y E) iniciaba y finalizaba su jornada laboral en dicho aeropuerto. Esta sentencia se adelanta acertadamente en muchas de sus argumentaciones a la del caso Nogueira.

⁷⁷ Apartados 75 y 76.

⁷⁸ Apartados 123 a 127.

aviones se utiliza únicamente para delimitar el ámbito de aplicación de varios artículos del Convenio, que sólo se aplican a las aeronaves que tengan la nacionalidad de un Estado miembro y también para prohibir ciertas distinciones efectuadas en base a la nacionalidad de la aeronave, pero tal concepto no tiene como finalidad asimilar el interior de la aeronave al territorio del Estado de su nacionalidad. En este sentido el Abogado General parece sostener la idea de que la nacionalidad de las aeronaves es un criterio puramente formal. Ciertamente, estos argumentos pueden parecer un poco forzados, y posiblemente lo son; pero en todo caso son una clara muestra de la tendencia jurisprudencial a propugnar que el trabajo a bordo de aeronaves no se considera a efectos de competencia judicial y ley aplicable como realizado en el país de registro.

V. Reflexiones finales

48. El TJUE sostiene que para determinar el lugar habitual de trabajo, cuando éste es impreciso, es necesario aplicar un método indiciario, es decir, ponderar la existencia e importancia de una serie de índices en el concreto contrato de trabajo internacional de que se trate. A este fin ha ido decantando, a través de sus sentencias, unos índices útiles, que son los seis que hemos tratado de manera específica en el apartado 3. También ha rechazado la pertinencia de algunos criterios que las partes litigantes han propuesto, por considerarlos no idóneos para determinar el lugar habitual de trabajo. El examen de la jurisprudencia pone de relieve que esta es una problemática eminentemente casuística y en la que las soluciones solamente se pueden construir por medio de las decisiones judiciales, y sin olvidar las conclusiones de los Abogados Generales. Indudablemente, cada índice o conjunto de índices es más operativo en unos supuestos que en otros, pero hay unos índices claramente más presentes en la jurisprudencia y que son coincidentes en determinadas materias litigiosas concretas. Por ejemplo, en el caso de los trabajadores del transporte el TJUE ha decantado unos índices, que reitera en todos los pleitos de dicha materia, pero habitualmente complementándolos con algún índice que invoca puntualmente en razón de las circunstancias del caso concreto.

ENVIRONMENTAL TAXATION AND THE NEED FOR TAX LIMITS IN THE EU LEGAL SYSTEM

FISCALIDAD AMBIENTAL Y LA NECESIDAD DE LÍMITES TRIBUTARIOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE LA UE

CARLOS MARÍA LÓPEZ ESPADAFOR
Full Professor of Financial and Tax Law
University of Jaén
ORCID ID: 0000-0002-5994-2196

Recibido: 15.05.2018 / Aceptado: 06.06.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4386>

Abstract: In spite of the fact that almost all the European Union member States have similar principles of tax justice, there is not an express specification about them in the Primary Law of the Union. The institutions of the European Union have some tax competences given by their member States, specially highlighting fiscal harmonization of certain state taxes. The tax harmonization directives, despite this lack of express specification, cannot forget these principles of tax justice. The argument of the environmental taxation of hydrocarbons has been used to increase the fiscal pressure over the gasoline until a point where its legitimacy should be discussed, not only from the constitutional point of view, but also from the European Union Treaties. Individual States are not the only ones responsible for this situation but also European Union institutions are, since the tax on mineral oils has been harmonized by European Union directives.

Keywords: environmental taxation, European Union, limits.

Resumen: A pesar del hecho de que en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea existen unos principios de justicia tributaria similares, no existe una especificación expresa de éstos en el Derecho Originario de la Unión. Las instituciones de ésta tienen determinadas competencias en materia tributaria atribuidas por sus Estados miembros, especialmente en relación a la armonización fiscal de ciertos impuestos estatales. Las directivas de armonización fiscal, a pesar de esta falta de especificación expresa, no pueden olvidar estos principios de justicia tributaria. El argumento de la fiscalidad ambiental de los hidrocarburos ha sido utilizado para incrementar la presión fiscal sobre los carburantes hasta un nivel con respecto al cual sería discutible su legitimidad, no sólo desde el punto de vista constitucional, sino también desde la perspectiva de los Tratados de la Unión Europea. Los Estados individualmente considerados no son los únicos responsables de esta situación, sino que también lo son las instituciones de la Unión Europea, desde el momento en que la imposición sobre hidrocarburos se encuentra armonizada conforme a directivas de la Unión.

Palabras clave: fiscalidad ambiental, Unión Europea, límites.

Summary: I. Introduction. II. Environmental taxation and high public revenues. III. Tax justice and right of ownership. IV. European Union Tax Law and ban of confiscation as regards tax matters. V. Non confiscation in tax matters and fundamental right to private property. VI. Private property in the EU Charter of Fundamental Rights and the material principles on Tax Justice. VII. Rational solutions. VIII. Excise duties. IX. Realization of the parameters of the current non-taxation purposes. X. Ethics and Environmental Tax Law from a globalized perspective. XI. States, governments, law-makers and tax-payers. XII. Courses of Action. 1. State Level. 2. European Union Level. XIII. Case-Law Considerations. XIV. Final Considerations.

I. Introduction

1. Hydrocarbons represent one of the fields in which multi-taxation affects the most. It is necessary to delimit that problem in this context, by determining its own limits, at both internal and international levels, thus providing an answer to its current perspectives, particularly in the European context. In spite of the fact that almost all the European Union member States have similar principles of tax justice, there is not an express specification about them in the Primary Law of the European Union. The institutions of the European Union have some tax competences given by their member States, specially highlighting fiscal harmonization of certain state taxes. The tax harmonization directives, despite this lack of express specification, cannot forget these principles of tax justice.

2. Although some taxes are described by the legislator as environmental taxes, with the purpose of reducing CO₂ (carbon dioxide) emissions, the observance of their structures reveals that their principal purpose is to obtain public revenues. With the excuse of environmental taxation, there are some taxes with the single objective to obtain high public incomes.

3. The blame for this situation lies with Member States and European Institutions, because energy taxes are harmonized by directives at European level. So we have to check if this kind of taxation is against tax justice principles. The problem is that in the European Union a definition of these principles does not exist. Nevertheless, in European Union Law the property right exists as a fundamental and human right. We have to analyze if this kind of taxes represents (or not) an infringement of the property right as the origin of some tax justice principles.

II. Environmental taxation and high public revenues

4. Sometimes, on the pretext of “additional taxation”, certain taxes are used only to achieve high public revenues. Certain taxes are presented by the tax legislator as environmental taxation, aimed at reducing emissions of CO₂ (carbon dioxide), although their structure seems to indicate that at the end their main purpose is not this, but to get more public revenues.

5. For example, think about the excise duty on hydrocarbons, with regard to the taxation of petrol and diesel fuels. The consumer is to pay indirectly an amount greater than the value of the product through taxation. Therefore, the consumer when buying gasoline, pays out a price that is the sum of the value of the product and the levy, which represents most of the final amount, including the excise duty indirectly charged, and the Value Added Tax.

6. Individual states are not the only ones responsible for this situation but also EU institutions are, since the tax on mineral oils has been harmonized by EU directives. However, after all, the Union with this type of tax rather than thinking about environmental protection has mainly thought to protect free competition in the European petrol and diesel market, with the aim of ensuring that the final price of this product would not be too different from one Member State to another. The EU sets a rate or minimum tax load, which may be increased by the Member states.

7. Pollution control should be achieved mainly through tax breaks for biofuels, and not so much, as specified above, with exorbitant tax levies on still needed fuels.

8. Such high taxation on petrol and diesel will eventually cause a damaging effect on the people living in areas where there are not many opportunities for public transportation, compared to the inhabitants of big cities. Hence the residents of rural areas are going to pay for this taxation.

9. It has not been proven at all that a higher tax levy corresponds to lower fuel consumption. We are talking about products which cannot be set aside in the current way of life. Only the economic crisis,

with a decrease in economic, commercial and industrial activities, has succeeded in decreasing the consumption of these products. Not even the rise in the oil price can considerably reduce fuel consumption; neither could an increase in taxes could actually reduce it.

10. Then we should wonder whether a tax which is so high is contrary to the material principles on tax justice. The problem is that in European Union Law there is not a definition of the so-called principles involved. However, in this law, there is a consecration of the right to property as a fundamental and human right¹. Therefore, we should analyze if these cases of high tax levy represent or not a violation of the right to property, a right from which in some states the principles of tax justice are deduced.

III. Tax justice and right of ownership

11. The search for tax justice is a pending issue in the process of European integration. However, this lacuna may make it difficult for such integration to be built on sufficiently firm legal and economic bases. Therefore, the principles of tax justice in European Union Law are still a not fully explored subject of investigation.

12. The institutions of the European Union hold a series of taxation jurisdictions granted by Member States, among them there is particular harmonization of certain State taxes.

13. The constant tension between direct and indirect taxes affects socio-economic policy, so that it is appropriate to identify the constitutional and legislative principles that could in some way limit the role of the latter in comparison to the former, and find their basis in EU Law.

14. Even though in most EU Member States the material principles of tax justice correspond in their essential content, to the original EU Law, an explicit statement of those principles does not exist.

15. In Spain, the study of tax law has focused on the primacy of the principles contained in paragraph 1 of Article 31 of the Constitution: the tax justice of material principles. Article 131 of the Spanish Constitution, at the end of paragraph 1, in relation to income and wealth, proclaims “its fairer distribution”. This final declaration sanctions Spain as a “social and democratic Constitutional state”, in paragraph 1 of Article 1 of the Constitution. This suggests that the nature of the tax and social justice of our state, often poorly analyzed, instead was the object of the first precepts of the Constitution.

16. Reading in conjunction Articles 1.1, 31.1 and 131.1 of the Constitution, it is inferred that in a social and democratic constitutional state redistribution of wealth can be implemented through public revenue and expenditure. For this reason, before exorbitant fiscal pressures on goods and products, for which the price/value of the asset becomes lower than the taxes, there is the need to find a constitutional provision that would prevent such excesses.

17. All this forces us to say that in tax matters we must respect the right to private property, questioning the maximum tax levy on property, also in relation to the acquisition costs of goods and products.

18. It is obvious that in order to consume a good it is necessary to acquire it: the problem arises when the taxation on a good or product obstructs the possibility of acquisition disproportionately and unlawfully. One more clarification, when it comes to property, the mind turns to the traditional patterns of property of real estate; instead, it is necessary to think that property is a concept applicable to any type of product, since, in principle, in order to consume, you must first purchase the property. Therefore, we

¹ Regarding the human rights discipline on a tax law standpoint, see M.T. SOLER ROCH, *Deber de contribuir y derecho de propiedad en el ámbito de los derechos humanos*, Lección Inaugural, Curso Académico 2011-2012, Universidad de Alicante, 2011, p. 5.

cannot limit ourselves to state legislation, but must take into account the impact on EU law, as most of the indirect taxes are harmonized by the Community.

19. The concept of non-confiscation does not explicitly appear in the European Community discipline, although it should be a fundamental right sanctioned not only in the Constitution, but also by the European Community discipline of fundamental rights.

20. The crisis experienced by the European and world economy has highlighted the need for closer economic integration between the Member States of the European Union. There are two essential tools to achieve a real economic integration: monetary policy and tax policy. In monetary policy matters, greater integration in the Euro zone and a major limitation of the public deficit has been reached. In fiscal policy, the rule of unanimity in tax harmonization matters is still applied. Thus, only with the unanimity of the representatives of the Member State Governments is it possible to adopt the directives on tax harmonization. This lack of democratic legitimization in the field of tax harmonization, which does not depend on the will of the Parliament elected by European citizens, renders even more real the prediction by the material principles of tax justice as a limit and guarantee in the tax harmonization for EU Member State taxpayers, by virtue of the primacy of its Law with respect to the Law of the Member States. Pursuing the contemplation of the material principles of tax justice in tax harmonization seems a necessary step for the extension of the powers of the European Union in relation to the tax harmonization mentioned.

21. Then, it must be emphasized that, within the Member States, the development of the material principles of tax justice occurred mainly with regard to direct taxes. By contrast, the powers of EU institutions in the field of tax harmonization essentially concern indirect taxes. Thus, the prediction of the material principles of tax justice with respect to tax harmonization would result in the implementation of these principles with regard to indirect taxes.

22. There is no express provision for such material principles of tax justice in the original law of the European Union, though, as BOSELLO said, with regard to EU member states “The constitutional principles that inspire the tax legislation in individual States are substantially the same”². However, some of these principles might be inferred, as mentioned, from the consecration of the right to property as a fundamental right in the original Law. In a way, it would be a parallel process to that achieved by the Member States, which have derived some of these principles from the provision of property rights in their relative national Constitutions³. This approach would allow observance of the principles of economic capacity and especially the principle of non-confiscation.

IV. European Union Tax Law and ban of confiscation on in tax matters

23. As a first approximation, we could define the principle of non-confiscation as the duty of the tax legislator not to apply taxes that cause the cancellation of the economic capacity of the subject, leading to unreasonable taxation. For this reason, non-confiscation could be seen as a manifestation of the right to private property in the tax field.

24. Article 31 of the Constitution, paragraph 1, provides that the tax system cannot result in the confiscation of property. At the same time, the tax system should be set according to the parameters of equality and progressiveness, the “guiding” principles of it. On the other hand, Article 33 guarantees

² F. BOSELLO, *Costituzioni e tributi negli Stati della Comunità economica europea*, *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, n° 2, 1959, p. 1513.

³ An important benchmark about comparative law of tax justice principles could be the German law. In this respect, regarding the German constitutional case law see P.M. HERRERA MOLINA, *Una decisión audaz del Tribunal Constitucional Alemán: el conjunto de la carga tributaria del contribuyente no puede superar el 50% de sus ingresos. Análisis de la Sentencia del BverfG de 22 de junio de 1995 y de su relevancia para el ordenamiento español*, *Impuestos*, II, 1996, p. 1033.

the right to private property and shows at the same time its social function. This social function can be observed from many points of view, one of which, without a doubt, is the duty to contribute.

25. The doctrine, though with varied forms, has recognized the link between the ban on confiscation and the right to private property⁴.

26. Both concepts are defined in two different precepts of our Constitution. The question should be whether this means that they have different or distant meanings, when we consider tax matters. In our opinion, the answer to this question must be negative, and a link between the two concepts or ideas has to be recognized.

27. From a purely technical legal point of view, in a more rigorous and systematic way, it would not be possible to think that two provisions can say the same thing, because one of the two would be unnecessary and normally the legislator, or in this case the constituent, does nothing useless. Thus, one might say that two different rules have to identify two different concepts.

28. The concept of private property is actually a general concept that is applicable in all branches of law, and thus in tax matters. If so, you might think that the general consecration of the right to private property would be sufficient to prevent taxes taking on a confiscatory character. So, what advantage would there be to have an express provision of non-confiscation? Would it have a different meaning?

29. The jurisdiction of European Union institutions on taxation essentially concerns indirect taxes, although there are certain Community provisions relating to direct taxes.

30. The Law under the legislation enactment of the EU institutions has to respect the postulates sanctioned by the regulations of the original law of the Union. Actually, we do not find, in the cited original law, an express manifestation of the essential principles in the field of tax justice. However, nothing prevents the principle of non-confiscation being inferred from some provisions of the original law of the European Union, and in particular from the right to private property.

31. Basically, as concerns tax matters, it is possible to identify a dual line of protection against violations of these principles, deriving both from state regulations and from Community regulations. Consequently, in the presence of violations of these principles, alongside the possibility to bring the action before the Constitutional Court of each state, within the Community, the Court of Justice of the European Union would have competence on the matter of tax harmonization or proper Union resources.

32. A first analysis could lead us to define the principle of non-confiscation in tax matters as the duty of the tax legislator not to set taxes that lead to a levy which can wipe out the economic possibilities of the subject, and that would result, therefore, in unreasonable taxation.

33. When we speak of a tax that wipes out the economic possibility of the subject we do not intend to refer to a tax which allows the subject to have only the minimum subsistence. As a matter of fact, we believe that in order for the levy to be legitimate, what is left in the hands of the subject after the levy should be as close as possible to the economic result of his or her productive capacity (meant as a capacity to produce revenue) and never less than the amount of the tax collected in respect of the parti-

⁴ C. PALAO TABOADA, *La protección constitucional de la propiedad privada como límite al poder tributario*, in *Hacienda y Constitución*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 319-320; G. NÚÑEZ PÉREZ, *La prohibición constitucional de tributos confiscatorios: dos supuestos*, *Impuestos*, n° 22, 1991, p. 8; L. SÁNCHEZ SERANO, *Principios de Justicia Tributaria*, Capítulo IV del *Manual General de Derecho Financiero*, Tomo Segundo, *Derecho Tributario. Parte General*. Granada, Comares, 1996, pp. 91-92; G.J. NAVEIRA DE CASANOVA, *El principio de no confiscatoriedad. Estudio en España y Argentina*. Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 448; L.M. CAZORLA PRIETO, *Derecho Financiero y Tributario (parte general)*, Navarra, Aranzadi, 2000, p. 112; F. GARCÍA DORADO, *Prohibición constitucional de confiscatoriedad y deber de tributación*, Madrid, Dykinson, 2002, p. 90.

icipation in the maintenance of public expenditure. In this regard sometimes the doctrine, in our opinion, has been extremely restrictive in identifying the economic resources that should be legitimately left over for the taxpayer as a result of the tax levy.

34. As we will see later, the consecration of the right to private property sanctioned in the Charter of Fundamental Rights of the European Union goes in this direction.

V. Non-confiscation in tax matters and the fundamental right to private property

35. In our opinion, in virtue of what was claimed above, non-confiscation on taxation matters presents itself as a manifestation of the right to private property⁵ in the tax matter.

36. The Constitutions of European states expressly consecrate the fundamental right to private property in the tax law. We believe that the ban on confiscation should be linked to the right to private property.

37. Yet, we must wonder whether the right to private property, which is a general right valid for the different branches of the legal system, may also be relevant in the field of taxation. If so, it might be thought that the general consecration of the right to private property would be sufficient to prevent taxes from producing effects of confiscation.

38. Non-confiscation can be understood as a limitation to taxation which presupposes respect for private property in the tax law.

39. Private property plays a social function, and tax law must implement a redistributive function of the wealth of a social and democratic state of law. Therefore, although the tax levy necessarily implies a limitation of private property, that levy, in order to be legitimate, cannot completely empty of content the right to property. The levy may limit private property, but it should not completely destroy its contents. In other words, the tax levy may limit the property only up to a certain limit. What is this limit? The one determined by a threshold of maximum taxation which, if exceeded, would affect the very nature of property debasing the private-law content.

40. To put it differently, State constitutions give property an essentially private-law qualification. This is to say that the property and its use must be valid to a greater extent for the taxpayer than for the State. If not, the provisions of the right to private property in the constitutions would have no sense.

41. Private property of the taxpayer cannot have too public a projection; the goods and rights of the taxpayer should never be at the service of the tax authorities to a greater extent than at the service of the taxpayer. This rule would be violated by a tax system that imposes a confiscatory levy type.

42. We could just say that if the State⁶ took over 50 percent of the income, we would be in the presence of confiscatory taxation, as in the pockets of the taxpayers there would remain a *quantum* inferior to the revenue of the State. The same thing would occur, in consumption taxes, if in purchasing a good, the taxpayer ended up *sustaining* tax of more than half of the final price of the goods (tax included); for example, if the product cost 100 € and more than 50 of these corresponded to value added tax and excise duties, we would be dealing with a confiscatory situation, in principle.

⁵ The right to property is born in the civil field, it is consecrated in the constitutional field and it is used in the taxation field. On the relations between civil law and tax law, see M.C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e codice civile*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 6-9.

⁶ And, of course, other public bodies.

VI. Private property in the Charter of Fundamental Rights of the European Union and the material principles on Tax Justice

43. The prohibition on confiscation in the European tax system could be derived from the protection of private property in the European Union. Within Union Law, there is a consecration of the right to private property although not even in this field is protection of the principle of non-confiscation in the tax system expressed. Consecration of the right to private property as part of European Union law, can be identified from jurisprudence of the EU Court of Justice, which has claimed that the general principles and fundamental rights in the Constitutions of the Member States are an integral part (also) of European Union law. In addition, there is the consecration of the right to private property contained in the European Charter of Fundamental Rights. In this Charter, the right to property is covered aseptically, without being classified as private. Yet, the context, in which it appears, leaves no doubt that the meaning of the EU provision refers to private property as the essential core of the right to property.

44. The draft treaty by which the intention was expressed to subscribe to a Constitution for Europe, later replaced by the Lisbon Treaty (from which the content of this Charter has been deleted), sanctioned in Paragraph 1, Article II-17, stated that: Everyone has the right to own, use, dispose of and bequeath his or her lawfully acquired possessions. No one may be deprived of his or her possessions, except in the public interest and in the cases and under the conditions provided for by law, subject to fair compensation being paid in good time for their loss. The use of property may be regulated by law in so far as it is necessary for the general interest. In any case, it is possible to find a similar text in paragraph 1 of Article 17 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, both in the 2000/C 364/01 version, and in the 2007/ 303/01 version, solemnly proclaimed on 12th December 2007, the day before the signing of the Treaty of Lisbon. Thus, the content of the mentioned Charter has attempted to incorporate the text of the draft of European Constitution, which never came to light. However, although this has not been well understood, the Treaty of Lisbon, as we shall see below, provided an express reference to the provisions of the mentioned Charter. On the other hand, in the fifth paragraph of the Preamble of the Charter it is stated that: This Charter reaffirms, with due regard for the powers and tasks of the Community and the Union and the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the Treaty on the European Union, the Community Treaties, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe and the case-law of the Court of Justice of the European Communities and of the European Court of Human Rights.

45. Together with this, and well beyond Community legislation, it must be noted that Additional Protocol 1 of the European Convention on Human Rights⁷ establishes in the first paragraph of Article 1, that “Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions stating later that “No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law”. The second paragraph of the same Article provides that “The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties”. This article is entitled with the inscription “Protection of Property”. The fact that, this article, has to do at the same time with private property and taxes, does not mean that taxes are able to render property meaningless, as this would be, obviously, against the recognition of the protection of private property sanctioned in the very Convention.⁸

46. At the same time, it must be noted that the Treaty on the European Union already established in the first paragraph of Article 6, that “The Union is founded on the principles of liberty, democracy, res-

⁷ A treaty provided for also in the Treaty of Lisbon, as we will see.

⁸ Among the explanations on the Charter of Fundamental Rights (2007 / C 303/02), in the penultimate paragraph of the explanation on the “right to property” it is stated that this law has the same extension and meaning as the one guaranteed by the ECHR.

pect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States”. It is then stated in the second paragraph of the same article that “The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law”. Paragraph 8 of Article 1 of the Treaty of Lisbon (signed in Lisbon on December 13 of 2007), which amended the Treaty on the European Union along with the founding treaty of the European Community, rewrote article 6 of the Treaty on the European Union. Following this change, in the first line of paragraph 1 of Article 6 of the Treaty on the European Union it was stated that “The Union recognizes the rights, freedoms and principles enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union on 7 December 2000, as adapted on 12 December 2007 in Strasbourg, which has the same legal value as the Treaties”. In paragraph 2 of the new version of Article 6 it is also stated that “The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union’s competences as defined in the Treaties”. Finally, paragraph 3 of the amended Article 6 of the Treaty states that “Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute general principles of the Union’s law”.

47. Focusing, specifically, on the issue of fundamental rights with regard to the right to private property, it is useful to start from the Judgment of the Court of Justice of the European Union of 13 December 1979 (Case 44/79), and the more recent judgment of the same Court of 10 July 2003 (Joined Cases C-20/00 and C-64/00). In these judgments it was declared that “fundamental rights form an integral part of the general principles of law which the Court ensures compliance and that, for that purpose, the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have signed or cooperated in,” adding further that “ECHR has, in this regard, special significance.” It is necessary to highlight, along with the other fundamental rights thus protected, the importance of the right to property, and also, according to the quoted judgments, that in the exercise of fundamental rights some restrictions would be allowed only if “they do not constitute, with regard to the aim pursued, a disproportionate and intolerable interference, impairing the very substance of those rights.”

48. Although in European Union Law the principle of non-confiscation in tax law is not expressly sanctioned, the right to private property is definitely recognized. Prohibition for Community rules to imply confiscatory situations in tax law therefore arises from the will to enforce the respect of the right to private property, which is also enacted, as we have stated, by the Community legal discipline. Moreover, contemplation of a fundamental right like this must be considered part of the original law of the European Union, to which its derived legislation must necessarily be subordinated.

49. It follows that the tax laws enacted by the Community institutions, whether they are intended to regulate the European Union’s own resources or to regulate EU tax harmonization, will never produce a content that produces confiscation effects in tax matters; if that were the case, it would violate a fundamental right of the European Union.

50. As long as in the original law of the European Union, there is not an express provision of the material principles of tax justice that could protect European taxpayers and curb the excesses of tax harmonization, protection of taxpayers will not rest on solid foundations. To ensure the protection of the taxpayer and to build solid fiscal harmonization it is necessary to establish the principles of the original law of the Union. To do this a reform of the EU treaties is needed. Currently, within the original law of the European Union the main treaties are the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. In view of its content, it could be said that the latter treaty is the most likely to provide the express statement of the material principles of tax justice in European Union Law.

VII. Rational solutions

51. Under the legitimacy of some goal framed in the Constitution, although unrelated to the need for tax revenues, occasionally legislature reaches levels of indirect taxation apparently too high. Thus, it is necessary to determine what quantitative limit can be derived, even in such cases, from the material principles of tax justice. Defining limits in this regard may help to curb indirect versus direct taxation, making our tax system more progressive and thus more fair, in light of the constitutional principles of tax justice.

52. Article 31 of the Spanish Constitution, a predicate of the tax system, expresses the principle of non-confiscation, which would play its role in relation to this system as a whole, beyond all taxation.

53. However, at the same time we have seen the bond that exists between the ideas of non-confiscation in tax matter and of private property. Their interpretation will always have to be realized from the perspective of justice, since this, beginning from the title of “just” which appears explicitly in the aforementioned precept of the Constitution, becomes a value in itself on tax matters, solving possible doubts in the articulation of the other Principles. However, no matter how uncertain in itself the idea of justice may be, there are some elements which obviously could not be disregarded as a whole, such as the ideas of logic and rationality. The “just” will be increasingly likely to appear as illogical or irrational.

54. As we said, in relation to the tax system, we talk about “system” and “just” in our Constitution. Those requirements, contained in the first paragraph of art. 31 of the quoted text of the Constitution, can be satisfied only by the rationality of the organization of the different tax laws.

55. In the analysis of the idea of rationality in relation to the tax system it is necessary to start from the considerations by Sainz de Bujanda, which necessarily must be considered here. This scholar distinguishes between an “internal rationality” and an “external rationality.” He indicates that “a tax system is rational only if, giving internal rationality to each individual tax; it aims to associate it with external rationality, that is, its ability to combine harmoniously with the remaining charging procedures that integrate together.” This author stresses that “the external rationality of a tax is its capacity to integrate into the system, without breaking the rationality of the latter, which happens if any of the taxes which compose it, added to the others, destroys the basic objectives of the system, and so violates the general principles of tax justice.” He adds that “the technique to achieve this external rationality is that the legislator, when he determines any tax or substantially changes an existing one, verifies with rigor if it may be integrated in the whole without problems.” All this leads to the affirmation that “rationality can-not in any way be separated from the value of “justice” nor from other requirements associated with this, such as security and certainty.” In this way, this author notes that “a tax system, in fact, is rational only if it is right and it can be right only if it conforms to the basic and main regulations of the positive order, contained in the Constitution, and to the general principles of law, principles of natural law tradition”⁹.

56. These words contain considerations that have necessarily to be taken into account.

57. Compared to the two perspectives of rationality mentioned, internal and external, the latter is the one most directly connected with the idea of the system, even though neither of them can be recognized of course in the realization of tax system.

58. If we really want the tax system to be precisely this, it cannot only consist of an accumulation of taxes, but also of harmonious interweaving of them. To the extent that it is not a mere sum of taxes, but also a harmonious set of these, rationality will be much greater and, in its working, as we have seen, the justice which must prevail in the tax system will be even greater.

⁹ F. SAINZ DE BUJANDA, *La Contribución Territorial Urbana. Trayectoria histórica y problemas actuales*. Valencia, Consejo General de Cámaras de la propiedad urbana de la Comunidad Valenciana, 1987, pp. 5-15.

59. Analysis of whether a tax system as a whole is confiscatory or damages the overall ability of the subject can be difficult. It must start from compliance with the constitutional principles of tax justice of each tax in particular. Later, it has to move on to analysis of conformity with the Constitution regarding the confluences of taxes on the same manifestation of economic capacity and, thus, of cases of multiple taxation on the same subject.

60. From the analysis of a single tax we would move on to the taxes added to it. This allows us a more precise and rigorous review and observation of the justice on tax system justice as a whole. As a result of this analysis specific cases of unconstitutionality could be highlighted or we could understand that there are none. However, what would be proven would be possible situations that, even keeping within the precise limits of the constitution, would come close to the limit of the rationality, the systematic nature, of the good technique and of the order of the tax system as a whole.

61. Therefore, we consider that a useful technique for the analysis of the rationality and constitutionality of the tax system is to begin from the rationality and constitutionality of each taxation and subsequently to move on to investigation of the implications of the technical appropriateness and constitutionality of cases of multiple taxation, as a confluence of certain taxes, thus contributing to the understanding and consideration of a more rational tax system as a whole.

62. It may happen that each aspect of the tax system individually taken, apparently responds to the principle of economic capacity. However, against unreasonable accumulation of taxes, the tax system as a whole could levy on the subject a higher contribution to public expenditure than the one they would pay on the basis of their global economic capacity, reaching confiscatory limits.

63. On the other hand, Moschetti explains that elements of rationality are coherence between the objectives that the legislator has set and the means used to achieve these aims, consistency between individual provisions and the system in which the rules are set, proportionality between the means and the purposes, and proportionality between loss of a legal value and satisfaction of other legal values¹⁰.

64. Thus, when the legislator pursues an apparent extrafiscal end, very often it leads to an illogical situation, when the means used do not help to reach that objective, as we have already had occasion to point out.

65. So ideas of rationality and justice should preside over interpretation of the ideas of non-confiscation and private property in tax law. In this way, the application of these ideas, which do not prove rational, are unlikely to be considered right.

66. It is very difficult to determine whether the tax system as a whole is or is not confiscatory. In relation to what was said above, all taxes (not only direct ones) above 50% of the total income of the subject would begin in principle to clash with the patterns that today social consciousness would recognize as rational.

67. However, as we said, applying this limit of 50% to the tax system as a whole can be very difficult in relation to the variety of situations that may be occur in real life, and especially compared to combined direct and indirect taxation. A subject may pay tax that is more than 50% of his or her income and in his on her life, not perform actions of consumption that submit him or her to sustain for these a greater tax burden than the value of what he or she buy for consumption. Moreover, we could find other subjects whose overall contribution for all direct and indirect taxes does not exceed 50% of their income and for whom it is usual to perform actions of consumption where the tax burden incurred for these is higher than the value of what they buy for consumption.

¹⁰ F. MOSCHETTI, *La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche, Le ragioni del Diritto Tributario in Europa (Giornate di Studi per Furio Bosello)*, Università di Bologna, www.berliri.giuri.unibo.it, 2003, p. 4.

68. Hence, in the search for demarcation of the principle of non-confiscation, seeking that rationality we talked about and implementing a fair tax system, we have to start through the analysis of every tax and the set of taxes on the same wealth. Then, regarding neither this rationality; nor the tax system as a whole nor any tax considered individually or situations of accumulation of taxes on the same manifestation of economic capacity will prove to be confiscatory or to damage private property rights in tax matters.

69. Consequently, the resolution of situations of conflict regarding non-confiscation in tax matters, complying with the idea of private property in the most rational possible form, should start by examining each tax, determining whether it is confiscatory or not, and then, if not individually found to be confiscatory, we should evaluate the accumulation of tax on a single manifestation of wealth. Later, once its confiscatory nature was determined, its unconstitutionality would be clear, although the tax system as a whole did not reach the limit described above. And, before that, if the tax system as a whole, with a large majority of taxpayers, exceeded the aforementioned limit, the system would largely suffer from being confiscable and thus, unconstitutional, although its taxes or partial accumulations did not give this appearance examining them individually.

70. Specifying all the stated ideas and the limits of what the tax system as a whole can expect, the tax on some consumptions may already be confiscatory. Therefore, in relation to the consumption of each type of good, in particular, we must proceed by determining whether each tax individually considered can be confiscatory and then evaluate the accumulation of taxes, that is, the circumstances of double or multiple taxation on each consumption and in particular whether they can be confiscatory. To this end, neither each tax individually considered nor the set of taxes on consumption of any type of goods can be a greater tax burden than the value of what enters the assets of the subject, which is what can be consumed. A violation of this limit implies rupture of the idea of private property. In order to consume it more than twice what enters would outflow. Public finance would take away more than what we have acquired is worth, and property would become more public than private. This would be something irrational and, as such, clearly unfair.

71. According to what has been said, we mean that there should be a limit on non-confiscatory taxation on consumption, and thus respect for the right of private property in this area of taxation, examining it not only in reference to consumption in general in its totality, but also in relation to the consumption of each type of good whose taxation in itself could be identified as confiscatory.

72. Excise duties were born with an intended extra fiscal purpose, looking for a higher tax burden for certain consumptions which the governments were trying to limit, thus making up for their high social cost or environmental impact. What happens is that this tax burden, higher because of certain specific consumption through excise duties, should be added to the tax burden by consumption itself, as any product or service in general, through

73. Value-Added Tax. What really happens is that in the latter tax you must pay not only for the price of the consumed product itself, but also for the tax burden which has represented the corresponding excise duty, with the exception of the excise duty on certain means of transport.

VIII. Excise duties

74. In the perspective of the EU legal system, the debate concerning the current issues of the excise duties is normally focused on two points. On the one hand, the question is if these indirect taxes are compatible or not with their non-tax rationale of the protection of the environment. On the other, we find the consideration that the lack of a tighter fiscal harmonization of these taxes in the EU could imply an issue for the free competition in the Member States, considering that some differences on the taxation

of the energy or of the energetic products between the single States could distort the competition, pushing the companies that have to consume a lot of energy to establish themselves in other countries, where the taxation on the energy is lower.

75. In other cases, however, the creation of new indirect taxes on specific consumptions by the European countries, out of the category of the harmonized excise duties, rises the discussion over this new indirect taxes, concerning their compatibility with the Value- Added Tax, regulated also by the article 401 of the Directive 2006/112/CE of the Council, of the 28th November 2006, related to the common system of the Value-Added Tax. This directive replaced the former Sixth VAT Directive; specifically, the article 401 of the Directive 2006/112/CE replaced the well-known article 33 of the former Sixth VAT directive in a similar way.

76. The EU Commission through different proposal for directives, tried to harmonise the indirect taxes on the circulation of the vehicles in the Union, with the purpose of adapting further these indirect taxes to the protection of the environment, taking into consideration the CO2 emissions of the vehicles. Pursuing the same perspective, the Commission made as well an effort to abolish the registration taxes, but even after a transitional period, still hasn't reached its goal.

77. At the same time, the EU Commission also tried to raise the minimum harmonized tax rates of the fuels on the tax on hydrocarbons in the Member States, but also this go as hasn't been achieved, yet.

78. Facing some indirect taxes like the excise duties where the tax rate is remarkably high, the lack of a consolidated European doctrine on the subjects of the principles of tax justice and, more specifically, of tax harmonization is even more noticeable.

79. Excise duties were born with an intended extra fiscal purpose, looking for a higher tax burden for certain consumptions which the governments were trying to limit, thus making up for their high social cost or environmental impact. What happens is that this tax burden, higher because of certain specific consumption through excise duties, should be added to the tax burden by consumption itself, as any product or service in general, through Value-Added Tax.

80. What really happens is that in the latter tax you must pay not only for the price of the consumed product itself, but also for the tax burden which has represented the corresponding excise duty, with the exception of the excise duty on certain means of transport. We would be dealing with a problem in relation with Excise Duties on Fabrication and the Excise Duty on Coal.

IX. Realization of the parameters of the current non-taxation purposes

81. It may be difficult to find an indirect tax that has a purely non-taxation purpose, *i.e.* a tax through which the tax legislator tries to limit, or even remove, the activities harmful for the environment, the health or any other value constitutionally guaranteed. Indeed, the indirect taxes tailored as taxes that have a purely non-taxation purpose, normally, or even primarily, have a clear tax collection function. Among these, many of them apply to products connected to the old tax monopolies existing before the accession of a Member State to the European Communities. In particular, these are products that generate plentiful tax revenues which the tax legislator does not want to lose. In relation to these taxes, therefore, non-taxation models pertaining to the indirect taxes that purely has non-taxation purpose are not in line with the political / social purposes that such taxes should put in place, due to the great role of the taxation and of its collecting tax function mentioned above. In addition, the European Union, when it comes to harmonize the indirect taxes to which the referred products are subjected to, mainly try to avoid problems of tax free competition between Member States instead of finding a really non-taxation purpose. These can only lead to a non-taxation policy without coherency in its development which does not cease to be a mere excuse to keep an excessive taxation.

82. The principles of tax justice should apply also to a tax that has a non-fiscal purpose though this does not always happened. Moreover, the fact that these taxes are usually indirect taxes and that – in these cases – the principles of tax justice do not apply adequately (and even less in the European law), eliminate useful parameters that could be used for the implementation of these taxes. Also for these reasons, the implementation of a system of taxes that have a purely non-fiscal purpose may be difficult to set up.

83. The non-tax purposes do not have to respect only the constitutional discipline, but also the European one.

84. In most countries, when the tax system becomes confiscatory has not been specified. The few attempts to specify when the prohibition of confiscation is violated have focused primarily on direct taxes, which are those that can be more adjusted to progressivity. The greater weight of direct taxes – mainly of progressive direct taxes– than the indirect ones –essentially proportional– is what can help ensure the tax system as a whole to act progressively. This requires moving towards a specification of the principle of non-confiscatory in relation to indirect taxation, as a limit to this and, thus, as an impulse to greater progressivity of the tax system.

85. In some way it could be said that the legal certainty of the European Union taxpayer does not conform to the schemes of modern constitutional States. The tributary systems of the different States necessarily are shaped from the basis of the principles contained in their Constitutions, essentially their material principles of tax justice. These should be dealt with both in their specific configuration, where appropriate in the corresponding constitutional text, and in the deduction of them made by constitutional jurisprudence, sometimes starting from the constitutional recognition of fundamental rights. If European Union law aspires to further development and legitimacy, it should necessarily start from the articulation of principles of tax justice in the discipline of the Union. In the absence of a European Constitution, the deduction of such principles is only possible from the fundamental rights included in the law of the Union. Moreover, even the failed draft European Constitution did not expressly address this need. Later, in the norms derived from Treaty of Lisbon neither the Treaty of the European Union nor the Treaty on the Functioning of the European Union addressed expressly this need. Only by laying solid foundations in this respect, a harmonized European tax system will be legitimately achieved to be developed on such foundations.

86. The fiscal harmonization in the European Union is principally centred in the indirect imposition. At the same time, the principles of tax justice are found less developed -in the doctrine and in the constitutional jurisprudence of the States- on the themes of the indirect taxes, also considering what happens with the subject of the direct taxes. To this we have to add that neither in the Treaty on the European Union neither in the Treaty on the functioning of the European Union, we find an express consecration of these principles. To all of this we need to think also to the equilibrium that has to exist, for some of the indirect taxes that are subject to fiscal harmonization, to respect both the principles of tax justice and the non-tax purposes of the environmental protection that the institutions are trying to pursue. Against this background, there are not some clear parameters that could be used as limits in the activities of the European Union in this area and the solution could be found in the interpretation of the discipline of the fundamental rights from the taxation perspective. Facing some indirect taxes like the excise duties where the tax rate is so high, is even more evident the lack of a consolidate doctrine in the European Union on the subjects of the principles of tax justice.

X. Ethics and Environmental Tax Law from a globalized perspective

87. Discussing ethics in terms of Environmental Tax Law brings about a much broader thematic scope, such as the connection between Ethics and Rights, Moral Norms and Legal Norms, which already is a difficult topic to deal with. We would obviously be looking for Social Ethics (or a Social Morality) beyond Personal Ethics (or a Personal Morality), but it is not easy to find Social Ethics of wide dissemi-

nation. There could be as many Social Ethics as different societies or (as many) as social groups within a society.

88. All this situation becomes more complicated when we look at the International Society, since apart from it being difficult to find shared ethical aspects in the various societies within the various Member States of the International Community, it is also hard to find unequivocal ethical aspects at the (lower) level of geographic areas which group the various Member States.

89. It sometimes seems almost impossible to find common ground in the combination of Ethics and Rights when we add the problems of separating Ethics and Religion and the fact that there are far more widespread religions in the Western world and other religions in the Eastern or South-Eastern world. Whenever some religion does not value the Right to Life enough, without which the rest of the Rights could lose their meaning, it seems hard to think of finding a basic International morality. Thus, it would obviously be more difficult to find an International law morality and far more difficult to find an International environmental law morality.

90. The relationship between the person and the environment is something that can, to a large extent, arise from individual sensitivity, which goes much further than the morals of the International Community's different geographical areas. As a result, a specific social group within a particular geographical area can develop Environmental Sensitivities.

91. Furthermore, the different economic options or economic ideologies and, ultimately, the great options or alternatives to socio-economic policy can indubitably influence the different options for environmental policy.

92. Although globalization is often seen as an economic issue, it could also be seen differently. Thus, it could be considered to be not only economic but also cultural or social. An example for this could be the obviously positive effects of using rightly understood globalization to improve women's rights in some geographical areas at international level.

93. Often, some of the very influential States manage to impose, at a global level, globalized behavioral economics, yet they fail to take into account the importance of environmental sensitivities. Obviously, Environmental protection involves significant costs and an apparent income loss, in appropriate legal and economic terms.

94. But this financial cost is merely apparent and short-term, since climate change impacts can be unpredictable or at least known to be negative, even negative from an economic perspective. Evidently, one of the best future investments will be an environmental investment.

XI. States, governments, law-makers and tax-payers

95. The only way to find a meeting place legitimately shared by all within the international community could eventually lead us towards the field of fundamental rights or, at least, as part of these, of those we may rightly call human rights.

96. The tax-paying citizen cannot renounce their fundamental rights. The State has to respect their fundamental rights. Constitutional tradition of fundamental rights fused with the legal corpus of the European Union.

97. The law-maker can only charge the full weight of environmental tax treatment on the tax-payer to the extent that it respects their fundamental rights. Within these rights we find the right to property.

98. It is the Government's duty to find ways to protect the environment through environmental tax regulation which do not damage the fundamental rights of the tax-payer. Furthermore, excessive taxes normally prove to be ineffective in terms of environmental protection.

99. This is why raising our voices against the current environmental tax regulation should not be considered unethical or immoral, especially since fiscal excesses may involve a violation of the tax-payer fundamental rights. Besides, this in turn frequently involves an infringement of the material principles of tax justice. What may well be unethical or immoral is the attempt to camouflage behind alleged environmental goals what only intends to generate tax revenue. In order to do this, certain services and goods, which the tax-payer finds almost impossible to do without, are heavily taxed, leaving them with no real alternatives.

100. The environmental policies of Governments should move beyond environmental tax regulation, or at least should not have the latter as the main actor in the process, since this has not proved effective in fighting climate change.

101. The powers that be cannot charge tax-payers with an imaginary ethical component based on false environmental extra-taxation. What has been unethical is law-makers' attitude, which under cover of an alleged environmental aim have been simply trying to obtain easy revenue. The best environmental tax is the one which does not yield any revenue, because this would mean that no polluting taxable event or activity has taken place. If the revenue obtained from taxing a given behaviour or activity detrimental to the environment is small, we can consider it a success because it would involve that the activity in question, which would have damaged the environment, has been rare. However, this is not the idea guiding the law maker when they qualify as extra-fiscal taxes the purpose of which is not really to protect the environment but to collect revenue.

102. Consequently, governments should explore ways to protect the environment and to fight climate change which go way beyond tax-collection, reducing the presence and importance of current environmental tax-regulation, which has proved to be, so far, useless.

103. Is it ethical to charge the citizens with taxes of an apparently environmental nature, when they have no other option but to employ fossil fuel vehicles? Let us think, for instance, in those citizens living in rural areas, away in the mountains, far from major urban centers. Would it be ethical to treat them in the same way than those inhabiting big cities? From a purely technical fiscal perspective, the treatment in both cases should be the same, but the former would be greatly harmed since we would be dealing with an indirect taxation on a specific consumption that they cannot escape or avoid.

104. Couldn't we consider positive, from an environmental perspective, to avoid measures damaging those inhabiting rural areas which should not be abandoned? Not only from a fiscal perspective but from a moral or ethical one, both in an individual and a collective sense, it is necessary to deeply revise the standard parameters employed in environmental tax regulation, or in that tax regulation which is only apparently environmental.

XII. Courses of Action

1. State Level

105. Apart from what is determined in every State's constitutional law, if the national legislator acts wisely enough in order not to run into over-taxation, situations of apparent violation of material principles of tax justice could be avoided. It is true that when we deal with harmonized taxes according to the European Union directives, when these directives establish a minimum amount for the States to

apply as a tariff rate or as charges, and when the State law adjusts to the compulsory limit, the European Union –and not the relevant Member State—would take responsibility for the possible extra-taxation.

106. On the other hand, it is also true that the Unanimity Rule is legislated in the (community) production regulations, regarding taxes. Therefore, in order to adopt a tax harmonization directive it will have been necessary that every Member State, through their government representatives, has previously agreed to the adoption of the directive in question. Just one Member State opposing to it in the Council of Ministers would be enough to prevent the tax harmonization directive from being passed. A certainly different matter would be the political pressures that, not legally but factually, some Member States may decide to use upon others to influence their decisions regarding the adoption of a directive submitted by the EU Commission. In any case, the EU would be imputed for any over-taxation caused by a minimum set through a tax harmonization directive: a minimum to be applied by member States in the corresponding harmonized tax.

107. If, formally, the responsibility would correspond to the EU, we must not forget what has been explained regarding the Unanimity Rule that articulates EU Law and is required to pass any tax harmonization directive. In this sense, each and every member State would equally be responsible, on a second level, for having agreed in the Council to the approval of the directive. Consequently, it should not simply be a political and economic assessment what every Government must make before making explicit its consent to the application of a directive, but also a legal one, taking into consideration the material principles of tax justice, mostly from the status of those same principles in the State's Constitutional practice.

108. Whenever the State's national legislation establishes, for harmonized taxes, a tax rate superior to the minimum set in the Community's tax harmonization directives, considerably more attention should be paid. The reason is that the responsibility for that excess will correspond exclusively to the States. The latter will have to make sure that the excess over the Community's minimum does not violate its Constitutional principles of tax justice.

109. In this process of regulatory creation, States must keep in mind that taking into consideration the protection of environmental constitutional interests through extra-fiscality cannot, in any way, totally cancel the –also constitutional- principles of tax justice. And, in connection with these same principles, we cannot forget either that their interpretation according to constitutional jurisprudence is almost more relevant than the literal transposition of those principles in the Constitutional text. A detailed description of such principles is of little use without a committed intervention of the Constitutional Court of each State, an intervention which should be willing to define and specify these principles.

2. European Union Level

110. According to all the above, the best option would be that, in a future reform of either the Treaty of the European Union or, more simply, of the Treaty on the Functioning of the European Union, the material principles of tax justice, to be taken into consideration by fiscal harmonization directives, were explicitly included. Since the fiscal competences of the European Union mostly fall upon indirect taxation, the specificities of the latter within the field of tax justice should be considered.

111. In the meantime, we cannot but deeply explore the field of Fundamental Rights in the EU, mostly through a redefinition of the right to property also addressed towards indirect taxation.

112. Likewise, European Union institutions must improve their production of fiscal legislation, striving for the utmost coherence when combining extra-fiscal environmental criteria with those of competition among States and with the material principles of tax justice. Neither the imperative application of a set of criteria, nor the application of others, may cancel the effects of the principles of tax justice, much less in those cases in which they stem from fundamental rights included within Community discipline.

113. European Union institutions should make possible to visualize, with more clarity and transparency, which are the specific criteria inspiring each tax harmonization directive, and they should also build the latter making sure it coheres with those criteria; the limits that cannot be left void of content cannot be ignored, though.

114. Besides, in the European Union, to the effects here seen, to recall that there is such a thing as the principle of proportionality would be in order.¹¹

XIII. Case-Law Considerations

115. I have already suggested that the interpretation and introduction of the principles of tax justice in the Constitutional jurisprudence of each one of the member States of the EU may be as important as the description or consideration of these principles within those same Constitutions. The letter of each one of the Constitutions is as important as the interpretation that the Constitutional Courts of each member state makes of the aforementioned principles.

116. The actual form of the description in writing of such principles will depend on the scope and reach of the social dimension that constitutionally articulates each State as well as on the extent of the tradition of its socio-economic policies.

117. Occasionally, in those States whose Constitutions hardly make any reference to the principles of tax or fiscal justice we may, on the other hand, find Constitutional jurisprudence which has made a useful and coherent description of those principles. Sometimes this is achieved through the introduction in the Constitution of a fundamental right, such as, for instance, the right to property. In this sense, we can mention, as a relevant example, related pronouncements of the Constitutional Court of Germany.¹²

118. On the other hand, a highly detailed Constitutional description of the principles of tax justice is sometimes not adequately accompanied by a sufficient Constitutional jurisprudence. Spanish Constitutional jurisprudence is a good case in point. Thus, although the Spanish Constitution explicitly mentions in Section 31.1 progressive taxation, explaining that it will not be of a confiscatory scope, and in Section 33 it describes the right to private property, the Constitutional Court of Spain, even when it had the opportunity to do it, has not clarified from which percentage taxation is considered to become confiscatory.¹³

119. Furthermore, it went as far as uttering the truism that income tax should be considered confiscatory whenever its rate of taxation reaches one hundred per cent:¹⁴ It did not even refer to the top marginal rate, which –after all- would have still been a platitude.

120. If we go from the Constitutional jurisprudence of the UE member States to that of the Court of Justice of the European Union, the shortcomings of existing case-law become much more apparent. To a certain extent this could be explained as a consequence of the non-existence of –as we saw- an explicit reference to such principles neither in the Treaty on the European Union nor in the Treaty regulating its functioning. In any case, and as we could see, the right to property is explicitly referred to and set forth within the area of fundamental rights in European Union Law. Let us remember that some

¹¹ Section 5 of the Treaty of the European Union.

¹² See its 22 June 1995 ruling setting a fifty per cent limit on direct taxation. For further analysis see the above mentioned P.M. HERRERA MOLINA.

¹³ To exemplify these ideas we may mention the following legal basis of some Rulings by the Spanish Constitutional Court: legal ground 11 of the 14/1998 Ruling of 22 January; legal ground 23 of the 233/1999 Ruling of 16 December; legal ground 11 of the Ruling 194/2000 of 19 July; or legal ground 2 of the Ruling 26/2017 of 16 February.

¹⁴ Indeed, the Constitutional Court of Spain, in legal ground 9 of the Ruling 150/1990 of 4 October, specifically argues that «the confiscatory effects of a an Income Tax with a progressivity that reached 100%» would become apparent.

material principles of tax justice could be inferred from this Right, just as the Constitutional jurisprudence of some States have done.

121. Having explained the above, it must be emphasized that the Court of Justice of the European Union did not make a pronouncement on the potential excess of some tax rates when it had the chance, sorting out the case through other procedures. We can recall, for instance, a case in which the Court of Justice was considering the taxing of vehicle registration in Denmark with a tax rate of 180 per cent¹⁵, together with the general taxing of each vehicle by the VAT. It is also true that the Court of Justice was not dealing with a tax harmonized according to EU regulations but, still, there were reasons for this Court to take cognizance of this case –as it did- although it eventually decided not to deal with all the possibilities it offered.

122. Leaving aside all of the above in connection with a non-harmonized tax, we must add to everything discussed so far the complexity proper to harmonized taxes according to EU directives, which are mostly indirect taxes. Let us remember –as we have suggested- that doctrine and jurisprudence regarding material principles of tax justice are far more developed, at a State level, in relation with direct taxes than they are with indirect taxes.

123. Likewise, we must be clear that –as we have already seen- harmonized taxes move across the aforementioned line of alleged justification from an environmental perspective. This activates the already mentioned related extra-fiscal files which, although including some complexity, cannot ignore or empty of significance traditional principles of tax justice.¹⁶

124. From the standpoint of tax harmonization, the relation among extra-fiscal environmental protection, free fiscal competition among States and the search of material tax justice, it entails as we could see a triple dimension which although difficult to coordinate must be faced in a coherent way.

125. Yet, beyond tax harmonization, the presence of the right to property within the European list of fundamental rights opens new opportunities for the Court of Justice of the European Union, protected by other potential Community implications, to go beyond strictly harmonized taxes according to EU directives.

126. To be sure, in relation with the fiscal relevance of fundamental rights –even from a material point of view- the progress of the jurisprudence of the European Court of Human Rights¹⁷ is more remarkable than that of the Court of Justice of the European Union.

¹⁵ The Court of Justice of the European Union, in the Sentence of 17 June 2003 (Case C-383/01) made a pronouncement on a preliminary ruling regarding the *Lov om registreringsafgift af motorkøretøjer* (Danish Law on Vehicle Registration) in its codified version on 14 April 1999. This preliminary ruling dealt with the tax accrued upon the first registration of the vehicle on Danish territory, with a tax rate of 105% on the first tax bracket, and 180% over the rest of the total price. The Court of Justice settled this preliminary ruling according to the principle of the free circulation of goods, given the prohibition that a member State taxes, either directly or indirectly, the products of the other member States with internal taxes exceeding those taxing directly or indirectly similar national products. This particular case stemmed from the lack of national vehicle production in Denmark. Yet, the Court of Justice established through its sentence that the free circulation of goods had not been disrupted by the aforementioned tax.

¹⁶ Now a reference to some rulings by the Constitutional Court of Spain seems to be in order. This Court has asserted that the establishment of «taxes of a mostly extra-fiscal nature» can only be implemented «respecting the demands and principles stemming directly from the Constitution (art. 31)». In this sense, see legal ground 13 of the Ruling 37/1987, of 26 March. Likewise, see legal ground 4 of the Ruling 186/1993, of 7 June. Among the demands and principles mentioned, that of not being allowed to create confiscatory situations should be included. It is remarkable that the Constitutional Court of Spain specifically states that extra-fiscal taxes also have to respect the material principles of tax justice. Yet, it is nonetheless questionable, in connection with these rulings and as we also saw in relation to others, that the legal reasons exposed did mention confiscation in fiscal issues only to reject that it occurred in the cases studied; the Court, on its part, did not bother to explain in these rulings when taxes may become confiscatory.

¹⁷ On the jurisprudence of the European Court of Human Rights regarding the balance between the right to property and the fiscal interest of the State, see M. POGGIOLI, *Indicatori di forza economica e prelievo confiscatorio*, Padova, CEDAM, 2012, pp. 181-184.

127. In this sense, it should be emphasized that a Court not belonging to the institutions of the European Union, such as the European Court of Human Rights, has even made a pronouncement regarding the tax percentages of a member State of the EU, establishing whether they are excessive or illegitimate.¹⁸

XIV. Final considerations

128. It is quite difficult to combine these four concepts or ideas, namely: indirect taxes, principles of tax justice, fundamental rights –or even human rights- and, lastly, environmental extra-taxation. Most approaches have neglected the analysis of the relations among these four concepts. But, at the same time, jurisprudence has not attempted either to clarify them, especially when given the chance to specify in some detail this legal situation. It has, instead, tried to sort some of these issues out through other more limited interpretive devices.

129. We are persuaded that the European Union Court of Justice should play a major role here, especially since the more important indirect taxes, such as VAT and excise duties, are harmonized according to EU directives and through the shaping of some of these duties environmental purposes are aimed at. All the above with the additional burden of having to determine what are the limits of a true articulation in terms of environmental issues, and when we start to deal with an attempt to avoid free fiscal competition issues among States.

130. Within European Union Law we find various areas related with fiscal issues: firstly, we find community fiscal harmonization, which attempts to bring together the fiscal legislation of different member States in various fields. Then, we have the resources of the Community itself, which constitute a source of funding for the EU. Lastly, we have the cooperation in the implementation of taxes which the Community's institutions impose on all member States. This final area of European Union Law, that is, this obligation to cooperate among different fiscal institutions sometimes has an effect on the Community's own taxes, and sometimes on harmonized State taxes. This means that this cooperation could be included within one of the two areas previously mentioned: either that of the Community's own resources of a fiscal nature, or that of fiscal harmonization. Yet, this regulatory action by the EU, which consists on imposing upon the member States the duty to cooperate among them in order to apply taxes, occasionally affects taxes which are neither part of the EU's own resources nor harmonized taxes according to directives of the Community. In this sense, we would be facing another, third, area different from the previous ones. This will be so unless we understand we are carrying out the fiscal harmonization on a formal level, that is, not in terms of the material or essential nature of the tax, but of their effective, or formal, application.

131. Out of the various fields pointed out in the above, the quandary of the principles of tax justice within European Union Law basically affects the area of fiscal harmonization, although it may well also have an impact on some specific fiscal tools of the European Union, such as customs duties. However, when giving shape to these the priority should be, for its own nature, the protection of the common market against those goods coming from overseas, non-EU, markets.

¹⁸ In this sense we may, for instance, refer to a case related to Hungary. This State imposed a special taxation on rents based on compensations for cessation of work in the public sector, taxing at a rate of 98 percent the amount exceeding the equivalent of (Hungary does not have the euro) approximately 12,000€. Because of this, without limiting the foregoing, the European Court of Human Rights, through its ruling of 14 May 2013, condemned Hungary for violating, through this fiscal measure, the right to private property.

COMENTARIOS SOBRE EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN SEDE ARBITRAL INTERNACIONAL, SU FUNCIONALIDAD Y SU INTERRELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

SOME REFLECTIONS REGARDING INTERNATIONAL PUBLIC POLICY IN INTERNATIONAL ARBITRATION, ITS FUNCTIONALITY AND ITS INTERDEPENDENCE WITH PUBLIC INTERNATIONAL LAW

LUIS A. LÓPEZ ZAMORA

*Doctoral Researcher en el Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht del Christian
Albrechts Universität zu Kiel (Kiel, Alemania)*

Recibido: 25.06.2018 / Aceptado: 10.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4387>

Resumen: El derecho del arbitraje internacional no es estrictamente internacional ni doméstico. A decir verdad, aquel cuerpo legal constituye un producto de la voluntad de las partes que han elegido resolver sus litigios mediante aquel tipo de mecanismo de solución de controversias. Ahora bien, aunque ello es así, dichas atribuciones presentan ciertos límites. Y es que, los laudos arbitrales internacionales formulados bajo aquellas libertades, son en estricto una forma de justicia privada y, como resultado de ello, los Estados en donde los mismos busquen ser ejecutados podrán rechazar su implementación en ciertas circunstancias. Una de aquellas circunstancias se produce cuando un laudo arbitral infringe el orden público (ordre public) del Estado donde éste busca ser ejecutado. Esta es una regla ampliamente reconocido, sin embargo, genera un problema. Y es que, la noción del orden público es contingente por naturaleza y, dado ello, ha sido necesario que su aplicación proceda solo en circunstancias excepcionales. Como resultado de esto, algunos académicos y tribunales estatales han tratado de formular una noción del orden público de tipo internacional con el fin de establecer un contenido más restrictivo a aquella excepción. Sin embargo, esta terminología ha sido construida solo como una forma de identificar una sub-sección del orden público estatal. Esto lleva a ciertas preguntas: ¿Está el arbitraje internacional y, sus instituciones, circunscritas a elementos puramente domésticos? ¿Dónde queda la faceta internacional de los contratos de comercio internacional y de inversiones si la excepción del orden público fuese a ser analizada desde un enfoque puramente estatal? Estas dudas han sido –tomadas en cuenta de alguna forma, en algunos sistemas legales, en donde el uso del orden público internacional ha sido estructurado en términos verdaderamente internacionales. Sin embargo, esto último también crea interrogantes a plantearse: ¿Qué implica hablar del orden público en el plano internacional? ¿Cuál es su contenido y, puede ser utilizado de forma práctica para excluir la ejecución de un laudo arbitral internacional? ¿Cuál es el rol del Derecho Internacional Público en todo esto? ¿Si el verdadero orden público internacional es utilizado, será aquel un punto de contacto entre el Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado? Estas y otras interrogantes serán tratadas en este espacio.

Palabras clave: arbitraje internacional, orden público, orden público internacional, ejecución de laudos arbitrales, relación entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado.

Abstract: International arbitration is not domestic nor international in nature. In fact, the law applicable to that kind of proceedings can be considered a byproduct of the will of private parties. However,

this wide attribution recognized to individuals have some limits. In this regard, it must be born in mind that arbitral awards represent a sort of private justice and, therefore, States requested to execute those kind of decisions can refuse their enforcement within their jurisdictions. One scenario that entails the non-enforcement of and arbitral award happens when the decision collides with the public policy (ordre public) of the State where is supposed to be implemented. This is widely recognized as a fundamental rule in international arbitration, nevertheless, a problem arises. The notion of public policy is contingent in nature and, because of that, it requires to be applied in very specific circumstances. That is why some academics and state tribunals have formulated the notion of international public policy as a term directed to narrow the content of that institution, but using to that end purely domestic legal content. In this sense, the term international public policy emerged as a merely sub-section of domestic public policy divested of any international meaning. In that context: ¿should international arbitration institutions (as the exception of ordre public), be understood by purely domestic elements? ¿Where would be the international aspect of international commercial contract or investment if the exception of public policy is analyzed by purely domestic constructions? Those doubts have pushed in some systems, the formulation of international public policy in truly international terms. This is somehow welcomed, however, this usage creates additional doubts: ¿What does a public policy of the international realm entail? ¿What is its content and, can that be used in practical ways to exclude the enforcement of and international arbitral award? ¿What is the role of Public International Law in all of this? ¿If truly international public policy is used by domestic tribunals, would that be a point of connection between Public International Law and Private International Law? These and other questions will be entertained in this paper.

Keywords: international arbitration, public policy, international public policy, enforcement of arbitral awards, public international law – private international law relationship.

Sumario: I.Introducción. II. El Orden Público como Concepto Legal Transversal. III. El Orden Público Interno e Internacional y su Utilización en el Derecho Internacional Privado. 1. El Orden Público Interno como Límite a la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. 2. El Orden Público Internacional como Límite a la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. 3. Un Avance no solo para el Derecho Internacional Privado. IV. A Modo de Conclusión: Otros Entretelones del Uso del Orden Público Internacional en el Contexto de Laudos Arbitrales.

I. Introducción

1. Desde la perspectiva del internacionalista público, el derecho relativo a los arbitrajes internacionales privados (comerciales y de inversión extranjera) representan un cuerpo normativo mixto y complejo, caracterización que –a primera vista– no pareciera justificar una especial atención publicista teniendo en cuenta los efectos públicos limitados que tendrían los laudos arbitrales internacionales privados. Y es que, aunque este método de resolución de disputas está estrechamente vinculado al funcionamiento del comercio internacional global y a las inversiones (y, por ende, relacionado al mantenimiento de la economía global), al mismo tiempo sus efectos concretos involucran intereses particulares. En contraste con esto, en el Derecho Internacional público¹ los procedimientos arbitrales han incidido en temas relacionados con la delimitación de fronteras, el desarme, la protección de poblaciones, reparaciones inter-estatales, entre otras materias. Es decir, el arbitraje en el Derecho Internacional ha promovido y fortalecido la paz global.² Teniendo en cuenta esto, desde aquel enfoque el arbitraje internacional

¹ Ω Investigador doctoral en el Walther-Schücking-Institut für Internationales Recht del Christian Albrechts Universität zu Kiel (Kiel, Alemania).

² El arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre entidades políticas, se ha utilizado en diferentes momentos de la historia. Sobre este tema véase: H. S. FRASER, “Sketch of the History of International Arbitration”, *Cornell Law Quarterly*, Vol. 11, N° 2, 1926. pp. 179-208.

² Ya Grocio en su obra fundamental, *De Jure Belli et Pacis*, hablaba sobre la relevancia del arbitraje en la consecución de la paz. Véase: H. GROCIO, *De Jure Belli et Pacis*, Libro II, Capítulo 23. 1625. Para. VIII.

contemporáneo en donde una de las partes es un individuo (arbitrajes de inversión) o incluso, en donde ambas partes, lo son (arbitrajes comerciales)³ pueden ser percibidos como instancias de relevancia limitada para el sistema legal internacional en su conjunto. Sin embargo, como explicaremos en esta investigación, aquella conclusión es apresurada. Por esto mismo, hace poco, la actitud de los internacionalistas ha mostrado un cambio. A ello ayudaría la elaboración, a fines del siglo pasado, del informe de Martti Koskenniemi sobre el fenómeno fragmentario en el Derecho Internacional (y sobre sus potenciales efectos negativos en la unicidad de la disciplina internacional). Aquel informe influenciaría la agenda de diversos académicos, impulsándolos a analizar los diferentes ordenamientos semi-autónomos que conforman el Derecho Internacional. Uno de aquellos ordenamientos ha sido la del arbitraje internacional, el cual aunque con connotaciones más mixtas que puramente internacionales, interpreta y ejecuta normas provenientes del Derecho Internacional en diferentes casos. Dada esta nueva realidad, se ha gestado –poco a poco– un diálogo entre ambas áreas de estudio.

2. Ahora, uno de esos puntos de contacto (entre el derecho arbitral internacional y el Derecho Internacional) se observa cuando se indagan los fundamentos mismos del arbitraje. Sobre esto, debe recordarse que algunos encuentran que el fundamento de los procedimientos arbitrales se sustenta en la voluntad de las partes y el respeto que los ordenamientos domésticos deben darle a los individuos para que estos diseñen la forma más adecuadas para resolver sus controversias (teoría privatista); por su parte, otro sector (de corte publicista) subraya el hecho de que el arbitraje constituye un proceso cuasijudicial⁴ y que –como tal– se encuentra constreñido por elementos que controlan su emisión y contenido. Ahora, más allá de los detalles de este interesante debate, lo que debe reconocerse es que el elemento voluntarista juega un rol clave en el diseño del arbitraje internacional, sin embargo, aquel ejercicio solo es aceptable, “(...) en tanto no ofenda el orden público o las normas obligatorias.”⁵ Esto último no es más que la llamada excepción del orden público, la cual ha evolucionado y ha logrado abarcar –en algunos casos– más que el solo orden público interno estatal para incluir el internacional. Esto último ha sido posible, pues como indica McLachlan (al recordar lo indicado por la Corte Suprema de Canadá y la Corte de Casación de Francia), “(e)l arbitraje no forma parte del sistema judicial de ningún Estado (...). El árbitro no tiene lealtad por conexión a ningún Estado individual (...). En resumen, el arbitraje es una criatura que le debe su existencia solo a la voluntad de las partes.”⁶ Sin embargo, el arbitraje internacional no es un procedimiento que se sostenga en el vacío; por ello, “(...) un laudo arbitral internacional –que no está anclado a ningún orden legal nacional, constituye una decisión judicial internacional.”⁷

3. Esta última frase nos enfrenta a una serie de dudas⁸, sobre todo en relación al rol que jugaría un eventual orden público de tipo internacional en el funcionamiento de la excepción a la ejecución de laudos arbitrales. El objetivo principal del siguiente artículo será analizar aquello, en tanto un punto claro de conexión entre el Derecho Internacional y el arbitraje internacional. Para esto, iniciaremos analizando el término orden público.

³ Existen diferencias entre ambos tipos de arbitrajes, hecho que impacta en sus respectivos regímenes legales. Esto es ampliamente conocido y no necesita de mayor explicación. Al respecto, véase: V.V. VEEDER, “Introduction to Investment Treaty Arbitration and Commercial Arbitration: Are they Different Ball Games?”, en A. J. VAN DEN BERG (Ed.), *50 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 2009, p. 91 y G. VAN HARTEN y M. LOUGHLIN, “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, Vol. 17, N° 1. 2006. pp. 123-127. Sobre diferencias sutiles entre ambos tipos de arbitrajes, véase: K. H. BÖCKSTIEGEL, “Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today?”, *Arbitration International*, Vol. 28, N° 4. 2012. pp. 577-590.

⁴ Véase: A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Arbitraje Privado Internacional”, en A. L. CALVO CARAVACA y J. C. GONZÁLEZ (Dir.) *Derecho del Comercio Internacional* (Dir.), COLEX, Madrid, 2012, p. 1729.

⁵ J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 2.

⁶ Corte Suprema de Canadá. *Dell Computer Corp. v. Union des Consommateurs* (2007) 284 DLR (4th) 577, at. 51. Véase: C. MCLACHLAN, “Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework”, en A. J. VAN DEN BERG (Ed.), *50 Years of the New York Convention*, Kluwer Law International, The Hague, 2009, p. 102.

⁷ Corte de Casación de Francia. *PT Putrabali v. Est Epices*, 29 June 2007, 24 Arb. Int. (2008). p. 293, at. p. 295. En: MCLACHLAN, *Ibid* 102.

⁸ *Ibid*

II. El orden público como concepto legal transversal

4. El concepto de orden público es uno de los más difíciles de ser explicados por la doctrina jurídica; sin embargo, en la actualidad, es posible indicar que el término se refiere a un conjunto de valores esenciales de un grupo social, que –por su trascendencia– no pueden ser pactados en contrario.⁹ ¹⁰

5. Esta definición simple, está compuesta por dos secciones que desagregadas son sumamente intrincadas. Por un lado, la definición alude a la función que el orden público cumple como limitador de la voluntad de los individuos, pero –además– indica que está compuesto por un contenido concreto (valores fundamentales sociales).¹¹ Como puede deducirse entonces, el término aparecería cuando en una realidad social se llega al convencimiento de la importancia de limitar la autonomía de los individuos. Esta circunstancia se produce en casi todo ordenamiento legal y va dirigido a salvaguardar ciertos elementos públicos y de bien común, considerados como fundamentales para que las relaciones básicas sociales se preserven en orden. En lo que respecta al segundo elemento del término, aún existe una falta de comprensión sobre sus alcances. Si bien se entiende que aquello hace alusión a valores; cada experiencia social identificará cuáles de ellos serán indispensables para que las relaciones sociales se mantengan en orden y fluidez.¹² En ese sentido, a lo que se hace referencia es a una suerte de *continuum* valorativo social¹³ que se origina de las experiencias más básicas en todo grupo social y –que tras cierto tiempo– convencen a sus integrantes de que su protección resulta indispensable.¹⁴ Por consiguiente, el contenido del orden público es por naturaleza particular y fluctuante.

⁹ Si bien el orden público, como concepto, no es pacífico, esto no ha limitado su teorización dentro de la teoría general del Derecho. De especial relevancia son las obras de Cardini y de Bartolomé Cenzano. Véase: E. CARDINI, *El Orden Público*, Abeleto Perrot, Buenos Aires, 1959 y J. C. DE BARTOLOMÉ CENZANO, *El Orden Público como Limite al Ejercicio de los Derechos y Libertades*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

¹⁰ En la experiencia anglosajona el orden público (*public policy*) también es entendido como aquello que, por razones de moralidad, buenas costumbres, interés general de la comunidad, entre otros, limitan los derechos individuales (especialmente los contractuales). Sobre esto, véase: L. GOLDSMITH, “An Introduction to International Public Policy”, en D. BRAY y H. L. BRAY (Ed.), *International Arbitration and Public Policy*, –JURIS, Nueva York, 2015, pp. 3-8. Véase, de igual forma: Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Segundo Circuito. Parson y Whittemore Overseas Co., Inc., Plaintiff-Appellant-Appellee, v. Societe Generale De L’Industrie Du Papier (rakta), and Bank of America, Defendants - Appellees, Societe Generale de L’Industrie Du Papier (rakta), Defendant-Appellee-Appellant, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974) del 23 de diciembre de 1974. Para un análisis del origen del término, véase: B. KAIN y D. YOSHIDA, “The Doctrine of Public Policy in Canadian Contract Law” en T. ARCHIBALD y R. ECHLIN (Ed.), *Annual Review of Civil Litigation*, Thomson Carswell, Toronto, 2007, pp. 1-47. Sobre la relatividad del término en el *common law*, véase: A. NUSSBAUM, “Public Policy and the Political Crisis in the Conflict of Laws”, *Yale Law Journal*, Vol. 49, N° 6. 1940. pp. 1027-1058.

¹¹ El primer elemento genera discusiones sobre el margen adecuado de libertad que un ordenamiento le debe de otorgar a los individuos. Este es un debate de interés pero que ha decantado en la aceptación general de un mínimo de limitación de la autonomía de la voluntad individual frente al bien común.

¹² Sin duda, esta afirmación se recuesta sobre nociones provenientes de la sociología y –actualmente– de la Sociología del Derecho. Al respecto, véase: E. EHRLICH y N. ISAACS, “The Sociology of Law”, *Harvard Law Review*, Vol. 36, N° 1. 1922. pp. 131-132.

¹³ Este sentido ha sido adoptado por el Tribunal Supremo español. Sobre este tema, véase: Tribunal Supremo de España. Sentencia RJ\1966\1684 del 5 de abril de 1966. Véase al respecto: C. HERNÁNDEZ IBÁNEZ, “Jurisdicción Competente en Materia de Nacionalidad (Reflexiones en torno a la S.T.S. de 7 de junio de 1986)”, en *Libro Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, EDITUM - Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 387 y Tribunal Supremo de España. Auto de 24 de octubre de 1979 (N° 11 - Repertorio de 1979). Véase: E. LINDE PANIAGUA, “Sentencias y Autos del Tribunal Supremo y Resoluciones de la Dirección General de los Registros en que se Citan, Estudian o Aplican Preceptos Constitucionales”, *Revista de Derecho Público*, N° 11. 1981. pp. 225-226.

¹⁴ Esto coincide con lo indicado por Baudry-Lacantinerie, cuando considera al “(...) orden público como la organización (...) imprescindible para el buen funcionamiento general de la sociedad: la consagración de un cierto número de ideas sociales, políticas y morales (...)”. Sobre esto, véase: M. JOSÉ IZU BELLOSO, “Los Conceptos de Orden Público y Seguridad Ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 58. 1988. pp. 233-254. Por lo demás, es importante tener presente que el concepto de orden público está entrelazado con el de los principios generales del derecho, y se dirige a proteger las instituciones sociales más básicas. Una de aquellas instituciones básicas en toda sociedad es su constitución; o lo que es lo mismo, las reglas generales que establecen el funcionamiento del Estado y los derechos básicos de los individuos. Si esto es así y si el orden público busca la protección de las instituciones básicas de la sociedad, éste también debe proteger la constitución de un grupo social. Si bien aún no existe una explicación suficientemente convincente que explique la relación entre el orden público y el orden constitucional, si tenemos algunas aproximaciones iniciales como aquella expuesta por el Tribunal Supremo de España cuando indicó que, “(...) el concepto de orden público se sustenta especialmente en los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los principios básicos del orden social en su vertiente económica (...)”. Tribunal Supremo de España. Sentencia del 4 de marzo de 2002. Citado en la Sentencia 00403/2016 de la Aud. Provincial Sección N° 1. juzgado de lo Mercantil N° 3 de Pontevedra. Ponente: Manuel Almenar Belenguer. p. 5.

6. Esto es connatural a su contenido, pero no obsta para su utilización en el mundo legal. Ahora, dado que los valores sociales estructurales se encuentran dentro del mundo de la sociología y la moral, para que estos puedan ser protegidos jurídicamente, los mismos deben ser incorporados adecuadamente al ámbito legal. Como consecuencia de esto, se requiere que estos valores sean formulados por medio de ciertas construcciones jurídicas. Y, en tanto los valores sociales compiten entre sí (pues en una sociedad no existe un solo valor estructural sino un grupo numeroso de estos) y dado que por naturaleza los valores son abstracciones generales, se han encontrado que los productos legales idóneos para expresarlos son los principios generales del derecho.¹⁵ Son estos productos normativos los que permiten “juridificar” elementos vinculados estrechamente con la moral. Esta conexión de los principios generales del derecho con elementos extra-normativos, ha hecho que se consideren a estos como una suerte de bisagra entre el orden legal y la fenomenología extra-normativa¹⁶ o, bien que se consideren que estos sirven como mecanismos de cierre de los ordenamientos jurídicos. Apoya a esto el hecho de que una de las funciones, que comúnmente se le atribuye a los principios generales del derecho (como a la noción de orden público) es el de servir de cláusula de cierre del ordenamiento,¹⁷ lo cual proviene del hecho de que el fenómeno legal no puede en su totalidad expresarse en expresiones normativas positivas;¹⁸ siendo dicho espacio donde los principios generales del derecho e –igualmente– el orden público cumplen una función esencial. De forma similar (y teniendo en cuenta la existencia de una variedad de valores sociales que deben coordinarse entre sí), a los principios generales del derecho se les reconoce –a diferencia de lo que sucede con las reglas jurídicas positivistas– la posibilidad de que su contenido sea balanceado (*balancing*) cuando se enfrentan a otros principios jurídicos. Esto evita la exclusión de unos en preferencia de otros; es así, que este vínculo entre principios generales y orden público es útil pues en caso de colisión entre valores sociales importantes (como sucede cuando debe excluirse decisiones foráneas del ordenamiento) el juez tendrá en sus manos una herramienta flexible.

7. Ahora bien, el que el orden público esté compuesto por principios jurídicos, no implica que no puedan identificarse reglas legales concretas expresando aquellos valores máximos sociales (de aquel mismo orden público). Por el contrario, esto es común en los diferentes sub-sistemas del derecho doméstico (derecho administrativo, penal, comercial, etc.). Ahora, esto último no debe llevarnos a concluir que el orden público requiere indispensablemente expresarse en normas o reglas concretas. Su existencia es independiente de aquel tipo de normatividad,¹⁹ las cuales solo expresan un contenido normativo pre-existente cuyo fundamento está –como hemos indicado– en los principios generales del derecho. Es por ello que, cuando un juez en un orden doméstico decide utilizar el concepto de orden público, estará ante un concepto abierto e ilimitado pero limitable, igual a como sucede cuando un juez determina el contenido de un principio general. Son estos últimos los que permiten a los jueces hablar del orden público desde un enfoque legal antes que moral.

8. Ahora, todo lo indicado describe el elemento “orden” del término orden público; sin embargo, para que el término se complete, hace falta entender su elemento “público”. Al respecto, debe de entenderse que “(...) *la función limitadora de los derechos, al igual que las otras funciones que deben*

¹⁵ Apoya a esta conclusión, la forma como se ha formulado el orden público en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Este instrumento, en su artículo 5, indica lo siguiente: “*La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público.*” Véase: Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Montevideo, Uruguay. 18 de mayo de 1997.

¹⁶ Sobre esta materia, véase: J. RAZ, “Legal Principles and the Limit of Law”, *Yale Law Journal*, Vol. 81, N° 5. 1972. pp. 823-854; R. DWORKIN, *Los Derechos en Serio – Taking Rights Seriously*, Ariel, Barcelona, 1989. 75-76; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “Reflexiones sobre la Ley y los Principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo”, *Revista de Administración Pública*, N° 40. 1963. pp. 189-224 y A. E. PÉREZ LUÑO, “Los Principios Generales del Derecho: ¿Un Mito Jurídico?”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Vol. 98. 1997. pp. 9-24.

¹⁷ Al respecto véase: Ángel Acedo Penco, *infra* nota 42. p. 328.

¹⁸ Véase: Eugen Ehrlich y Nathen Isaacs, *supra* nota: 12.

¹⁹ Esta posición es adoptada por parte de la doctrina francesa (doctrina que, dicho sea de paso, es una de las más avanzadas en lo que respecta al estudio del orden público). Sobre esto, véase: ESPÍN CANOVAS, “Las Nociones de Orden Público y Buenas Costumbres como Límites de la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina Francesa”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 3. 1963. p. 790.

desempeñar; sólo puede efectivizarse con el ingreso del necesario elemento público del término; y aquella combinación no es más que el orden público. Esta noción (de lo público) implica la concretización institucional del orden social y, su finalidad, es la conservación de los principios y valores del sistema (ya legalizados) a través de diversas corporizaciones."²⁰ Esto último, como veremos más adelante, es esencial para entender la interacción entre el concepto de orden público internacional (desarrollado en el contexto de arbitrajes internacionales) y el Derecho Internacional.

III. El Orden Público Interno e Internacional y su Utilización en el Derecho Internacional Privado

9. Habiendo dado cuenta de lo que envuelve hablar del orden público, en lo que sigue será importante analizar el mismo tal cual ha sido aplicado en el Derecho Internacional privado y, —en especial— en el contexto de los arbitrajes internacionales. Para ello, basta indicar que, uno de los usos principales de aquel término en dicho campo es el exceptuar el reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros. ¿Por qué es esto?

10. Para entender aquello debe tenerse presente que en el caso del comercio internacional, la excepción del orden público surge en tanto aquel tipo de arbitraje, —en estricto— se formula como justicia privada; es decir, como una suerte de justicia administrada por agentes no estatales y que involucran además partes puramente privadas. Debido a ello, los Estados donde se busca ejecutar un laudo de este tipo salvaguardan para ellos mismos, la posibilidad de inaplicarlos por cuestiones de orden público. Solo una vez se verifique que un laudo no afecta el orden público del Estado donde se busca su ejecución, las cortes domésticas de aquel Estado harán efectivo el mismo. Cuando ello ocurra, la justicia privada efectuada en sede arbitral adquirirá contornos públicos, al ser reconocido por los tribunales estatales y —por tanto— apareciendo la sujeción de dichas decisiones. Por ello, Collier y Lowe recuerdan (desde una perspectiva histórica) que, "*(p)ara que el arbitraje fuese reconocido como una vía alternativa de resolución de disputas en coexistencia con las cortes, fue necesario que estos fueran apoyados por el derecho estatal*".²¹ O, en términos utilizados por De Boer, "*(...) los tribunales arbitrales, a diferencia de las cortes, no tienen sede. [En ese sentido], no están de ninguna manera conectados con la autoridad pública del Estado en donde el arbitraje se desarrolla; no tiene la misma autoridad que la de una corte y sus decisiones no pueden ser ejecutados sin alguna forma de ejecución judicial.*"²² Ahora bien, lo indicado hace referencia a los arbitrajes vinculados a contratos de comercio internacional. ¿Qué sucede en el caso de los arbitrajes de inversión extranjera? En estos casos, el uso del orden público como excepción solo es residual. Esto es así, en tanto en estos últimos casos una buena parte de los procedimientos, i) están conectados al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a la Inversión (ICSID por sus siglas en inglés), sistema que excluye la posibilidad de alegar la excepción del orden público, para hacer inejecutable un laudo,²³ o bien ii) aunque fuera de ese marco y, por tanto, pasibles de la excepción

²⁰ L. A. LÓPEZ ZAMORA, "El Unificador Fragmentado - La Fenomenología de las Normas de Ius Cogens en un Contexto de Cambio", *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 30. 2014. p. 234. Para más sobre esto, véase: J.C. De Bartolomé Cenzano, nota: 9. p. 114.

²¹ J. COLLIER y V. LOWE, *The Settlement of Disputes in International Law – Institutions and Procedures*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 45 y sgtes.

²² TH. M. DE BOER, "Choice of Law in Arbitration Proceedings", *Recueil des Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2015, p. 79.

²³ No ahondaremos en este punto dadas las limitaciones de espacio. Sobre este punto, véase: J. BILLIET, *International Investment Arbitration - A Practical Handbook*, Maklu Publishers, Antwerpen, 2016, p. 243; G. VAN HARTEN, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007; E. NEUMAYER, "Multilateral Agreement on Investment: Lesson from the WTO from the failed OECD-Negotiations", *Wirtschaftspolitische Blätter*, Vol. 46, n° 6. 1999. pp. 618-628; C. F. DUGAN, D. WALLACE, N. D. RUBINS y B. SABAH, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 642 y S. CANNER, "The Multilateral Agreement on Investment", *Cornell International Law Journal*, Vol. 31, N° 3. 1998. pp. 657-681. En relación al funcionamiento y particularidades del ICSID, véase: C. YUULSTEKE, "Foreign Investment Protection and ICSID Arbitration", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 4, N° 2. 1974. pp. 343-361; M. POTESTÁ, "The Interpretation of Consent to ICSID Arbitration Contained in Domestic Investment Laws", *Arbitration International*, Vol. 27, N° 2. 2011. pp. 149-170 y V. O. NMEHILLE, "Enforcing Arbitration Awards Under the International Convention for the Settlement of

del orden público, por cuestiones connaturales a los arbitrajes de inversiones extranjeras son menos susceptibles a presentar aquel tipo de excepción.²⁴ En ese sentido, en las subsecuentes secciones, nos centraremos en concreto en el uso de la excepción del orden público referido a la ejecución de laudos arbitrales de comercio internacional.

11. Por tanto y, regresando nuevamente al caso del comercio internacional, es importante indicar que los Estados mediante diferentes instrumentos internacionales, han reconocido la importancia del arbitraje internacional así como el reconocimiento y ejecución de sus laudos (sin el involucramiento de los tribunales nacionales); no obstante, los Estados han salvaguardado la posibilidad de rechazar aquellas decisiones en casos excepcionales. Pero, el uso del orden público no acaba en eso. Además de servir como un mecanismo de inaplicación e inejecución de laudos arbitrales extranjeros (etapa de ejecución del laudo), también puede tener efectos en la formación de la decisión arbitral (etapa de decisión del laudo). Esto apunta a que el árbitro, en base a criterios de orden público, podría efectuar una serie de acciones durante la sustanciación del procedimiento. Teniendo en cuenta ello, en las siguientes líneas analizaremos el uso del orden público en ambas fases y la interrelación con el Derecho Internacional.

1. El Orden Público Interno como Límite a la Ejecución de un Laudo Arbitral Extranjero

12. En la etapa de ejecución de un laudo arbitral comercial la noción de orden público es utilizado para rechazar su incorporación en el ordenamiento donde éste habrá de ser efectuado. Por consiguiente, en estos casos la calificación de los alcances del orden público lo realiza el tribunal en aquella jurisdicción,²⁵ por lo que en esta fase, aquel término alude esencialmente al orden público interno estatal.

13. Este tema es un punto bien tratado en el derecho comercial internacional; sin embargo, aún es un tema controversial. Esto es así por la tensión que genera su utilización. Y es que, el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias solo tendrá sentido si la decisión que se adopta en su seno, tiene efectividad; sin embargo, esto debe coordinarse con las necesidades de salvaguardar elementos básicos morales y de justicia en los ordenamientos en los que se pretende ejecutar dichas decisiones. Todo esto implica una serie de cuestiones: ¿Qué orden público debe ser el utilizado por el tribunal interno si decide no ejecutar un laudo arbitral? ¿Es el orden público del Estado en donde se busca ejecutar el laudo, el orden público internacional o será otro orden público, como uno derivado de la *lex mercatoria* o de los usos del comercio internacional? Cada respuesta genera dudas complementarias y mayores complicaciones. ¿Qué sucede si las partes escogen el Derecho Internacional como aplicable? ¿Será en ese caso igualmente aplicables limitaciones de orden público internacional?

14. En esta sección, nos centraremos en el uso del orden público en el sentido interno, mientras que en la subsiguiente sección en el internacional. En este momento, buscaremos indagar la siguiente pregunta: ¿Qué ha implicado en términos prácticos el orden público en el contexto arbitral y cuál ha sido su extensión?

15. En primer lugar, debemos mencionar que la excepción del orden público se encuentra reconocida en diferentes instrumentos del Derecho Internacional. Por ejemplo, el artículo V(2)(b) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), dispone: “*También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una*

Investment Disputes (ICSID Convention)”, *Annual Survey of International and Comparative Law*, Vol. 7, N° 1. 2001. pp. 21-48.

²⁴ Aquella posibilidad existe, especialmente, cuando se establece bilateralmente la arbitrabilidad de litigios de inversión extranjera bajo el régimen del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (UNCITRAL); cuando el arbitraje es una posibilidad en el derecho doméstico dada la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (enmendado en 2006) (el cual reconoce explícitamente la excepción del orden público); o en el caso de los laudos arbitrales que están fuera del ICSID y que, para ser ejecutados, requieren la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York) de 1958.

²⁵ Véase: G. CORDERO-MOSS, *International Arbitration is Not Only International, International Commercial Arbitration - Different Forms and their Features* (Ed. Giuditta Cordero-Moss), Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 20-21.

sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: (...); b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país."²⁶ La importancia de la convención no debe pasarse por alto; este tratado ha sido suscrito y ratificado por 159 Estados, haciendo del mismo un instrumento de alcance cuasi-universal. En ese sentido, sus disposiciones (entre las que se encuentra la excepción del orden público) bien podrían haber alcanzado el estatus de norma consuetudinaria en el Derecho Internacional. ¿Qué implicaría una cosa como aquella? Eso implicaría la conformación de costumbre internacional que establecería que todo laudo internacional, para ser reconocido en el ordenamiento estatal, tendría que superar el test de no ser contrario al orden público del Estado del foro. Si esto hubiese alcanzado un nivel consuetudinario entonces ya no sería necesario que cada Estado prestara su voluntad de ser parte de la Convención de Nueva York²⁷ para que, potencialmente, pudiese alegarse aquella excepción como válida.

16. Entonces, el que un instrumento como el Tratado de Nueva York reconozca la excepción del orden público en materia de comercio internacional es importante. Es en base a aquella disposición, que han surgido casos aplicando la excepción. Un caso que ejemplifica ello es el laudo en el caso *Adviso N. V. y Koreas Overseas Construction Corp. (caso Adviso)*. La decisión arbitral fue formulada en sede arbitral suiza e intentó ser ejecutada en Corea; sin embargo, una de las partes formuló la excepción de orden público. Como consecuencia de ello, la Corte Suprema de Corea tuvo que analizar una serie de argumentos, concluyendo que la excepción de orden público solo era residualmente aplicable. A decir de la corte, el "*Art. V(2)(b) de la Convención de Nueva York establece que la corte competente en el país en donde se busca el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, podrá refutar aquel reconocimiento o ejecución, si encuentra que el reconocimiento o la ejecución del laudo está en contra del orden público de aquel Estado. El principio básico subyacente en aquella disposición es proteger las creencias morales fundamentales y el orden social del país en donde se busca el reconocimiento y ejecución del laudo (...). En tanto una debida consideración debe dársele a la estabilidad del orden comercial internacional de igual forma que a los asuntos domésticos, aquella provisión debe ser interpretada estrechamente.*"²⁸ Lo indicado por el tribunal toca un punto importante, como es que la utilización del orden público debe ser limitado. A similares consideraciones han llegado los tribunales de Estados Unidos. Por ejemplo, en el caso *Parsons and Whitmore Overseas Co. V. Societe Generale de L'Industrie su Papier*, se analizó el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, indicándose que "*(...) tal vez más probatorio son las inferencias que pudiesen realizarse a la historia de la Convención, como un todo. El sesgo general, pro-ejecución que subyació a la Convención (...) apunta a una lectura restrictiva de la defensa, en base al orden público. Una construcción expansiva de aquella defensa viciaría los esfuerzos de la Convención por remover los obstáculos pre-existentes en la ejecución [de laudos arbitrales]. (...) En ese sentido, concluimos que la defensa del orden público reconocido por*

²⁶ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nueva York - 1958. Artículo V(2)(b).

²⁷ Claro está, ciertas suspicacias pueden levantarse si se tiene cuenta que, "*la mayor parte de los tratados crean derechos recíprocos entre los Estados firmantes, a ser impuestos y ejercidos según el Derecho Internacional. La Convención (de Nueva York) (por su parte) crea ventajas para un sinnúmero de partes anónimas, siendo la mayor parte de la mismas individuos y entidades privadas; (aquellas ventajas serán) interpretadas y efectivizadas dentro del espacio nacional por parte de la institución más arquetípica del derecho nacional: los tribunales nacionales.*" Véase: M. PAULSSON, *The 1958 New York Convention in Action*, Wolters Kluwer Law International, 2016, p. 32. (traducción del autor). Esto es cierto, sin embargo, la primera característica rescatada por Paulsson no es extraña en el Derecho Internacional. Si bien esta disciplina nació para regular las relaciones internacionales en base a un principio absoluto de voluntarismo estatal y de obtención de beneficios, el Derecho Internacional evolucionaría hasta reconocer que los Estados no solo suscriben tratados con el fin de obtener réditos directos entre sí (sinalagma convencional). El caso más claro es el de los tratados de derechos humanos, en donde la suscripción de un instrumento en aquel ámbito no se efectúa con el fin de beneficiar a los Estados suscriptores del tratado, sino a los individuos. Sobre esto, véase: Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre la Validez de Ciertas Reservas a la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio del 28 de mayo de 1951. pp. 23-24 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva acerca del Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75). PC-2/82. Serie A N° 2. 24 de septiembre de 1982. Para. 29.

²⁸ Corte Suprema de Corea. Caso N° 93 Da53054 del 14 de febrero de 1995. Véase: J. M. GRAVES y J. F. MORRISSEY, *International Sales Law and Arbitration - Problems, Cases and Commentary*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 480. (traducción del autor)

la Convención, debe ser construido de forma estrecha. La ejecución de laudos arbitrales extranjeros solo podrá rechazarse sobre esta causal cuando su ejecución suponga una violación a las nociones más básicas de moralidad y justicia del país."²⁹ Esto confirmaría que la aplicación de la excepción del orden público –por naturaleza– es restrictiva y, también confirma que el orden público es conceptualizado como una referencia a un conjunto de principios fundamentales del ordenamiento. En ese sentido, el contenido del término, en contexto arbitral, es similar a lo descrito en la sección precedente de esta investigación. Ahora, aquello no es todo, aun si se determinara que un laudo arbitral efectivamente colisiona con el orden público; dicha colisión requeriría de un mínimo de afectación para ser invocado. La Corte de Apelaciones de Francia, en su decisión en *Thales Air Defense v. GIE Euromissile*, concluyó que la excepción de orden público esgrimido por Thales, sobre la supuesta vulneración del derecho de competencias europeo debía ser descartado, pues, para encajar en aquel supuesto se requería una vulneración manifiesta y obvia del orden público.³⁰

17. Esta aproximación restrictiva en la aplicación del orden público tiene ciertas implicancias. Por ejemplo, no existirá una correlación inmediata entre dejar de aplicar normas imperativas de un Estado y la violación a su orden público. Diferentes tribunales han concluido ello y han sido exitosos en diferenciar ambos tipos de normas. Por ejemplo, este punto fue considerado en el caso *Adviso* en donde la Corte Suprema de Corea indicó que, "*(c)uando normas extranjeras aplicadas en un laudo arbitral violan normas imperativas del derecho coreano, dichas violaciones no constituyen, necesariamente, causal para su rechazo. Solo cuando el resultado concreto, derivado de reconocer dichos laudo, estuviesen en contra de la buena moral y otros aspectos del orden social de Corea, su reconocimiento y ejecución podrán ser rechazados.*"³¹ Otra consecuencia del enfoque restrictivo dado a la excepción del orden público, es que simples errores en la aplicación de la base legal (en sede arbitral) no implican, por sí mismo, que el orden público del Estado donde se solicita la ejecución del laudo se vea cuestionado. Un ejemplo de esto se observa en el caso *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara* (caso *Karaha Bodas*). En este caso, los tribunales de los Estados Unidos analizaron la posible violación del orden público, por parte de un laudo extranjero. Una de las partes sostuvo que el laudo violaba la doctrina del Derecho Internacional sobre abuso de derecho. En relación a esta argumentación, los tribunales de los Estados Unidos sostuvieron que, "*(g)eneralmente, el razonamiento legal erróneo y la mala aplicación de las leyes no son violaciones al orden público en el sentido dado dentro de la Convención [de Nueva York]. (...) La interpretación contractual efectuada por un tribunal arbitral no viola el orden público a menos que viole las nociones más básicas de moralidad y justicia.*"³²

18. Como puede observarse, la conclusión del tribunal lleva nuevamente a la aplicación restrictiva de la excepción del orden público; sin embargo, dentro de los alegatos en *Karaha Bodas* se avizora una cuestión que requiere mayor discusión. En el caso una de las partes sostuvo la aplicación de la excepción del orden público por violación de la doctrina del abuso de derecho reconocido en el Derecho Internacional. Una argumentación como ésta, llama a preguntar: ¿El reclamante apuntaba a cuestionar la ejecución del laudo arbitral por violación al orden público del Estado (en tanto aquel orden público interno estaría complementado por normas del Derecho Internacional) o esgrimía la vulneración del orden público internacional en sí mismo? Esta última cuestión debe ser analizada a fondo.

²⁹ Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Segundo Circuito. *Parson y Whittemore Overseas Co., Inc.*, 508 F.2d 969 (2d Cir. 1974) del 23 de diciembre de 1974. Véase: G. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, Aspen Publishers, New York, 2011, p. 1190-1191. (traducción del autor)

³⁰ KRÖLL, "The Public Policy Defense in the Model Law Jurisprudence: The ILA Report Revisited", en BACHAND y GÉLINAS (Ed.), *The UNCITRAL Model Law After Twenty-Five Years: Global Perspectives on International Commercial Arbitration*, JURIS, New York, 2012, p. 161.

³¹ Corte Suprema de Corea. Caso N° 93 Da53054. nota: 75. (traducción del autor)

³² *Karaha Bodas Co., LLC v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara*. 346 F.3d 274 (5th Cir. 2004). Véase: Gary Born, nota: 29. p. 1196. (traducción del autor). Similar posición adoptó la Corte Suprema de Quebec en el caso *Desputeaux v. Éditions Chouette* (1987) inc. del 2003. S.C.R. 178, 2003 SCC 17. Disponible en: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2048/index.do?r=AAAAAQASRWRpdGlvbNMGQ2hvdWV0dGUgAQ>.

2. El Orden Público Internacional como Límite a la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros

19. Lo planteado antes, trae a colación el tema central de esta investigación: ¿Qué orden público es el que debe verse vulnerado para excluir la ejecución de un laudo arbitral? ¿Será el orden público del Estado en donde se pretende ejecutar el laudo, el orden público internacional (especialmente en lo relativo al comercio internacional), o ambos? Estas interrogantes no son superficiales, dependiendo del tipo de respuesta estaremos ante la disyuntiva de determinar qué compone el orden público nacional o internacional; y de aceptar el uso del orden público verdaderamente internacional estaremos ante la interacción directa entre el Derecho Internacional privado y el Derecho Internacional Público.

20. Para comenzar el análisis, se puede partir de lo indicado por el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York. Aquella disposición, como ya hemos indicado, establece que la autoridad competente estatal puede dejar de reconocer o ejecutar un laudo, cuando el mismo sea "(...) *contrario al orden público de ese país*."³³ La duda es si la referencia al orden público en la Convención de Nueva York hace referencia a un Estado en concreto o no. En la práctica, algunos tribunales estatales han señalado que no queda claro qué implica el término "orden público de ese país". Por ejemplo, en *Ameropa AG v. Havi Ocean Co. LLC*³⁴ (caso Ameropa), los tribunales de los Estados Unidos indicaron que, "(...) *la Convención no da especificaciones respecto a qué significa "contrarios al orden público de ese país" (...)*".³⁵ Aun así, aquella corte llega a una conclusión fundamental: "*De hecho, el demandado no cuestiona lo indicado sobre que, le debe al demandante el monto establecido en la sentencia; el demandado -en su lugar- busca evadir su responsabilidad al invocar cuestiones de política exterior de los Estados Unidos. Sin embargo, el "orden público" y la "política nacional" no son sinónimos. (...) Disputas que involucren la política exterior con otro Estado no son suficiente para superar la política "supranacional" de proveer de predictibilidad a la ejecución de los laudos arbitrales internacionales.*"³⁶ Esta sección de la sentencia (influenciada en gran medida por la sentencia emitida en el caso *Parsons*),³⁷ no resalta únicamente por restringir –una vez más– la aplicación de la excepción del orden público (al entrever que la sola afectación de la política exterior de un Estado no implica la afectación del orden público interno), sino al aludir una suerte de ejercicio para la aplicación de esa excepción. Aquel ejercicio implicaría que, para dejar de aplicar un laudo arbitral internacional, el tribunal estatal debe ponderar previamente la relevancia del orden público (sea cual éste fuese), con la exigencia supranacional de dar predictibilidad a la ejecución de laudos arbitrales. Lo interesante es que el parámetro para aplicar la excepción de orden público es un interés supranacional y –dado ello– lo más probable es que el orden público que deba determinarse, esté –en parte– involucrando elementos internacionales y no puramente domésticos.

21. Aun así y, contradiciendo esto, autores como García de Enterría encuentran que el uso de la frase "orden público internacional" en sede arbitral internacional, sirve para distinguir entre el orden público interno (en el sentido de un conjunto de normas de relevancia doméstica, que incluyen a todas sus normas imperativas) del orden público aplicado en el contexto arbitral, en el sentido de principios básicos de los ordenamientos estatales.³⁸ Esta diferenciación sirve para sostener que solo el último gatillaría la inejecución de un laudo arbitral. Esta posición, da cuenta del uso poco técnico del término "orden público internacional" en el contexto arbitral internacional, pues aquel término (en el sentido que explica el autor) no hace alusión a nada realmente internacional. Una posición como esta parte de "domesticar" el debate que pudiese existir respecto al uso de un verdadero orden público internacional conjuntamente con uno

³³ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras supra nota: 26. Artículo V(2)(b).

³⁴ United States District Court. Southern District of New York. *Ameropa AG v. Havi Ocean Co. LLC*. 10 Civ. 3240 (TPG). Disponible en: https://jenner.com/system/assets/assets/1424/original/Ameropa_v._Havi_Ocean.pdf?1317918860.

³⁵ *ibid* 4. (traducción del autor). Otros tribunales se apegan al sentido literal del término; sobre esto véase: The High Court of Dublin. *Brostrom Tankers AB v. Factorias Vulcano SA*. Judgment by Mr. Justice Kelly. 19 May 2004. IEHC 198. 2003. 44 SP. p. 10. Yearbook Commercial Arbitration, A.J. van den Berg (ed.), Vol. XXX (2005).

³⁶ *ibid* 5. (traducción del autor)

³⁷ Corte de Apelaciones de Estados Unidos. Segundo Circuito. *Parson y Whittemore Overseas Co* ... nota: 10.

³⁸ Javier García de Enterría, nota: 16. p. 398.

interno. En ese sentido, si una posición como ésta se adopta, toda determinación del orden público se agotaría en el plano interno. Esta posición –de alguna manera– es compartida por un sector importante de la doctrina y, es reconocida en ciertas decisiones, como la de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos en *Hebei Import and Export Corporation v. Polytel Engineering Co. Ltd.* En aquel caso, el tribunal señaló que, "*(e)n algunas decisiones, especialmente de los tribunales de la jurisdicción del derecho civil, el orden público ha sido equiparado al del orden público internacional. Como se ha indicado antes, el artículo V.2(b) se refiere específicamente al orden público del foro. Sin duda, en muchas circunstancias, el orden público relevante del foro coincide con el de tantos otros Estados que el orden público relevante es descrito de forma precisa como orden público internacional. [Aunque] en aquellos casos (...) esto se debe a que la ejecución del laudo es contraria [específicamente] al orden público del foro.*"³⁹ Esto pone énfasis en que incluso cuando se argumenta la aplicación del orden público internacional (para exceptuar la ejecución de un laudo arbitral internacional), lo que realmente se realiza es la aplicación del orden público doméstico. Esta posición parece ser compartida por el Tribunal Supremo de España en una sentencia del 2004⁴⁰ y en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en el caso *Petrotesting Colombia S.A v. Southeast Investment Corporation*.⁴¹ En estos casos, la diferenciación apuntada entre el orden público interno e el internacional se efectuó con la sola intención de distinguir entre el orden público, que incluye el derecho público estatal y sus normas imperativas, de la noción más estrecha de orden público (arbitral) que solo incluiría los principios más básicos de cada ordenamiento interno.⁴² En aquellos casos, la intención es establecer, antes que una diferenciación entre el orden público interno e internacional, una diferencia entre el orden público interno y el orden público arbitral. Con ello, toda relevancia concreta del Derecho Internacional respecto a la ejecución de laudos arbitrales queda de lado.

22. Pero; ¿es tan fácil llegar a una conclusión como aquella? La práctica jurisdiccional contradice esto. En un caso de la Corte de Apelación de Francia de 1966, dicho tribunal indicó que, "*(...) el reclamo, hacía referencia a la ejecución de un contrato de venta de armas. Que tal tráfico era contrario al orden público internacional, tal cual estaba expresado particularmente en el Acta General de la Conferencia de Bruselas del 2 de julio de 1980, artículo 8; por el acuerdo del 13 de diciembre de 1906 entre Francia, Gran Bretaña e Italia y, finalmente, por la Convención Internacional del 17 de junio de 1925, [que fue] concluida bajo los auspicios de la Liga de Naciones para la represión del tráfico de armas. Que sigue de ello, también por la legislación francesa en su totalidad respecto a este tema y en particular el Decreto del 18 de abril de 1939 que todo aquello que esté relacionado con el comercio de armas de combate es contrario al orden público francés.*"⁴³ En este caso parecería difícil sostener que la utilización del "orden público internacional" es puramente nacional. No solo porque se hace referencia a un conjunto de normas del Derecho Internacional, sino porque se deja entrever que, no debe dejarse de tomar en cuenta ciertos límites mínimos de dicho cuerpo jurídico, al momento de decidir la ejecución

³⁹ Court of Final Appeal. *Hebei Import and Export Corporation v. Polytek Engineering Co. Ltd.* 1999. HKCFA 40; 1999.1. HKLRD 665 (1999). 2 HKCFAR 111; FACV10/1995. 9 February 1999. Para. 98. (traducción del autor)

⁴⁰ Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1). RJ 2004/5817. 20 de julio de 2004. Exequatur N° 129/2002. Igualmente, véase: Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), 1 de febrero de 2000. Exequatur núm. 3340/1998.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia de Colombia (Sala de Casación Civil). Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda. Bogotá D.C. - Exp. 11001-0203-000-2007-01956-00 del 27 de julio de 2011. *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (ed.), Vol. XXXVII (2012).

⁴² Esta diferenciación teórica es importante, sin embargo, hace uso del término "orden público internacional" con el solo fin de designar un espacio más estrecho del orden público interno y, por ende, genera confusiones. Su finalidad es excluir ciertas normas públicas e imperativas del contenido de orden público relevante en materia arbitral. Para entender la diferencia entre el orden público y las normas imperativas, véase: G. BORN, *International Arbitration – Cases and Materials*, Aspen Publishers, New York, 2011, p. 1190-1191. Para tener presente la posición de quienes distinguen ambos conceptos en el derecho en general, véase: ESPÍN CANOVAS, "Las Nociones de Orden Público y Buenas Costumbres como Límites de la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina Francesa", *Anuario de Derecho Civil*, N° 3. 1963. p. 790. Igualmente, véase: Á ACEDO PENCO, "El Orden Público Actual como Límite a la Autonomía de la Voluntad en la Doctrina y la Jurisprudencia", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, N° 14-15. 1996-1997. pp. 325-391.

⁴³ Paris Court of Appeal, 9 II 1966, R. 1966. 264. Véase: LALIVE, "Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration", en SANDERS (Ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, Kluwer Law International, New York, 1986. p. 284. (traducción del autor)

de un laudo. Ahora, como bien indica Lalive, “(l)a referencia al orden público francés en este caso parece ir más allá del concepto tradicional que se tiene en el derecho internacional privado, sin embargo, es ambigua en tanto los diversos tratados internacional referidos, estaban en vigencia para Francia.”⁴⁴ Aunque ello es una atingencia importante, dicho argumento relativiza artificialmente el rol que puede desempeñar el orden público propiamente internacional. Y es que, en el actual estado en que se encuentran las relaciones internacionales, no es posible pensar en la existencia de Estados que no formen parte de ciertos tratados básicos del Derecho Internacional; siendo ello así, la superposición entre tratados internacionales y normas domésticas que adoptan y desarrollan las primeras es inevitable. Es pues, justamente la adopción de aquel cuerpo normativo estatal, dando efecto a aquellos tratados universales, los que son un indicio de que dichas normas internacionales son parte del orden público internacional y –siendo ello así– lo común es que la gran mayoría de Estados se hayan obligado a promover la protección de dichos intereses y valores. En ese sentido, en nada afecta que un tribunal al excluir un laudo arbitral, base su decisión en normas internacionales que además están reconocidas en los ordenamientos nacionales; ello sigue demostrando la utilización del orden público internacional en concreto. Esto –aún más– por cuanto de ninguna manera la identificación de un posible “orden público internacional” se recuesta sobre la base exclusiva de productos convencionales (tratados). Debe recordarse que el sistema internacional se encuentra conformado, además, por normas consuetudinarias y principios generales.⁴⁵ Estos últimos no requieren de suscripción por parte de los Estados para ser obligatorios. En ese sentido, nada obsta para imaginar un caso en donde un tribunal estatal tuviese que decidir la inejecución de un laudo arbitral por vulnerar ciertas materias que forman parte del orden público internacional, pero que respecto del cual el Estado del foro no ha suscrito tratados específicos. De lo contrario, tendríamos que preguntarnos: ¿Un tribunal doméstico está imposibilitado de rechazar la ejecución de un laudo, en tanto ciertos principios básicos internacionales no se han traducido en normatividad interna expresa? Esto, ¿aun cuando aquel fallo vulnere valores básicos del ordenamiento internacional?

23. Una buena salida para evitar estas complicaciones, es argumentar que –en los hechos– la mayor parte de ordenamientos estatales optan por incorporar mecanismos para que el Derecho Internacional complemente sus sistemas. E, incluso, en ausencia de aquel tipo de disposiciones, siempre debe recordarse que los ordenamientos estatales al formar parte de un ordenamiento mayor (si pretenden ser miembros de relaciones internacionales basadas en el Estado de Derecho), le deben a la comunidad internacional el cumplimiento de un mínimo de principios básicos. Y, lo que es más, cuando ciertos tribunales defienden la ejecución de fallos arbitrales sobre la base de asegurar el interés internacional, de hacer fluida las transacciones internacionales y la previsibilidad de la justicia supranacional, lo que en los hechos hacen es enmarcar aquel fenómeno (arbitral) en el plano internacional. Por ejemplo, el Tribunal Supremo español en el caso *Odin Shipping Co. (Pte) Ltd. C. Aguas Industriales de Tarragona*, señaló lo siguiente: “(...) alegación que es también de desestimar, en primer lugar porque el Convenio de Nueva York, anteriormente citado, que por su carácter específico es preferentemente aplicable, no habla del tal requisito, limitándose a exigir, en su artículo V, apartado 2, b), que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia no sea contrario al orden público del país en que se pide su ejecución, circunstancia que concurre en el caso debatido, ello aparte de que los principios de universalidad de la justicia y de la solidaridad entre los pueblos civilizados, principios seguidos en esta materia repetidamente por esta Sala, inducen, junto a las demás razones que se dejan expuestas, a considerar admisible en España la ejecución solicitada del laudo extranjero en cuestión.”⁴⁶ Como se observa, el tribunal español sustenta la aplicación del laudo arbitral –entre otras razones–, en la ponderación que los Estados deben de efectuar entre la defensa del orden público interno estatal y la preservación de los principios universales de justicia y de solidaridad existente entre los pueblos civilizados que llaman a hacer efectivos los laudos extranjeros. Esta forma de

⁴⁴ Ibid (traducción del autor)

⁴⁵ La literatura en el tema es amplia. Véase de forma introductoria: THIRLWAY, *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014. Para una discusión contemporánea y más compleja, véase: BESSON y D’ASPROMONT (Ed), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

⁴⁶ Auto del Tribunal Supremo (Sala 1ra), *Odin Shipping Co. (Pte) Ltd. c. Aguas Industriales de Tarragona* del 4 de octubre de 1993. *Yearbook Commercial Arbitration*, A.J. van den Berg (ed.), Vol. XI (1986).

referirse a los pueblos civilizados no es más que la forma tradicional de aludir a los principios generales del Derecho Internacional.⁴⁷ En ese sentido, si ciertos principios del Derecho Internacional son la base para justificar la ponderación (y aplicación preminente) de laudos arbitrales internacionales frente al orden interno de los Estados, de ahí mismo derivará la correlación de que, aquel tipo de resoluciones, no solo se beneficien del ordenamiento internacional, sino que –además– respeten su contenido esencial o, lo que es lo mismo, respetar el orden público internacional. En esta línea, algunos tribunales domésticos han optado por afirmar su competencia de revisar de oficio los laudos arbitrales extranjeros y determinar si aquellos puede tener efectos negativos en el orden público interno e internacional.⁴⁸

24. Ahora bien, de ser el orden público internacional realmente internacional y no en el sentido adoptado en los casos *Ameropa*, *Hebei*, *Petrotesting*, entre otros, ello dispara una serie de puntos que requieren ser abordados. Si el tribunal de un Estado A determina una contradicción entre la ejecución de un laudo arbitral y el orden público internacional, aquella determinación involucraría la calificación de un orden legal compartido con otros Estados. Ello genera algunas preguntas: ¿Si el Estado A concluye que la regla X forma parte del orden público internacional (con el fin de dejar de ejecutar un laudo), si un Estado B verificara la vulneración de la misma regla por parte de un laudo, tendría que inaplicarlo? Esta situación se produce debido a que el orden internacional no es privativo de un solo Estado, sino un ordenamiento que regula las relaciones internacionales de un conjunto de sujetos del Derecho Internacional. En ese sentido, si un Estado interpreta el contenido particular del orden público internacional, esto debería tener algún efecto en los órganos jurisdiccionales de los demás Estados; pues de no contar con un mínimo de coherencia y sistematicidad en relación al contenido de aquella noción, estaríamos ante un ordenamiento fracturado y dependiente de la particular forma de ser entendido por cada uno de sus miembros. Este punto, de alguna forma, es levantado por el juez Robert French (al recordar la falta de precedentes en materia de arbitrajes internacionales comerciales y la falta de referencias entre unos y otros árbitros al resolver contiendas).⁴⁹ Sin embargo y, aun cuando todo ello pareciera ser un punto disuasivo para el uso del orden público internacional en sede arbitral, lo cierto es que su exclusión tampoco es convincente. La interrelación entre el derecho doméstico y el Derecho Internacional se encuentra en un proceso avanzado, por lo que la protección de los valores básicos del ordenamiento internacional –en gran medida– son del interés de los Estados.⁵⁰ Existe un avanzado proceso por el cual diferentes elementos son considerados fundamentales tanto en los ordenamientos domésticos como internacionales. Es por ello que estos cuestionamientos no han sido óbice para que, en ciertos sistemas legales, el uso del orden público internacional (estrictamente internacional) se considere preminente cuando se está frente a la ejecución de laudos arbitrales. El epítome de la diferenciación entre el orden público doméstico y el orden público internacional, lo encontramos en la experiencia francesa y suiza. En Francia, su Código Procesal Civil separa explícitamente ambos conceptos, al disponer en su artículo 1502(5) que la decisión adoptada en un laudo arbitral internacional no será reconocida o ejecutada, si fuese contraria al orden público internacional. Esta alusión del orden público se diferencia de la noción de orden público a secas utilizado en el artículo 1488 del mismo instrumento. Como Ghodoosi indica, con ello se ha buscado diferenciar ambos conceptos, siendo su "(...) propósito restringir la innecesaria intervención del orden público doméstico en el escenario del arbitraje internacional."⁵¹ Esta política no es extraña del todo, en el Líbano una opción similar existe a nivel positivo,⁵² mientras que los tribunales suizos han optado

⁴⁷ R. B. SCHLESINGER, "Research on the General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", *American Journal of International Law*, Vol. 51, N° 4. 1957. pp. 734-753.

⁴⁸ Por ejemplo, la Corte Superior de Justicia del Perú (Lima) en su sentencia en el caso *Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C.* Véase: Corte Superior de Justicia de Lima (Perú). *Stemcor UK Limited v. Guiceve S.A.C.* Expediente N° 878-2010. Reconocimiento de Laudo Arbitral Extranjero. Resolución N° 8. 28 de abril de 2011. Considerando 12.

⁴⁹ Chief Justice Robert French AC, *Arbitration and Public Policy*, 2016 Goff Lecture. 18 April 2016. Hong Kong. Disponible en: <http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/speeches/current-justices/frenchcj/frenchcj18Apr2016.pdf>.

⁵⁰ Tal vez, por ello las palabras de Fouchard, Gaillard, Goldman. Al respecto, véase: P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 863.

⁵¹ GHODOOSI, *International Dispute Resolution and the Public Policy Exception*, Routledge Taylor and Francis, New York, 2017, p. 70 y sgtes. (traducción del autor)

⁵² International Bar Association Sub Committee on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards - Report on the Pub-

por una aproximación similar. En este último caso, sus tribunales al analizar los laudos emitidos por el Tribunal de Arbitraje Deportivo, han señalado que el alegato del orden público debe ser tratado como un concepto internacional antes que como uno doméstico, lo cual implica dejar de reconocer o ejecutar laudos arbitrales solo cuando exista una incompatibilidad con los principios legales y morales reconocidos por los Estados civilizados.⁵³ De forma más concreta, los tribunales suizos han indicado que la defensa del orden público “(...) *debe ser entendido como uno universal antes que uno nacional, dirigido a penalizar la incompatibilidad con los fundamentos legales y principios morales reconocidos por todos los Estados civilizados.*”⁵⁴ El uso de la terminología referida a los principios reconocidos por los Estados civilizados es –como ya hemos indicado–, una fórmula propia del Derecho Internacional que alude a sus principios jurídicos. Esta aproximación ha sido reconocida, igualmente, por los tribunales italianos⁵⁵ así como en el Informe Final de la Asociación de Derecho Internacional (ILA por sus siglas en inglés) (Recomendaciones Sobre la Aplicación del Ordenamiento Público como Sustento para Rechazar el Reconocimiento o Ejecución de un Laudo Arbitral Internacional),⁵⁶ en donde se ha dispuesto que el orden público internacional debe entenderse como, “(...) *el cuerpo de principios y reglas reconocidos por un Estado, el cual –por su propia naturaleza– puede limitar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral emitido en el contexto de un arbitraje comercial internacional; específicamente, cuando el reconocimiento o ejecución de aquel laudo pudiese implicar la violación, sea del procedimiento por el medio del cual fue emitido o por su contenido.*”⁵⁷ Para ello, el contenido del orden público internacional es clasificado como, “(i) *los principios fundamentales pertenecientes a la justicia y moralidad que los Estados desean proteger (...); (ii) reglas diseñadas para servir los intereses esenciales de tipo políticos, sociales o económicos del Estado, siendo ello las "leyes de policía" o las "reglas de orden público"; y (iii) el deber de los Estados de respetar sus obligaciones frente a otros Estados u organizaciones internacionales.*”⁵⁸ Como se aprecia, esta concepción del orden público incluye elementos estrictos del Derecho Internacional.

25. Pero, aunque estos han sido avances significativos, aquello no ha estado libre de cuestionamientos. Por ejemplo, la Corte Suprema de India en el caso *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co.* recordaría cómo en Francia se reconoce la diferencia entre el orden público internacional (*ordre public international*) y el orden público interno. Sin embargo, dicho órgano concluye que, “(a) *la vista de la ausencia de una definición con la que se pueda trabajar en relación al orden público internacional, encontramos difícil formular la expresión orden público establecida en el artículo V(2) (b) de la Convención de Nueva York en el sentido de orden público internacional. En nuestra opinión, la expresión debe ser construida en el sentido de la doctrina del orden público tal como es aplicado por los tribunales en donde el laudo extranjero busca ser ejecutado. Consecuentemente, la expresión orden público de la Sección 7(1)(b)(ii) del Acta de Laudos Extranjeros, implica la doctrina del orden público tal cual es aplicado por los tribunales de la India.*”⁵⁹ De la contundencia de estas afirmaciones,

lic Policy Exception in the New York Convention. October 2015. p. 10.

⁵³ Á. BOÓC, “Observations on the Definition of Public Policy (Ordre Public) in Swiss Arbitration Law”, *Acta Juridica Hungarica*, Vol. 53, N° 3. 2012. p. 189.

⁵⁴ M. J. MITTEN, “Judicial Review of Olympic and International Sports Arbitration Awards: Trends and Observations”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 10, N1. 2009. p. 58. (traducción del autor). Igualmente, véase: MITTEN y DAVIS, “Athlete Eligibility Requirements and Legal Issues”, en NAFZIGER y ROSS (Ed.), *Handbook on International Sport Law*, Edward Elgar Publishing Limited, Northampton, 2011, p. 234 y sgtes.

⁵⁵ Véase: *Alarcia Castells v. Hengstenberge e Procuratore generale presso la Corte di appello di Milano*, RDIPP, Vol. XIX. 1983. p. 364. Igualmente, sobre los alcances del orden público en Italia véase: Massimo Benedettelli y Michele Sabatini, *Public Policy and Italian Law of International Arbitration*. International Bar Association. 24 April 2015. Disponible en: <https://www.ibanet.org/Search/Search.aspx?query=benedettelli>.

⁵⁶ International Law Association - ILA. Resolution 2/2002. Final Report. Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitral Awards.

⁵⁷ *Idem.*, (traducción del autor)

⁵⁸ Sobre esto, véase: C. S. GIBSON, “Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise Between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defense in View of Foreign Mandatory Public Law”, *Penn State Law Review*, Vol. 113, N° 4. 2009. p. 1259 y sgtes. (traducción del autor)

⁵⁹ Corte Suprema de la India. *Renusagar Power Co. Ltd. v. General Electric Co.* 1994 AIR 860. 1994 SCC Supl. (1)644 del 7 de octubre de 1993. Para. 61-63. (traducción del autor)

aparecen ciertas interrogantes: ¿Es cierto que no existe una definición (o al menos una noción) de lo que constituye el orden público internacional? Y, si existiese (o pudiese identificarse un contenido a ese término), ¿debería utilizarse el mismo para excluir la ejecución de laudos arbitrales? ¿Existe el peligro que la utilización del orden público internacional, pudiera restringir exageradamente la ejecución y/o reconocimiento de los laudos arbitrales extranjeros?

26. En relación a la última pregunta, lo más probable es que el uso del orden público internacional no suponga una restricción desorbitada para el comercio internacional. Los tribunales domésticos siempre tendrán la potestad de interpretar restrictivamente las normas internacionales consideradas como de orden público internacional, para proteger solo su contenido esencial. Esto se observa –hasta cierto punto– en la sentencia del Tribunal Supremo de España en el caso *Shaanxi Provincial Medical Health Products I/E Corporations v. Olpesa S.A.*, en el que establece que, "(...) en cuanto a la alegada falta de imparcialidad (...) no puede perderse de vista que, si bien es cierto que la imparcialidad, tanto subjetiva como objetivamente considerada es una cualidad consustancial al ejercicio de la función jurisdiccional y una consecuencia que ha de venir de la independencia y la predeterminación legal de sus titulares, y que, en tal medida, integra, en efecto, el contenido del orden público internacionalmente considerado, no menos cierto es que la misma, ya como cualidad moral, ya como deber jurídico, se encuentra ineludiblemente atemperada cuando se trata de un arbitraje, en donde la autonomía de la voluntad de las partes tiene capital presencia e importancia (...)." ⁶⁰ Como puede evidenciarse, el tribunal a pesar de encontrar que la imparcialidad jurídica, constituye un deber jurídico del ordenamiento público internacional, no tuvo problema para ponderar su aplicación en el contexto arbitral.

27. Respecto a las otras interrogantes como aquella que cuestiona si, por sus efectos, es aconsejable el uso de aquella institución; como bien indican Fouchard, Gaillard y Goldman la respuesta pareciera ser afirmativa si se tienen en cuenta las ventajas que da su uso. Por ejemplo, aquel concepto evita que quede a merced de criterios puramente subjetivos la aplicación o no de un laudo y, deja de lado la permisibilidad que generaría no tener algún tipo de reacción de orden público, ante decisiones que vayan contra mínimos morales y de justicia.⁶¹ Respecto a las otras dudas, en especial, en lo referido a qué constituiría la esencia fundamental del orden público internacional, esto podría evitarse al aplicar el término de forma intuitiva pero eficaz, con lo cual se evita determinar el intrincado contenido del término. Un ejemplo de ello (aunque fuera del contexto del reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros) lo encontramos en la decisión de los tribunales de Inglaterra en el caso *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*. En aquel caso se analizó la incautación por parte de Iraq de 10 aviones comerciales de propiedad de Kuwait Airways Corporation (KAC) que fue efectuado como parte de la invasión del territorio kuwaití. El gobierno iraquí, mediante una resolución legal, determinó la transferencia de los aviones a Iraqi Airways Co. (IAC). Como consecuencia de esto, KAC inició procedimientos judiciales en contra de IAC en los tribunales ingleses. Los hechos del caso no involucraron a Inglaterra, sino exclusivamente a Iraq y Kuwait respecto a empresas de esos dos últimos Estados. Como resultado se argumentó el *forum non conveniens*, sin embargo, fue desestimado.⁶² Como consecuencia, aquel tribunal entró a analizar el fondo del asunto, lo cual involucró analizar si IAC le debía alguna compensación a KAC. Para ello, el tribunal debió decidir si los decretos emitidos por el gobierno de Iraq podían ser tomados en cuenta en el proceso o si –por el contrario– debían excluirse al contrariar el orden público inglés (por ser la jurisdicción donde la resolución del caso se emitiría). Más allá de las complejidades presentes en el caso (como que un tribunal inglés analizara la adecuación de la normativa de Iraq), las conclusiones alcanzadas serían de relevancia para el Derecho Internacional privado.⁶³ El tribunal indicó que los tribunales de su Estado podían tomar en consideración disposicio-

⁶⁰ Auto Tribunal Supremo de España (Sala de lo Civil, Sección única). Exequatur núm. 112/2002. 7 de octubre de 2003. Fundamento 6.

⁶¹ Phillippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, nota: 50. p. 583.

⁶² House of Lords. Judgment – *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company and Others*. Lord Nicholls of Birkenhead – Lord Steyn – Lord Hoffmann – Lord Hope of Craighead y Lord Scott of Foscote. 16 may 2002. Para. 11.

⁶³ Sobre los diferentes aspectos legales involucrados en la decisión de aquel tribunal, véase: M. DAVIES, "Kuwait Airways

nes del Derecho Internacional, con el fin de dejar de aplicar normas extranjeras. Sin embargo, “(...) *las violaciones al Derecho Internacional por parte de un Estado, no es –y no debe ser– razón para rechazar o dejar de reconocer un decreto extranjero.*”⁶⁴ A lo que apuntaba el tribunal, es que no toda violación al Derecho Internacional puede (o debe) ser razón para rechazar una norma extranjera. Sin embargo, recordó que, “(a) *quello no significa que un tribunal inglés está siempre incapacitado de tomar conciencia del Derecho Internacional o de considerar si una violación al Derecho Internacional se ha producido. En circunstancias apropiadas, es legítimo que una corte inglesa tenga consideración del contenido del Derecho Internacional al decidir si reconocer o no derecho extranjero.*”⁶⁵

28. Ya resolviendo el fondo de esto, el tribunal indicó que:

La aceptación de una disposición de derecho extranjero debe ser juzgado según estándares contemporáneos. (...) los tribunales de este Estado deben dar efecto a las normas del Derecho Internacional claramente establecidas. Esto, hoy en día, es cada vez más cierto. En tanto las naciones se vuelven cada vez más interdependientes, la necesidad de reconocer y adherirse a estándares de conducta establecidos por el Derecho Internacional se vuelve más importante. La Resolución 369 no fue un simple acto de expropiación gubernamental a propiedad que se encontraba dentro de su territorio. Habiendo invadido Kuwait por la fuerza, confiscado sus propiedades y trasladado los aviones de KAC hacia su propio territorio, Iraq emitió el decreto como parte de un intento por extinguir todo vestigio de la existencia de Kuwait como un Estado separado. Un decreto de expropiación efectuado en aquellas circunstancias y, por razones como aquellas, es simplemente inaceptable hoy en día. Ya he dejado constancia que la invasión de Iraq a Kuwait y la confiscación de sus propiedades fueron una flagrante violación a reglas bien establecidas en el Derecho Internacional, de importancia fundamental. Una violación del Derecho Internacional, de tal magnitud, es materia de profunda preocupación para la comunidad de naciones en su conjunto. (...) La ejecución o reconocimiento de aquella norma serían manifiestamente contraria al orden público inglés.⁶⁶

29. Como se aprecia, el tribunal logró ponderar la obligación de Inglaterra de no calificar la licitud o ilicitud de los actos de aquel tercer Estado con su potestad de dejar de reconocer normas extranjeras consideradas como contrarias al orden público internacional. Incluso en un caso complejo y cuestionable como éste, en donde los hechos no tenían conexión con Inglaterra, y en donde lo que sería calificado como contrario al orden público internacional no fue un laudo, sino una norma estatal foránea, los tribunales vieron necesario restringir aquel elemento por cuestiones de respeto a elementos básicos del Derecho Internacional Público. Y esto pudo lograrse aún sin construir detalladamente el contenido del orden público internacional. En este caso, bastó tener presente las obligaciones básicas del Estado inglés frente a la comunidad internacionales (en especial respecto al mantenimiento de la paz). Por tanto, si en un caso como éste la noción de orden público internacional fue útil, con mayor razón lo sería en casos donde el vínculo con el tribunal estuviese dado por la propia voluntad de las partes, al remitir sus disputas a un procedimiento arbitral que se conoce es susceptible de ser contrariado por los tribunales de aquel foro. En estos casos el vínculo de los tribunales internos con la disputa sería obviamente más profundas que en el caso antes analizado.

30. En ese sentido, no vemos razón para considerar que, respecto a la ejecución de un laudo arbitral internacional los tribunales del Estado del foro no puedan hacer uso del orden público internacional para así dejar sin efecto un laudo contrario al orden público. Tal vez, una solución en caso de cualquier desencuentro, respecto a la posibilidad de aplicar el orden público internacional, es la formulada por los tribunales de Inglaterra en el caso *Oppenheimer v. Cattermole (Inspector of Taxes)*, en donde Lord Cross of Chelsea afirmó que, “(c) *reo (...) que es parte del orden público de este Estado, el que nuestros tribu-*

Corp. v. Iraqi Airways Co - The Effect in Private International Law of a Breach of Public International Law by a State Actor”, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 2, N° 2. 2001. pp. 523-534 y J. M. CARRUTHERS y E. B. CRAWFORD, “Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 52. 2003. pp. 761-774.

⁶⁴ House of Lords. Judgment – Kuwait Airways Corporation ... nota: 62. Para. 24. (traducción del autor)

⁶⁵ Ibid Para. 26. (traducción del autor)

⁶⁶ Ibid Para. 28-29. (traducción del autor)

nales den efecto a las reglas claramente establecidas del Derecho Internacional.”⁶⁷ Esta salida apunta a incorporar como parte del orden público inglés, la consecución y efectivización del Derecho Internacional más básico o lo que vendría a ser lo mismo sus principios fundamentales claramente establecidos (el orden público internacional). La duda que perseveraría sobre esto, es si realmente el orden público interno requiere de la incorporación, dentro de sí, del orden público internacional. ¿No es posible que un tribunal doméstico deje de ejecutar un laudo arbitral, que contraviene las normas básicas del Derecho Internacional, haciendo sola referencia a su orden público interno?

3. Un avance no solo para el Derecho Internacional Privado

31. Este es uno de los puntos más importantes de la discusión.

32. Como hemos mencionado, en el actual estadio de interrelación entre el derecho doméstico y el Derecho Internacional pareciera casi imposible argumentar que los elementos más básicos del Derecho Internacional, no forman parte de la estructura jurídica fundamental de los Estados.⁶⁸ A decir verdad, una diversidad de elementos normativos reconocidos en todo ordenamiento doméstico, como la soberanía, las competencias para la formulación de tratados, la posibilidad de formar parte de organizaciones internacionales, el mantenimiento de relaciones diplomáticas, entre otros; son todas, materias reguladas por el Derecho Internacional y forman parte –a su vez– de los elementos básicos de los sistemas normativos constitucionales estatales. Pensar que los Estados al ejercer sus atribuciones por medio de sus tribunales, deben proteger solo los intereses y principios de sus ordenamientos, contraviene la forma como funcionan sus sistemas legales en tanto aquellos Estados conviven en una comunidad internacional mayor. Pero, nuevamente: ¿Necesitan los Estados la posibilidad de dejar de ejecutar un laudo arbitral en base a la noción del orden público internacional? La respuesta pareciera ser en la mayor parte de los casos que no, pues la superposición de valores fundamentales del orden internacional con la de los ordenamientos internos pareciera obviar aquel ejercicio. Sin embargo, existirán casos en donde argumentos de puro orden público internacional serán de ayuda y –aún más– ser la única fundamentación para dejar de lado un laudo.⁶⁹ De igual forma, reconocer esta posibilidad ayuda a coordinar de forma más adecuada, dos exigencias interrelacionadas como son la protección del orden público internacional y hacer efectivo los laudos arbitrales internacionales, pues –por naturaleza– el orden público internacional es más estrecho que el interno, en tanto su función es expresar puntos en común a escala global referidos a elementos fundamentales coincidentes en diferentes órdenes domésticos.

33. Sin embargo, la mayor contribución del uso de la excepción del orden público internacional se observa teniendo presente que el uso del mismo es limitado en el Derecho Internacional Público.⁷⁰ En ese sentido, si bien el término es propio del Derecho Internacional, éste ha estado marginalizado.⁷¹ A decir verdad, su uso en sede jurisdiccional se produjo sobre todo a inicios del siglo XX, cuando se reconoció la aplicación de cierta normatividad independiente de la voluntad de los Estados; esto se produjo en un contexto en donde el enfoque naturalista de las relaciones internacionales parecía poder proveer aún de ayuda al Derecho Internacional.⁷² De esta forma, el orden público y sus elementos integrantes

⁶⁷ House of Lords. *Oppenheimer v. Cattermole and Northman v. Cooper*. Lord Hailsham of St. Marylebone, Lord Hudson, Lord Pearson, Lord Cross of Chelsea and Lord Salmon. A.C. 249. 1976. (traducción del autor)

⁶⁸ Por ejemplo, véase: H. HONGJU KOH, “International Law as Part of Our Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 98. 2004. pp. 43-57 y L. HENKIN, “International Law as Law in the United States”, *Michigan Law Review*, Vol. 82, N° 5/6. 1984. pp. 1555-1569.

⁶⁹ Una circunstancia así, debe quedar identificada al momento en que el árbitro formula su laudo arbitral, sin embargo, este tipo de casos pueden producirse. Los casos resueltos por los tribunales ingleses antes mencionados son buenos ejemplos de esa posibilidad; si los casos hubiesen involucrado la ejecución de un laudo arbitral por el que se hubiese considerado válidas normas que reconocieran un acto de agresión, el orden público internacional surge como una forma válida y útil de limitar aquel laudo.

⁷⁰ Véase: Luis A. López Zamora, *El Unificador Fragmentado* ... nota: 20.

⁷¹ Sobre esto, véase: L. A. LÓPEZ ZAMORA, “Historia del Derecho Internacional y Orden Público Internacional”, *Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Vol. X. 2014. pp. 11-38.

⁷² Ejemplo de ello fue el uso del Principio de Humanidad para limitar la acción de los Estados en el caso *Naulilaa* (Grecia v. Alemania) formulado en sede arbitral. Sobre esto véase: T. MERON, “The Martens Clause, Principles of Humanity, and Dictates

(los principios generales del Derecho Internacional) fueron utilizados en el período que el Derecho Internacional pasaba de un derecho inter-estatal bilateral a uno multilateral. El multilateralismo llevó a la necesidad de emitir resoluciones incluso en ausencia de normas concretas, llevando a que en el seno del Tribunal Permanente de Justicia Internacional (TPJI) se hiciera referencia al orden público internacional.⁷³ Sin embargo, aquel uso fue puntual y se plasmó solo en opiniones individuales de sus jueces, por cuanto ayudaba a agrupar los principios básicos del orden internacional que servirían para resolver situaciones de vacíos normativos. Por ello, conforme la comunidad internacional fuese integrándose y fuese adoptando mayor número de normas en diferentes materias, el uso del orden público internacional pasó de la marginalidad a la casi desaparición. Y, aunque es cierto que en la doctrina aún pudo observarse ciertos intentos por articular el término⁷⁴, lo cierto es que en los diferentes tribunales internacionales el concepto no ha sido de gran uso. Una buena razón para esto, se debe a que el Derecho Internacional estaba (y aún está) sustentado fundamentalmente sobre el paradigma de la soberanía estatal y –como tal– sobre el principio de que los Estados están vinculados a realizar (o dejar de hacer) solo aquello a lo que voluntariamente se han obligado. Esto último no es más que la doctrina del voluntarismo positivista, el cual –incluso hoy en día– sigue siendo el método de interpretación principal del Derecho Internacional.⁷⁵ Desde un enfoque como éste, la utilización de un concepto, como la del orden público internacional (en el sentido de un orden normativo previo al fenómeno legal concreto), era imposible de sostener. La existencia de normas fuera del voluntarismo –es decir– normas obligatorias e imperativas *per se* para los Estados, es aún hoy en día, un punto de intenso debate dentro de la teoría del Derecho Internacional.

34. Por nuestra parte, creemos que existe buenas razones para creer que, independientemente de la voluntad de los Estados, se hace necesario reconocer un conjunto de normas que anteceden el fenómeno legal particular; uno que lo fundamente y legitime. Esto es uno de los argumentos esgrimidos por la corriente constitucional del Derecho Internacional y es utilizado para sostener la existencia de un conjunto de normas objetivas que formarían una constitución (escrita o no escrita) y que sería la norma fundamental en el plano internacional.⁷⁶ Este último argumento –como se advierte– apunta a la existencia de un orden público internacional legalizado. Pero, a pesar de tener esta corriente un importante apoyo doctrinario, algunos sectores aún la cuestionan teniendo en cuenta los actos políticos de los Estados.

35. Teniendo en cuenta esto, el uso del orden público internacional en el contexto de los arbitrajes internacionales contrasta con el olvido que el mismo sufre en la teoría y práctica del Derecho Internacional Público. Desde la perspectiva internacionalista resulta interesante la apertura que muestran algunos tribunales domésticos en calificar ciertos principios del Derecho Internacional como parte de un posible orden público internacional, que debe ser protegido por medio de la excepción de la ejecución

of Public Conscience”, *American Journal of International Law*, Vol. 94, N° 1. 2000. pp. 78-89 y PFEIL, “Naulilaa Arbitration (Portugal v. Germany)” en *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. 2da Ed. 2007.

⁷³ Por ejemplo, el juez Schücking usó el término en su Opinión Individual en el caso Oscar Chinn, emitida ante la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI). Véase: Corte Permanente de Justicia Internacional. Caso Oscar Chinn – Sentencia de 1934. Series A/B63. Opinión Individual de M. Schücking. pp. 149-150. (traducción del autor)

⁷⁴ Por ejemplo, MCDUGAL y LASSWELL, “The Identification and Appraisal of Diverse Systems of Public Order”, *American Journal of International Law*, Vol. 53, N° 1. 1959. p. 1 y sgtes. y ALEXIDZE, “Legal Nature of Jus Cogens in Contemporary International Law” en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 1981, pp. 233-242. Más allá de esto, el mejor tratamiento del orden público internacional en esos mismos años, fue el elaborado por H. Lauterpacht. Al respecto, véase: Document - A/CN.4/63 Report on the Law of Treaties by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur Topic: Law of Treaties Extract from the Yearbook of the International Law Commission - 1953, vol. II. p. 155.

⁷⁵ La doctrina sobre esto es amplia. Basta indicar algunos ejemplos de posiciones positivistas: G. SCHWARZENBERGER, “International Jus Cogens?”, *Texas Law Review*, Vol. 43. 1964. p. 478 y sgtes; P. WEIL, “Towards Relative Normativity in International Law?”, *American Journal of International Law*, Vol. 77. N° 3. 1983. pp. 413-442; D. SHELTON, “Normative Hierarchy in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 100, N° 2. 2006. pp. 291-323; entre otros.

⁷⁶ Al respecto, véase: A. PETERS, ‘Global Constitutionalism in a Nutshell’ en Veröffentlichungen des Walther-Schücking-Instituts für Internationales Recht an der Universität Kiel - Liber Amicorum Jost Delbrück, N° 5. 2005. pp. 535-550; KLABBERS, PETERS y UFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009; B. FASSBENDER, “The United Nations Charter as Constitution of the International Community”, *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 36, N° 3. 1998. pp. 529-619 y PETERS, “Fragmentation and Constitutionalization” en ORFORD, HOFFMANN y CLARK (Ed.), *The Oxford Handbook of the Theory of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 1011-1031.

de laudos arbitrables. Por tanto, el uso de aquel concepto aparece como uno que, no solo es necesario para los tribunales domésticos, sino indispensable para la comunidad internacional. Debe recordarse que la fase pública del orden público internacional (a diferencia del orden público interno) no cuenta con una corporización estable, como un estado, reino, federación, liga u otro; sino una corporización que se efectiviza por medio de las instituciones de sus miembros, siendo en este caso, los tribunales domésticos de los Estados. Ahora, si el Derecho Internacional privado muestra apertura en el uso del orden público internacional, debemos preguntarnos si el Derecho Internacional Público está haciendo algo para dotarle de contenido a aquel concepto. La pregunta es pertinente, pues el término es un punto de contacto entre ambas disciplinas y, una de ellas, debe proveer a la otra de un contenido mínimo al concepto para que la otra haga uso práctico del mismo y lo haga relevante. Sin embargo, como hemos indicado previamente, el Derecho Internacional ha hecho poco por dotar de contenido al término, encontrándose ahí una tarea pendiente. Sea como fuese, las implicancias del uso de dicha noción en el contexto arbitral no quedan ahí; debe recordarse que el uso del orden público internacional puede generar una dinámica aún más compleja entre el derecho interno y el Derecho Internacional. El hecho de que tribunales domésticos puedan reconocer el orden público internacional como una construcción existente, podría llevar a que se dé inicio al tránsito de la formación de una disposición consuetudinaria en la materia.⁷⁷

36. Teniendo en cuenta todo esto, es claro que el tratamiento dispensado por el Derecho Internacional privado al orden público internacional tiene el potencial de impactar significativamente el Derecho Internacional Público.

IV. A modo de conclusión: otros entretelones del uso del orden público internacional en el contexto de laudos arbitrales

37. Como hemos explicado antes, el Derecho Internacional privado ha hecho uso del orden público internacional, especialmente, en la fase de la ejecución de laudos arbitrales; sin embargo, esto no queda ahí. Por cuestiones de espacio no es posible ahondar en este punto, sin embargo, debe quedar claro que la utilización del término presenta desafíos adicionales dentro del Derecho Internacional privado. Una de aquellas cuestiones que queda por resolver, involucra lo siguiente: ¿Qué relevancia podría tener el uso del orden público internacional en la etapa de la formulación del laudo arbitral (es decir, en la etapa en que se efectúa la demanda, la defensa presenta sus alegatos y posteriormente se formula la decisión)? Esto salta a la vista, pues el reconocimiento de un orden internacional objetivo tendría que expresarse en algo más que en, un límite para la ejecución de decisiones ya formadas. Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que el análisis de los alegatos y la determinación del contenido del laudo (incluyendo lo que deberá entenderse por orden público internacional), sería tarea a realizar por parte del juez arbitral (y no del juez doméstico como sucede con el caso del orden público en la etapa de ejecución de la sentencia). Ahora, en tanto el árbitro internacional es un juez de un procedimiento desnacionalizado, es decir, un juez que aplica el derecho convenido por las partes y –por ende– un derecho que puede provenir de diferentes ordenamientos, incluido el internacional, ciertas preguntas secundarias aparecen: ¿El árbitro debe aplicar las normas de orden público provenientes de los ordenamientos de los Estados de donde son las partes del litigio, o deberá aplicar además el orden público internacional? ¿Qué sucede si las partes han optado por elegir un marco normativo puramente doméstico, excluyendo el Derecho

⁷⁷ Para reconocer una regla internacional como norma consuetudinaria (si se aplica el enfoque positivista), es necesario la constatación del cumplimiento de dos requisitos. En primer lugar, que se haya formado una *opinio juris* en el sentido de que la regla corresponde a un mandato normativo y obligatorio, y –además– una práctica estatal continuada en esa misma dirección (el cual puede ser corroborado por medio de la adopción de medidas oficiales internas, entre las que se incluyen las decisiones de los tribunales domésticos). Este tema está ampliamente tratado en el Derecho Internacional; baste indicar como referencias: H. LAUTERPACHT, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 10. 1929. pp. 65-83 y LEPARD (Ed.), *Reexamining Customary International Law*, Cambridge University Press, New York, 2017. De igual forma, es relevante indicar que la Comisión de Derecho Internacional viene desarrollando actualmente el tema. Véase: Comisión de Derecho Internacional. Second Report on Identification of Customary International Law - Michael Wood, Special Rapporteur. A/CN.4/672. Sixty Sixth Session. May 22 2014. p. 25 y sgtes.

Internacional? Aún en esos casos ¿el árbitro atendiendo a los elementos internacionales del negocio, podría tener presente el orden público internacional? ¿Qué efectos traería ello? Como en el caso de la inejecución de laudos arbitrales, ¿el árbitro tendría que utilizar de forma intuitiva la noción del orden público internacional? O, para esos casos, ¿sí se requiere un contenido específico?

38. Parte de estas interrogantes han sido planteadas por algunos autores⁷⁸; sin embargo, lo importante en este momento es indicar que, en la etapa de formulación del laudo, el orden público internacional podría servir: i) Para declarar como ilícito una acción o acto adoptada por una de las partes al vulnerar el orden público internacional. En estos casos nos encontraríamos ante la interpretación que una de las partes realiza a un extremo del negocio, con el fin de sustentar la realización de ciertas acciones, pero que según el análisis del juez arbitral correspondería a una interpretación que llevaría a conflictuar con la noción del orden público internacional. ii) Para que el juez arbitral declare de *mutuo proprio*, que el negocio o contrato en su totalidad atenta contra el orden público internacional y –por tanto– declararlo como nulo. iii) Para que el juez arbitral excluya como base normativa del arbitraje ciertas disposiciones elegidas por las partes (escogidas como parte del *choice of law*) al considerar que sus efectos contravienen el orden público internacional. iv) O, para que el juez arbitral concluya que una disposición del orden público internacional forma parte de la base normativa aplicable al litigio, aun cuando las partes no la hayan escogido.

39. Estos potenciales usos del orden público internacional no estarán libres de posibles complicaciones. Ciertas interrogantes aparecen: ¿Le debe el juez arbitral alianza, algún deber a la comunidad internacional como para hacerse cargo de la tarea de asegurar su orden público? En tanto estamos hablando de la fase de formulación del laudo; ¿dónde quedarían los principios de libertad y autonomía de las partes para configurar la *lex causae*? ¿Puede, en efecto, el árbitro alegar cuestiones de orden público internacional para anular por *mutuo proprio* un negocio internacional? ¿Puede el árbitro alegar cuestión de orden público internacional para complementar, de oficio, la base legal aplicable al conflicto? ¿Qué implicancias tendría todo ello para un potencial desconocimiento del laudo por constituir la formulación de una decisión *ultra petita*? ¿Existe algún vínculo entre el uso del orden público internacional con el principio de *iura novit curia* en sede arbitral?

40. Sin duda, la utilización del concepto del orden público en la etapa de ejecución de los laudos arbitrales es la más desarrollada por la doctrina, en tanto que la utilización de aquella misma noción en la etapa de la formulación de un laudo genera mayores dudas. Estas últimas dudas –no obstante– requieren ser exploradas si se pretende defender la existencia de un orden público, específicamente internacional en sede arbitral. Sin duda, ello está vinculado a reconocerle a los árbitros internacionales un mayor rol; uno que los pondría en la una posición de guardianes del orden constitucional internacional,⁷⁹ en materias como medio ambiente, derechos humanos⁸⁰ y principios básicos del ordenamiento. Esto implicaría una integración más profunda entre el derecho arbitral internacional y el Derecho Internacional Público.⁸¹

⁷⁸ Al respecto, véase: Pierre Lalive, nota: 43. p. 286 y sgtes.

⁷⁹ Estas indagaciones están en fase más avanzada en la doctrina relativa a los arbitrajes de inversión extranjera. Sobre esto, véase: A. STONE SWEET y F. GRISEL, “Transnational Investment Arbitration: From Delegation to Constitutionalization?” en P.M. DUPUY, F. FRANCONI y E.U. PETERSMANN (Ed.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 118-136.

⁸⁰ En relación a esto, véase: C. REINER y C. SCHREUER, “Human Rights and International Arbitration, Human Rights and International Investment Arbitration, Human Rights in International Investment Law and Arbitration Idem., pp. 82-96.

⁸¹ Una vez más, esta posición se encuentra en un estadio de mayor desarrollo en el derecho arbitral vinculado a inversión extranjera. Al respecto, véase: P.M. DUPUY, “Unification Rather than Fragmentation of International Law? The Case of International Investment Law and Human Rights Law, Human Rights in International Investment Law and Arbitration Idem., pp. 45-62.

LA RESPUESTA EUROPEA A LAS “EMPRESAS BUZÓN”: NORMAS Y JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO SOCIAL, TRIBUTARIO Y DE TRANSPORTE

A EUROPEAN RESPONSE TO “LETTERBOX COMPANIES” IN SOCIAL, TAX AND TRANSPORT: RULES AND CASE LAW

MIREIA LLOBERA

*Profesora Contratada Doctora
Universidad de Valencia*

Recibido: 18.07.2018 / Aceptado: 30.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4388>

Resumen: El presente trabajo estudia la respuesta comunitaria a las prácticas empresariales que pretenden, mediante sociedades ficticias, eludir las normas de acceso al mercado con el objetivo de obtener ventajas competitivas, y que vienen siendo denominadas “empresas buzón”. En particular, se analizará cómo aborda esta cuestión la Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores y el Reglamento (CE) n.º 1071/2009 sobre el acceso a la profesión de transportista por carretera; así como las propuestas normativas de la Comisión en el marco del “paquete de movilidad” en lo concerniente al requisito de establecimiento. En definitiva, se establecerán parámetros de eficacia de tales normas, sirviéndonos de las propuestas en el sector de carreteras como paradigma de análisis. Las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones comunitarias para hacer frente a este tipo de prácticas — en el ámbito social, fiscal y sectorial— se describirán críticamente; así como los pronunciamientos que en las últimas décadas han ofrecido criterios interpretativos para la identificación de tales “empresas buzón”.

Palabras clave: dumping social, empresas buzón, libertades comunitarias, desplazamiento transnacional de trabajadores, evasión fiscal, paquete de movilidad, transporte por carretera

Abstract: This piece of research studies EU response to the practices that pretend, through fictitious societies, to elude the norms of access to the market with the objective of obtaining competitive advantages, often called “letterbox companies”. In particular, case-law and regulations on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers shall be analyzed under the light of normative proposals of the EU Commission in the framework of the “mobility package”. In short, parameters of effectiveness of such standards shall be established, taking proposals in the road sector as analytical paradigm. Different formulas used by the Community institutions, in social, tax and sectorial areas will be described critically; as well as ECJ rulings that in the last decades have offered interpretative criteria for the identification of such “letterbox companies”.

Keywords: social dumping, letterbox companies, EU freedoms, posting of workers, tax elusion, mobility package, road transport

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D DER2017-83040-C4-2-R, con el título Desplazamiento Transnacional de Trabajadores.

Sumario: I. Introducción: las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones comunitarias, en el ámbito social, fiscal y sectorial, para frente a las “empresas buzón”. II. ¿Cómo hace frente el TJUE a las “empresas de buzón”? 1. La jurisprudencia laboral relativa la Directiva 96/71/CE, principal instrumento para disciplinar la intervención estatal dirigida a evitar el dumping social. 2. La Sentencia A-Rosa Flussschiff: la respuesta del Tribunal de Justicia en el ámbito de la Seguridad Social. 3. La Sentencia A-Rosa Flussschiff: análisis comparativo con la jurisprudencia laboral que aborda controles de tipo administrativo. 4. Estricta aplicación del principio de mutuo reconocimiento, a menos que haya fraude: la Sentencia Altun. 5. El TJUE frente al “fraude” de las libertades comunitarias. 6. Las “empresas buzón” desde el punto de vista fiscal. III. Medidas legislativas y acciones nacionales frente a las “empresas de buzón”. 1. Orígenes del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE en la jurisprudencia del TJUE. 2. Las “empresas buzón” a la luz de las normas de carácter sectorial. A) El dumping social en el sector transportes. B) El art. 43 LOTR y el Reglamento 2009/1071. C) El “mobility pack”. IV. A modo de conclusión: ¿hasta dónde pueden llegar los Estados frente a las “empresas buzón”? A) Una cosa es una sociedad “fantasma”, y otra, una sociedad deslocalizada. B) El artículo 4 de la Directiva 2014/6/UE: la noción de “centro de explotación” y de prestación característica.

“De acuerdo con las informaciones publicadas por la Comisión, la revisión de la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores se centrará en evitar el dumping social que algunas empresas ejercen aprovechando las diferencias de costes salariales y sociales entre Estados miembros. De mantenerse la actual orientación de la Directiva, sus contenidos no tendrán impacto alguno en uno de los sectores más afectados por estas prácticas, el del transporte por carretera. Muchas empresas del sector han localizado sus sedes principales en países de la antigua Europa del Este y utilizan ahora conductores contratados allí para cubrir los mismos servicios que ofrecían desde sus sedes anteriores con costes laborales a veces diez veces inferiores. Las pequeñas y medianas empresas que no utilizan estos procedimientos sufren así una competencia claramente desleal que creo puede calificarse abiertamente de dumping en el mercado interior. En España, por ejemplo, más de 6.000 de los 11.000 conductores que atraviesan la frontera realizando portes internacionales están enrolados en este tipo de empresas”.

Pregunta presentada por la eurodiputada Izaskun Bilbao Barandica ante el Parlamento Europeo durante el presente periodo de sesiones¹.

I. Introducción: las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones comunitarias, en el ámbito social, fiscal y sectorial, frente a las “empresas buzón”.

1. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) define el dumping social como aquellas “prácticas que pretenden, mediante sociedades ficticias, eludir las normas de acceso al mercado o que son contrarias a tal normativa con el objetivo de obtener ventajas competitivas”².

2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE o “el Tribunal de Justicia”) sujeta las actividades dirigidas al dumping social y a la evasión fiscal³ al mismo criterio que el CESE: considera “empresa buzón” aquellos mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos al fraude, en ejercicio de la libertad de establecimiento⁴.

¹ Pregunta parlamentaria presentada por la Eurodiputada española Izaskun Bilbao Barandica (ALDE) 21 de marzo de 2016, E-002369-16, Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión, Artículo 130 del Reglamento. [http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2016-002369+0+DOC+XML+V0//ES \[13/07/2018\]](http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2016-002369+0+DOC+XML+V0//ES [13/07/2018]).

² COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. (2016). Dictamen exploratorio. El mercado interior del transporte internacional de mercancías por carretera: dumping social y cabotaje, 176–182.

³ STJUE 21 de febrero de 2008, PartService (C-425/06, EU:C:2008:108), apartado 42; STJUE 22 de diciembre de 2010, Weald Leasing (C-103/09, EU:C:2010:804), apartados 29 y 30; STJUE 22 de diciembre de 2010, RBSDeutschland Holdings (C-277/09, EU:C:2010:810), apartado 49; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (C-504/10, EU:C:2011:707), apartado 52, STJUE 29 de septiembre de 2015, Newey, (EU:C:2013:409), apartado 46.

⁴ STJUE 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (EU:C:2006:121), apartado 67-86; STJUE 12 de septiembre de 2006, Cadbury Schweppes y Cadbury Schweppes Overseas (EU:C:2006:544), apartado 55; STJUE 22 de mayo de 2008, Amplis-científica y Amplifin (C-162/07, EU:C:2008:301), apartado 28; STJUE 27 de octubre de 2011, Tanoarch (EU:C:2011:707), apartado 51. Vid. AUKJE VAN HOEK, & MIJKE HOUWERZIJL (2011), *Comparative study on the legal aspects of the posting of workers*

3. También determinadas disposiciones comunitarias⁵ han abordado, directa o indirectamente, la cuestión de la deslocalización de empresas dirigidas al *dumping social*. La Directiva 2014/67/UE relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (en adelante la Directiva 2014/67/UE)⁶ es una de estas normas; así como el Reglamento (CE) n.º 1071/2009 sobre el acceso a la profesión de transportista por carretera (en adelante, “el Reglamento 1071/2009”)⁷.

4. Asimismo, las propuestas normativas de la Comisión en el marco del “paquete de movilidad” son particularmente interesantes en lo concerniente al requisito de establecimiento, por cuanto suponen un importante límite a las “empresas buzón” que podría ser extrapolable a las normas generales sobre desplazamiento de trabajadores⁸. En particular, la Comisión se propone aclarar las disposiciones del artículo 5 del Reglamento (CE) n. 1071/2009 sobre el acceso a la profesión de transportista por carretera⁹, para garantizar que las empresas establecidas en un Estado miembro tengan allí una actividad real y continua.

5. En este trabajo se tratará de establecer parámetros de eficacia de tales normas, sirviéndonos de las propuestas en el sector de carreteras como paradigma de análisis. Las distintas fórmulas utilizadas por las instituciones de la Unión –en el ámbito social, fiscal y sectorial– para hacer frente a este tipo de prácticas, se describirán críticamente; así como los pronunciamientos que han ofrecido criterios interpretativos para la identificación de las “empresas buzón”, especialmente, en el ámbito de la Seguridad Social.

II. ¿Cómo hace frente el TJUE a las “empresas de buzón”?

1. La jurisprudencia laboral relativa la Directiva 96/71/CE, principal instrumento para disciplinar la intervención estatal dirigida a evitar el *dumping social*.

6. En el ámbito laboral, el TJUE no es que haya mostrado una especial contundencia frente a las prácticas consistentes en situar la sede social en otro país para aprovechar sus costes sociales. Sobre este particular, se recordarán dos asuntos paradigmáticos: *Viking* y *Laval*, en los que el TJUE evita pronunciarse sobre la utilización de la libertad de establecimiento para valerse de las inferiores condiciones de trabajo de otro país comunitario.

7. En *Viking* el TJUE considera que no debía realizar una interpretación del derecho material a fin de delimitar los objetivos legítimos susceptibles de ser amparados por las libertades comunitarias, pese a que en la descripción de los hechos de la Sentencia se recoge expresamente que “la sociedad ma-

in the framework of the provision of services in the European Union, (March), 363, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6677&langId=en> [5/9/2017]; K.E. SORENSEN (2015), “The fight against letterbox companies in the internal market”, *Common Market Law Review*, (52), 85–118.

⁵ En este trabajo nos referiremos al término “comunitario” o “comunitaria” como reminiscencia terminológica que se ha incorporado de pleno al lenguaje jurídico, y que continúa presente en la terminología del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sin embargo, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, este término debe entenderse como relativo al derecho e instituciones de la Unión, una vez sustituido el término “Derecho comunitario” por el de “Derecho de la Unión” en los Tratados.

⁶ Directiva 2014/67/UE, de 15 de mayo 2014, del Parlamento Europeo y Consejo relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n. 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IMI»), 15/05/2014, (DOUE 28/5/2014 L 159/11).

⁷ DO L 300 de 14.11.2009, p. 51.

⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, COM/2017/0278 final - 2017/0121 (COD). Comisión Europea. (2017). Propuesta de Reglamento por el que se modifican el Reglamento (CE) n. 1071/2009 y el Reglamento (CE) n. 1072/2009 con el fin de adaptarlos a la evolución del sector (Vol. 0123). Bruselas, 31.5.2017, COM(2017) 281 final, 2017/0123 (COD).

⁹ DO L 300 de 14.11.2009, p. 51.

triz desea reabanderar el buque del Estado B, para aplicar las condiciones menos favorables que las del Estado A”, y pese a que el tribunal remitente le pide expresamente tal interpretación¹⁰.

8. Lo mismo ocurre en la Sentencia *Laval*, en la que el TJUE acude a argumentos de naturaleza procesal para evitar abordar dicha cuestión¹¹. El TJUE considera que no debe pronunciarse sobre si la empresa Laval tenía la obligación de ejercer su actividad en Suecia en las condiciones fijadas por la legislación de este Estado miembro para sus propios nacionales, como indica el artículo 43 CE, párrafo segundo. Puesto que el capital social de Laval y su filial, la empresa Baltic, pertenecían a las mismas personas, y ambas sociedades tenían los mismos representantes y utilizaban la misma marca, podía considerarse que constituían una única entidad económica desde el punto de vista del Derecho de la Unión, aunque fueran dos personas jurídicas distintas. El TJUE —al igual que ocurre, como veremos, en el área tributaria— procede a recordar que, toda apreciación en ese sentido es competencia del juez nacional, evitando establecer doctrina antifraude de carácter “federal” que pueda estar dotada de un valor generalizable en toda la Unión.

9. El TJUE no sólo evita establecer jurisprudencia comunitaria sobre la licitud del uso de las libertades comunitarias para fines de dumping social. También abre una etapa de enérgico activismo judicial, en la que la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores¹² ocupa un lugar central, asumiendo la función de señalar el estándar armonizado no susceptible de ser mejorado por la legislación nacional. Es decir, fijando los límites máximos a los que cabe someter la capacidad de mejora legislativa de los Estados.

10. En la Sentencia *Laval*, el TJUE acude a la Directiva 96/71/CE como indicador “federal” del estándar armonizado no susceptible de ser superado, declarando contrario al Derecho de la Unión que los sindicatos exigieran condiciones laborales superiores a los establecidos por la Directiva 96/71/CE¹³. No resultaba admisible, en efecto, el objetivo perseguido por los sindicatos, al *pretender* a través de medidas de conflicto colectivo alcanzar mayores cotas de protección que la establecida en dicha norma comunitaria¹⁴. Ni por tanto lícito, conforme a esta jurisprudencia, pretender alterar el *statu quo* jurídico mediante la acción colectiva.

11. En consecuencia, la finalidad *antidumping* de las normas nacionales sólo resulta aceptable en relación al “núcleo duro de protección” establecido en la Directiva 96/71/CE, a partir del cual existe espacio jurídico donde resulta posible competir socialmente. Así, más allá de los mínimos antiexplotación

¹⁰ El tribunal remitente solicita la resolución de caso desde una aplicación conjunta de la libre circulación de servicios en su doble vertiente temporal y permanente. TJUE 11 diciembre 2007, Viking, asunto C-438/05, párrafo 27.

¹¹ STJUE de 18 diciembre 2007, asunto C-341/05, Laval un Partneri, párrafos 43-44. En efecto, Laval era una empresa establecida en Suecia, con arreglo al artículo 43 CE, a través de Baltic, su filial, de la que tenía en propiedad el 100 % del capital. La actividad de Laval consistía en colocar temporalmente personal originario de Letonia en sociedades que ejercen su actividad en el mercado sueco, amparándose en la libre prestación de servicios, y con ello lograba evitar la aplicación de los salarios y convenios colectivos suecos.

¹² Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L 18 de 21.1.1997, p. 1/6, según el redactado otorgado por la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Texto pertinente a efectos del EEE) DO L 173 de 9.7.2018, p. 16/24.

¹³ STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [párrafo 111]. De hecho, si el Tribunal hubiera fundado los límites impuestos a la actuación sindical exclusivamente en el Tratado —es decir, sin servirse de la Directiva 96/71/CE como instrumento de fijación del alcance mínimo del interés general comunitario— sus argumentos descansarían exclusivamente en ponderaciones sobre la proporcionalidad de la medida nacional, cuyo valor legitimador es limitado. Vid. M. LLOBERA VILA, *Libertad Sindical y Gobernanza Europea. Reformas estructurales en la zona euro: la respuesta del Derecho laboral internacional*, Bomarzo, 2017.

¹⁴ Las medidas de conflicto adoptadas por los sindicatos suecos superaron así el test de las “razones imperiosas” del Tribunal, al considerar que éstas constituían un ejercicio legítimo de un derecho fundamental. STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, Laval un Partneri) [párrafo 91-93]. Los derechos fundamentales a la negociación colectiva y de huelga se calificaron jurídicamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como “intereses legítimos” en el marco de un esquema —recurrente en la jurisprudencia del TJUE— que establece una relación “federal” entre el Derecho estatal y el Derecho comunitario.

tación establecidos por la Directiva 96/71/CE, se descubre un área de libre competencia social, cuyos contornos se amplían al mismo ritmo que las disparidades sociales y de renta en el seno de la UE.

12. No cabe poner en duda la relevancia del amplio espectro de finalidades sociales a las que alude la Directiva 96/71/CE en su Preámbulo y en la propia Sentencia *Laval*¹⁵. Pero lo cierto es que, hasta ahora, la jurisprudencia laboral del TJUE se ha servido de esta Directiva fundamentalmente para evitar la intervención estatal (o sindical) que trata de evitar el *dumping social* asociado a las “empresas buzón”, en lugar de prevenirlo¹⁶.

13. En este sentido, cabe descartar la Directiva 96/71/CE como instrumento “antidumping” si bien podremos comprobar en las páginas que siguen que la jurisprudencia antifraude del TJUE ofrece un panorama distinto en lo concerniente a la Seguridad Social y al Derecho tributario; siendo también relevantes los instrumentos contenidos en la Directiva 2014/67/UE y en artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 1071/2009.

2. La Sentencia *A-Rosa Flussschiff*: la respuesta del Tribunal de Justicia en el ámbito de la Seguridad Social.

14. En el ámbito de la Seguridad Social, la Sentencia *A-Rosa Flussschiff*, de 27 de abril de 2017, el TJUE parecía dar la razón a quienes acusaban a las instituciones de la Unión Europea de fomentar el dumping social. Dicho fallo fue considerado un duro golpe para las autoridades nacionales que luchan contra el fraude en el trabajo a través del desplazamiento de trabajadores¹⁷; hasta la llegada, el pasado 6 de febrero de 2018, de la Sentencia *Altun*¹⁸ que, como veremos, dibuja un nuevo panorama al aplicar a este ámbito doctrina consolida antifraude del TJUE. Se abren así nuevas posibilidades de actuación estatal, si bien con carácter *ex post* (no con carácter preventivo) y siempre ponderando las circunstancias concretas de cada caso.

15. Como se recordará, la Sentencia *A-Rosa Flussschiff* se origina a partir de una petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Tribunal Supremo, Francia)¹⁹. En dicho asunto, el tribu-

¹⁵ En la doctrina se ha discutido ampliamente sobre las finalidades perseguidas por la Directiva 2014/67/UE, vid. O. FOTINOPOULOU BASURKO, “La transposición de la Directiva 2014/67/UE al derecho español: la modificación de la Ley 45/1999 sobre desplazamiento de trabajadores”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n. 33/2017, pp. 60-68.

¹⁶ Vid. M. VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ (2017), “La transposición (tardía) de la Directiva sobre control de desplazamientos transnacionales en la UE/EEE en el Real Decreto-Ley 9/2017, de 26 de mayo”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, (412), 95-108; J.P. LHERNOULD & B. PALLI (2016), “La rémunération du salarié détaché dans un État membre de l’Union”, *Droit Social*, (5), 460-472; EUROFOUND (2016); EU-level: *Member States progress in transposing Enforcement Directive on posting of workers*. <http://www.eurofound.europa.eu/printpdf/observatories/eurwork/articles/industrial-relations/eu-level-member-states-progress-in-transposing-enforcement-directive-on-posting-of-workers>; J. ICARD (2016), “La notion de détachement après la directive n. 2014/67/UE”, *Revue Du Marche Commun et de L’Union Européenne*, (595), 81-89; J. SERRANO GARCIA (2016), “Los nuevos requisitos para el desplazamiento de trabajadores ¿Evitan los abusos en esta materia? Propuestas para una Ley”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, (190), 101-130; Comité Europeo Económico y Social. (2016). Dictamen del sobre Una movilidad laboral más justa en la UE (Dictamen exploratorio). 27/04/2016, DOUE C 264 de 20/07/2016; P. PÁRAMO MONTERO (2015), “La nueva Directiva 2014/67/UE sobre el desplazamiento temporal de trabajadores”, *Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales* n. 3, 2015, Págs. 52-70, (3), 52-70; M.A. ESTEVE SEGARRA (2015), “Un balance de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de libertad de prestación de servicios y dumping social”, *Revista de Información Laboral* n. 6, 2015, Págs. 27-41, (6), 27-41; J. PÉREZ TORMOS (2015), “De nuevo sobre el desplazamiento temporal de trabajadores en el mercado único europeo: la Directiva 2014/67/UE” *Revista de Información Laboral* n. 5/2015; N. COUNTOURIS, & S. ENGBLOM, (2015), *Protection or Protectionism? - A legal deconstruction of the emerging false dilemma in European integration*. UCL Labour Rights Institute On-Line Working Papers, (1); J. GÓMEZ ARBÓS, (2015), “Los trabajadores desplazados y su relación con el empresario como tercero. Novedades a propósito de la Directiva 2014/67/UE”. *Nueva Revista Española de Derecho Del Trabajo* n. 176/2015, pp. 157-173; N. LILLIE (2012), “Subcontracting, Posted Migrants and Labour Market Segmentation in Finland”, *British Journal of Industrial Relations* n. 50(1), pp. 148-167; F.J. GÓMEZ ABELLEIRA (2018), “Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 10(1), 213.

¹⁷ Pese a que era un pronunciamiento previsible atendiendo a jurisprudencia precedente. Vid. STJUE de 26 de enero de 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05; STJUE de 30 de marzo de 2000, *Banks y otros*, C-178/97.

¹⁸ STJUE de 6 de febrero de 2018, C-359/16, *Altun*.

¹⁹ STJUE de 27 de abril de 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff*.

nal nacional pregunta al Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de invalidar los certificados E-101 emitidos por otro Estado miembro cuando las autoridades comprueben que, manifiestamente, no se cumplen los requisitos para que los trabajadores puedan trabajar en otro país manteniendo las cotizaciones en su país de origen. Esta cuestión es especialmente relevante en los casos de empresas que se sirven fraudulentamente de estos certificados para aprovecharse de inferiores costes de Seguridad Social de otro país comunitario.

16. Cabe recordar que el certificado E-101 consiste en un certificado otorgado por las autoridades de Seguridad Social a los empleados de una empresa establecida en un país determinado para que puedan trabajar en otro país. En la *Sentencia A-Rosa Flussschiff*, una sociedad alemana sometida solicitó la aplicación de la legislación suiza, basándose en unos certificados E-101. Las autoridades francesas cuestionaron la validez de los certificados por considerar que no se trataba de transportes internacionales, sino de actividades circunscritas a un solo Estado, en este caso sólo al territorio francés²⁰.

17. De modo que el Tribunal Supremo francés consideró que la actividad de los trabajadores no reunía los requisitos para estar comprendida en el ámbito de aplicación material del artículo 14 del Reglamento n. 1408/71, que establecía la excepción según la cual “una persona ocupada por una sucursal que forme parte del personal itinerante o navegante de una empresa que efectúe transportes internacionales de pasajeros estará sometida a la legislación del Estado en cuyo territorio se encuentre dicha sucursal”.

18. La sociedad alemán había alegado que, por sí mismos, tales certificados acreditan que los trabajadores están afiliados al régimen de Seguridad Social suizo. Todo ello, pese a que la realidad material de la prestación de servicios no permitía justificar la aplicación de dicha normativa, puesto que la prestación no tenía carácter transnacional.

19. Por lo tanto, se suscitó ante el TJUE la cuestión de si, en tales circunstancias, la institución competente o los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida pueden apreciar, y en su caso, cuestionar, con carácter excepcional, la validez de un certificado E-101 expedido por la institución competente de otro Estado miembro.

20. El TJUE no acoge las tesis del tribunal francés. El Tribunal de Justicia defiende la aplicación del principio de cooperación leal, enunciado en el artículo 4 TUE, apartado 3. Para el TJUE, dicho principio “exige” que la institución de origen de los certificados proceda a una “apreciación correcta” de los hechos pertinentes para aplicar las normas relativas a la determinación de la legislación aplicable en materia de Seguridad Social y, por tanto, que garantice la exactitud de los hechos que figuran en el certificado E-101²¹.

21. Entiende el TJUE que las obligaciones de cooperación que derivan del artículo 4 TUE, apartado 3, no se cumplirían si un Estado miembro considerase que no está vinculado por el certificado E-101 y sometiese a los trabajadores afectados a su propio régimen de Seguridad Social²². Para el TJUE, el certificado E-101 establece una presunción de la conformidad a Derecho de la afiliación del trabajador de que se trate al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que está establecida la empresa que lo emplea, siendo vinculante para la institución competente del Estado miembro en el que dicho trabajador realiza un trabajo²³.

²⁰ *In casu*, una sociedad alemana se enfrenta a las autoridades de la Seguridad Social francesa en relación con una reclamación de más de dos millones de euros presentada, por parte de ésta, por el impago de las cotizaciones al régimen del personal a bordo de embarcaciones de crucero en ríos franceses. Puesto que los trabajadores habían estado destinados a embarcaciones que navegaban exclusivamente en Francia, la autoridades francesas consideraban que estaban sujetos al régimen de Seguridad Social francés, con arreglo la regla general según la cual la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena en el territorio de un Estado miembro estará sometida a la legislación en materia de Seguridad Social de dicho Estado.

²¹ STJUE de 26 de enero de 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05.

²² STJUE de 27 de abril de 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff* [parágrafo 43].

²³ STJUE de 30 de marzo de 2000, *Banks y otros*, C178/97, [parágrafo 40].

22. De modo que para garantizar que el principio de la afiliación de los trabajadores por cuenta ajena a un solo régimen de Seguridad Social, así como la previsibilidad del régimen aplicable y, por consiguiente, la seguridad jurídica, el TJUE declara que “hasta tanto no se retire o se declare la invalidez del certificado E-101, la institución competente del Estado miembro en el que el trabajador efectúa un trabajo debe tener en cuenta el hecho de que éste ya está sometido a la legislación de seguridad social del Estado donde está establecida la empresa que lo emplea y, por consiguiente, esa institución no puede someter al trabajador en cuestión a su propio régimen de Seguridad Social”²⁴.

23. Con este planteamiento, el TJUE hace una aplicación rigurosa del principio del país de origen en materia de Derecho administrativo laboral, así como del principio de mutuo reconocimiento en materia administrativa; no permitiendo que las autoridades locales evalúen la realidad de los hechos acaecidos en su propio país.

24. El TJUE intensifica así la aplicación del principio de remoción de obstáculos al control del cumplimiento de las normas sociolaborales; lo que implica un paulatino proceso de transferencia de la competencia en materia de control al país de origen, a fin de evitar “trabas administrativas” al libre intercambio comercial. Con todo, la implantación del principio del país de origen en materia administrativa presenta importantes dificultades, pues como advierte la doctrina, el principio del país de origen “quiebra la tradicional correlación entre autoridad y ley aplicable”²⁵.

25. El principio de reconocimiento mutuo constituye una forma extrema del principio de igualdad de trato de los proveedores externos que agrupa toda una serie de ventajas frente a la técnica clásica de armonización: su sencillez aplicativa, no plantea problemas de correcta transposición, no exige una atribución competencial que respete el principio de subsidiariedad, aunque su aplicación signifique una clara pérdida competencial para los Estados.

26. La jurisprudencia del TJUE se ha servido tradicionalmente de este principio a fin de ponderar los beneficios sociales otorgados por la norma nacional frente a su capacidad obstaculizadora del mercado interior²⁶. Al trasladar la carga de comprobación de la equivalencia y ajuste normativo a los Estados se permite de *facto* homogenizar las exigencias de orden social, sin necesidad de armonización material. Se libera así a los prestadores transnacionales de gastos y cargas administrativas adicionales que impidan el desarrollo de sus actividades que condicionen su acceso a los mercados²⁷, lo que hace de este principio un instrumento especialmente eficiente de integración legal que maximiza los efectos de la cláusula de comercio negativa ínsita en la Constitución económica comunitaria²⁸.

3. La Sentencia *A-Rosa Flussschiff*: análisis comparativo con la jurisprudencia laboral que aborda controles de tipo administrativo

27. La Sentencia *A-Rosa Flussschiff*, viene a sumarse así a la saga jurisprudencial constituida por las Sentencias *Comisión contra Alemania* (C-490/04), *Rüffert* y *Comisión contra Luxemburgo* (C-319/06)²⁹ en lo relativo a los mecanismos de control del cumplimiento del derecho sustantivo; y que en

²⁴ No siempre el TJUE se muestra tan garantista respecto a este principio, vid. C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, “Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima: sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de abril de 2016, C-441/14 (Rasmussen)”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* n. 21, 2016, pp. 64-67.

²⁵ Vid. M. GARDEÑES SANTIAGO (2008), “Reconocimiento mutuo y principio del Estado de origen: su incidencia en el ámbito del Derecho aplicable”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional, Iustel, Madrid.

²⁶ Vid. en particular, STJUE de 3 de febrero de 1982, (Seco y Desquenette & Giral, 62/81 y 63/81) [párrafo 14].

²⁷ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Arblade), [párrafo 50].

²⁸ Sobre esta cuestión, M. LLOBERA VILA, “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: libertad de empresa, libre competencia y Constitución del Trabajo”, *Lex social: revista de los derechos sociales* n.1/2017, pp. 208-229.

²⁹ STJCE de 18 diciembre 2007, (asunto C-341/05, Laval un Partneri); STJCE de 3 abril 2008 (asunto Dirk Rüffert, C-346/06); STJCE de 19 junio 2008, (asunto Comisión/Luxemburgo, C-319/06).

su día revirtieron el sentido de la Sentencia *Wolff* en lo concerniente a la integración de los procedimientos de garantía en el espacio jurídico protegido por la Directiva 96/71/CE³⁰.

28. Pese a que la petición de decisión prejudicial que originó el procedimiento en *Wolff* tenía sólo por objeto la interpretación del artículo 49 CE, el TJUE tomó de oficio en consideración la Directiva 96/71/CE por entender que cabía incluir tales procedimientos en el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71/CE.

29. El Tribunal de Justicia acudió para ello al artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, en cuya virtud “los Estados miembros adoptarán las medidas oportunas en caso de incumplimiento de la presente Directiva”, fundando en esta disposición el propio fallo de la Sentencia. La equiparación que hace la Sentencia *Wolff* de las obligaciones de fijación material de estándares laborales (contenidas en artículo 3) con las de establecimiento de mecanismos que garanticen su cumplimiento (exigidas por el artículo 5), resultó especialmente novedoso en dicho momento ya que estas últimas no sean directamente el objeto de armonización de dicha norma [parágrafos 28 y 29]. Quedando así ambos tipos de obligaciones insertas, en condición de paridad, en el espectro de protección de la Directiva 96/71/CE.

30. El Tribunal de Justicia tampoco se queda ahí, pues procede a incluir el derecho no sustantivo en el contenido normativo del objetivo comunitario de interés general relativo a la “protección de los trabajadores”³¹. El TJUE no hace sino dar continuidad, a partir de los términos de la Directiva 96/71/CE, al principio establecido por el TJUE en *Rush Portuguesa* y en *Arblade* según el cual las razones imperiosas de interés general que justifican las disposiciones sustantivas de una normativa pueden también permitir justificar las medidas de inspección necesarias para garantizar su cumplimiento³². Por lo tanto, al igual que la normativa relativa al salario mínimo persigue un objetivo de interés general, para el Tribunal, “ocurre lo mismo, en principio, con las medidas adoptadas por el primer Estado miembro y que estén *destinadas a fortalecer los procedimientos* que permiten que un trabajador desplazado invoque eficazmente su derecho al salario mínimo. En efecto, al igual que el derecho al salario mínimo es un elemento constitutivo de la protección de los trabajadores, *los procedimientos que permiten obtener el respeto de ese derecho*, como la responsabilidad a título de fiador en el procedimiento principal, *han de considerarse asimismo elementos que garantizan una protección de este tipo*” [parágrafos 36-37].

31. La integración de los procedimientos que garantizan el cumplimiento del derecho sustantivo como parte del contenido del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE, efectuada por *Wolff*, tiene consecuencias jurídicas importantes si lo contemplamos desde la óptica de la doctrina *Laval*, por cuanto dicha disposición constituiría un título plenamente habilitante de la intervención estatal en materia de control, por cuanto *Laval* otorga a la Directiva 96/71/CE el carácter de instrumento de armonización delimitador del alcance mínimo del interés general comunitario.

32. La interpretación del artículo 5 de la Directiva 96/71/CE desarrollada en *Wolff*, sin embargo, ha desaparecido del razonamiento del Tribunal de Justicia. Ni siquiera se menciona en *Comisión contra Alemania (C-490/04)*, cuando el Tribunal se refiere a la “necesidad de permitir un control efectivo” del cumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de las normas estatales de transposición de la Directiva 96/71/CE³³. El análisis de la medida estatal se aborda exclusivamente desde la óptica del artículo 56 TFUE, y aunque aplique el principio de proporcionalidad de modo muy laxo —pues por primera vez en este ámbito se admite que “no existen medidas menos coercitivas que permitan conseguir este objetivo” [parágrafo 77]— el TJUE evita justificar esta conclusión a través de la Directiva 96/71/CE.

³⁰ STJUE 12 octubre 2004 (*Wolff & Muller* C-60/03).

³¹ Además de integrar la prevención del dumping social en el contenido de este objetivo de interés general.

³² STJUE de 27 de marzo de 1990, (asunto *Rush Portuguesa*, C-113/89) parágrafo 18 y STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [parágrafo 38].

³³ STJUE de 18 de julio de 2007 (asunto C490/04, *Comisión/Alemania*) [parágrafos 60 y ss.].

33. El Tribunal evita así distanciarse de la doctrina *Arblade*, que establecía criterios particularmente restrictivos en relación a las normas de naturaleza administrativo laboral, aunque no se alinea plenamente con los términos de la misma, al negarse a admitir que el inicio aplicativo de la Directiva 96/71/CE haga innecesarios determinados controles a nivel nacional.

34. Así pues, en *Comisión contra Alemania (C-490/04)* el TJUE marca distancias con *Arblade* cuando declara que “en el marco del desplazamiento transnacional de trabajadores, las dificultades que puedan surgir al [comparar los regímenes nacionales de vacaciones retribuidas] no pueden resolverse, a falta de armonización en la materia, sin una cooperación eficaz entre las administraciones de los Estados miembros”. Sin embargo, en ningún caso el TJUE acude a los términos de *Wolff* para justificar su interpretación a partir de la teoría del precedente judicial, facilitando así considerablemente la transición hacia *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)*. Cabe tener en cuenta que en dicha hipótesis, podría haberse consolidado el margen de apreciación estatal establecido en dicha doctrina o al menos hubiera resultado más difícil que en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* enmendarse los aspectos tuitivos de *Comisión contra Alemania (C-490/04)* y de *Wolff*.

35. En efecto, posteriormente, *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* recoge el guante lanzado por *Arblade* cuando estableció que “el sistema de cooperación o intercambio de información entre Estados miembros previsto en el artículo 4 de la Directiva 96/71 hará próximamente superflua la conservación de los documentos en el Estado miembro de acogida una vez que el empresario haya cesado de ocupar en él a trabajadores”³⁴. En consecuencia, el TJUE entiende que en el momento en el que el artículo 4 de la Directiva 96/71/CE resultó obligatorio, determinadas medidas de control pasaban a ser innecesarias, pese a que tanto el CESE, como la propia Comisión han puesto insistentemente de relieve las deficiencias del sistema de coordinación existente. Por tanto, lo que cambia en *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)* respecto de *Arblade* es que ya resulta exigible la Directiva 96/71/CE. En este punto, el TJUE vuelve a recurrir a un enfoque formal que permite sustituir los mecanismos estatales por los sistemas de control comunitarios, con independencia, de si el establecimiento de un deber de cooperación en el artículo 4 de la Directiva 96/71/CE tiene posibilidades reales de cumplir la función desarrolladas por los procedimientos de control a nivel nacional.

36. La estricta aplicación del principio de mutuo reconocimiento como resultado de la puesta en marcha de mecanismos de cooperación vuelve a ser un lugar recurrente en la *Sentencia A-Rosa Flussschiff*. En dicha Sentencia establece el procedimiento de cooperación que debe seguirse por parte de las autoridades de Seguridad Social, a fin de justificar la aplicación del principio del país de origen. En este sentido, el TJUE establece el siguiente criterio³⁵:

- a) En primer lugar, incumbe a la institución competente del Estado miembro que ha expedido el certificado E-101 volver a considerar la fundamentación de dicha expedición y, en su caso, retirar dicho certificado cuando la institución competente del Estado de acogida exprese dudas sobre la exactitud de los hechos que constituyen la base de dicho certificado.
- b) En segundo lugar, si las instituciones interesadas no llegan a ponerse de acuerdo, podrán optar por plantearla ante la Comisión Administrativa.
- c) En último término, si esta no llega a conciliar los puntos de vista de las instituciones competentes acerca de la legislación aplicable al caso, el Estado de acogida, sin perjuicio de las eventuales impugnaciones por vía jurisdiccional que existan en el Estado miembro de la institución expedidora, tiene la posibilidad de interponer un recurso por incumplimiento, con arreglo al artículo 259 TFUE, para permitir que el Tribunal de Justicia examine con ocasión de dicho recurso la cuestión de la legislación aplicable a dicho trabajador y, por tanto, la exactitud de las menciones que figuran en el certificado E-101.

³⁴ STJUE de 23 de noviembre de 1999 (asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, *Arblade*) [párrafo 79].

³⁵ STJUE de 27 de abril de 2017, C-620/15, *A-Rosa Flussschiff* [párrafo 44-46].

37. En definitiva, la *Sentencia A-Rosa Flussschiff*, sigue la senda de los pronunciamientos *Comisión contra Luxemburgo (C-319/06)*, *Comisión contra Alemania (C-490/04)*, *Herbosch Kiere (C-2/05)* y *Banks (C-178/97)*, que marcarán el tránsito a una sujeción exclusiva de los procedimientos de control y garantía al principio del país de origen. El Reglamento n.º 987/2009, actualmente vigente, ha codificado esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia, consagrando el carácter vinculante del certificado E-101 y la competencia exclusiva de la institución emisora en cuanto a la apreciación de la validez de dicho certificado y recogiendo expresamente el mencionado procedimiento como medio para resolver las controversias relativas tanto a la exactitud de los documentos redactados por la institución competente de un Estado miembro como a la determinación de la legislación aplicable al trabajador de que se trate.

4. Estricta aplicación del principio de mutuo reconocimiento, a menos que haya fraude: la Sentencia *Altun*

38. Con todo, en la Sentencia *Altun*³⁶ el TJUE admitirá, un año después de *A-Rosa Flussschiff*, que el tribunal nacional pueda valorar si se ha hecho uso de forma fraudulenta o abusiva de las normas de la Unión de los certificados E-101. En dicha Sentencia se recoge jurisprudencia consolidada relativa al principio que prohíbe el fraude y el abuso de derecho³⁷, en tanto que principio general del Derecho de la Unión que los justiciables están obligados a respetar³⁸. En este sentido, entiende el TJUE que una declaración de la existencia de un fraude debe basarse en un conjunto de indicios concordantes que demuestra que concurren un elemento objetivo y un elemento subjetivo: (a) el elemento objetivo consistiría en el incumplimiento de los requisitos exigidos para obtener e invocar un certificado E-101 establecidos en el Reglamento n.º 987/2009; (b) mientras que el elemento subjetivo corresponde a la intención de los interesados de esquivar o eludir, para obtener la ventaja vinculada a dicho certificado, sus requisitos de expedición.

39. Esta Sentencia define la “obtención fraudulenta de un certificado E-101” como una acción voluntaria, ya sea a través de: (a) la “presentación equívoca de la situación real del trabajador desplazado o de la empresa que lo desplaza”, o (b) “de una omisión voluntaria”, como el hecho de no presentar información pertinente con la intención de eludir los requisitos del Reglamento n.º 987/2009.

40. La Sentencia *Altun* añade al marco del diálogo entre instituciones competentes previsto en *A-Rosa Flussschiff* una cuestión fundamental. Así, vuelve a insistir en que corresponde al país de origen revisar de oficio a la luz de la información que le aporte el país de acogida sobre la posible existencia de fraude. Pero si dicha institución no revoca el certificado en un plazo razonable, podrán iniciarse actuaciones judiciales en el país de acogida, siempre que se garanticen el derecho de defensa de los prestadores de servicios. En definitiva, el TJUE admite que un juez nacional pueda decidir no tener en cuenta dichos certificados, así como establecer la responsabilidad de dichas empresas con arreglo al Derecho nacional aplicable.

41. En el caso concreto de la Sentencia *Altun*, la investigación realizada por la Inspección de Trabajo belga en Bulgaria permitió demostrar que las empresas búlgaras que habían desplazado a los trabajadores de que se trata en el litigio principal no desarrollaban ninguna actividad significativa en Bulgaria. De modo que en este supuesto nos encontramos ante la posibilidad de exceptuar las presunciones comunitarias a fin de evitar prácticas abusivas a través de “montajes puramente artificiales”, que como veremos es el criterio recurrente del TJUE en su jurisprudencia antifraude. Conforme a los hechos descritos por el tribunal nacional los certificados se obtuvieron fraudulentamente, mediante una presentación de los hechos que no correspondía a la realidad, con el fin de eludir los requisitos exigidos por el derecho de la Unión para el desplazamiento de trabajadores. Por otro lado, la institución búlgara

³⁶ STJUE de 6 de febrero de 2018, C-359/16, *Altun*.

³⁷ STJUE de 2 de mayo de 1996, *Paletta*, C-206/94, [parágrafo 24]; STJUE de 21 de febrero de 2006, *Halifax* y otros, C-255/02, [parágrafo 68]; STJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes* y *Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, [parágrafo 35], y STJUE de 28 de julio de 2016, *Kratzer*, C-423/15, [parágrafo 37].

³⁸ STJUE de 5 de julio de 2005, *Kofoed*, C-321/05, [parágrafo 38], y STJUE de 22 de noviembre de 2017, *Cussens* y otros, C-251/16, [parágrafo 27].

competente, a la que se presentó una solicitud de revisión de oficio y de retirada de los certificados, se abstuvo de tenerla en cuenta para la revisión de la fundamentación de la expedición de estos certificados.

42. En un caso como el descrito, el TJUE considera que el tribunal nacional puede no tener en cuenta los certificados E-101 y determinar si las personas sospechosas de haber recurrido a trabajadores desplazados al amparo de certificados obtenidos de manera fraudulenta pueden incurrir en responsabilidad sobre la base del Derecho nacional aplicable.

43. Las posibilidades que ofrece la Sentencia *Altun* a las autoridades nacionales para enfrentarse a las empresas buzón tienen cierto alcance; pese a una carencia que se pone de manifiesto en su declaración final y que radica en la dificultad de probar que “la institución expedidora no ha tenido en cuenta esa información para revisar la fundamentación de su expedición”. No se aclara si lo que se exige es completa inacción, o si bastaría con una breve defensa de su actuación por parte de la institución de origen para que decayera este requisito.

5. El TJUE frente al “fraude” de las libertades comunitarias

44. En Derecho europeo aún no existe una noción elaborada de fraude como la que existe a nivel interno, de modo que resultará necesario contextualizar la jurisprudencia que se acaba de describir en el marco más amplio de la doctrina relativa a la determinación del país de establecimiento; pues la aplicación del principio del país de origen exige, como condición necesaria, la determinación del origen de los servicios a fin de establecer el régimen jurídico aplicable *prima facie* al prestador de servicios, lo que despliega importantes efectos laborales³⁹. Así, una regulación laxa en lo concerniente al derecho de establecimiento puede facilitar el fenómeno de la filiación⁴⁰ con fines de *dumping social*. Como es conocido, el criterio personalista permite gozar de las ventajas de la libre circulación simplemente fijando la sede social en un Estado de la Unión, lo que ha sido objeto de críticas doctrinales, por considerar que favorece la “penetración” económica de las empresas de terceros países⁴¹. De modo que el Tribunal de Justicia ha desarrollado como contrapunto un criterio “realista”, combinando el criterio personalista con el principio que exige que el establecimiento en otro Estado miembro implique el “ejercicio efectivo de una actividad económica”.

45. En la doctrina francesa, este criterio atiende al “*siège réel*” a la hora de establecer el lugar de establecimiento del prestador de servicios referido a “la sede real o centro de actividades de la empresa”. De modo que si bien se admite una cierta libertad en el establecimiento de la sede de la empresa, se reserva a los Estados, como cuestión de orden público, la posibilidad de no reconocer dicho establecimiento si de todas las circunstancias concurrentes se desprende que la empresa no tiene vinculación económica alguna con dicho país⁴². El derecho de la Unión, sin embargo, sujeta a estrictos requisitos esta posibilidad. Así, de una consolidada jurisprudencia se desprende que una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico la evitación de prácticas abusivas a través de “montajes puramente artificiales” carentes de realidad económica cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate, habida cuenta que

³⁹ Vid., en este sentido, el considerando 36º ter de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que se conoció en la opinión pública como “Directiva Bolkestein” (en adelante, la Directiva 123/2006 Marco de Servicios).

⁴⁰ Sobre el fenómeno de la filiación como instrumento de “concentración y descentralización” vid. J. MORENO GENÉ (2000), “Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filiación”, en AAVV, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo: X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Zaragoza, [pp. 703-725].

⁴¹ Vid. M. MENJUCQ (2006), “La unificación de la noción de domicilio social en Derecho internacional y en Derecho de la Unión de sociedades”, *Noticias de la Unión Europea* n. 252/2006, [pp. 103 y ss] y T. VÁZQUEZ RUANO (2007), “El traslado de domicilio social de la SE a otro Estado miembro de la UE. La necesaria tutela de los intereses y derechos de los colectivos afectados”, *Noticias de la Unión Europea* n. 270/2007, [pp. 92 y ss].

⁴² Vid. J.L. HANSEN (2002), “A new look at Centros, from a Danish point of view”, *European Business Law Review*, n. 1/2002, vol. 13, [p. 86].

el concepto de establecimiento exige “una implantación real de la sociedad de que se trate en el Estado miembro de acogida y el ejercicio de una actividad económica efectiva en éste”⁴³. La constatación de que se trata de una práctica abusiva está sometida a requisitos objetivos, en particular, al nivel de existencia física de la empresa “por lo que a locales, personal y equipos se refiere”, de modo que si de la verificación de tales elementos se dedujese que la empresa constituye una implantación ficticia que no ejerce *ninguna* actividad económica efectiva en el territorio del Estado miembro de acogida, debería considerarse que la creación de la misma tiene el carácter de un montaje puramente artificial⁴⁴.

46. De lo anterior se desprende que, al determinar el centro de intereses principales de una sociedad, la presunción *iuris tantum* que establece el legislador comunitario en favor del domicilio social de dicha sociedad sólo puede desvirtuarse si existen elementos objetivos, que permitan establecer que la situación real no coincide con la situación que aparentemente refleja la ubicación del citado domicilio social, como en el caso de una sociedad «fantasma» que no ejerza *ninguna* actividad en el territorio del Estado miembro en el que tiene su domicilio social⁴⁵.

47. En este punto cabe por tanto cuestionarse hasta qué punto existe actualmente la posibilidad de invocación del abuso de Derecho para justificar la legitimidad de algunas restricciones a la libre prestación de servicios como la contenida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen*. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que “no se puede negar a un Estado miembro el derecho a adoptar las disposiciones destinadas a impedir que [la libre prestación de servicios] sea utilizada por un prestador, cuya actividad esté entera o principalmente orientada hacia su territorio, para eludir las normas profesionales que le serían aplicables si estuviera establecido en el territorio de dicho Estado [...]”⁴⁶.

48. Posteriormente, el Tribunal de Justicia declaró que “un Estado miembro está facultado para adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional”⁴⁷ y que los interesados “no pueden prevalerse [del Derecho de la Unión] de forma abusiva o fraudulenta”, abriendo la puerta para que, en tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales nacionales puedan, basándose en elementos objetivos, tener en cuenta el comportamiento abusivo o fraudulento de las personas afectadas a fin de denegarles, en su caso, el beneficio de las disposiciones de Derecho de la Unión invocadas, sin perjuicio de tomar en consideración, (como siempre insiste el TJUE), al apreciar este comportamiento, los objetivos perseguidos por las disposiciones comunitarias controvertidas⁴⁸, permitiéndoles adoptar “en cada caso concreto” medidas de prohibición específica⁴⁹.

49. Pese a estos pronunciamientos, es obligado advertir que el TJUE no ha desarrollado propiamente una doctrina en materia de abuso de derecho, sino que suele evaluar tales supuestos a partir del contenido esencial de la libertad comunitaria en cuestión. No cabe así considerar contrarios al derecho de la Unión todos los supuestos de utilización de las libertades comunitarias dirigidas a eludir las normas del país de destino⁵⁰.

⁴³ STJUE de 12 de septiembre de 2006 (*Cadbury Schweppes*, C-196/04) [parágrafos 50 y 54].

⁴⁴ La Sentencia *Cadbury Schweppes* no exige los requisitos de carácter subjetivo que algún pronunciamiento precedente había introducido, restringiendo considerablemente la aplicación de esta doctrina y que estaban relacionados con la concurrencia de un ánimo defraudatorio. Vid. en términos análogos STJUE de 14 diciembre 2000, (*Emsland-Stärke*, C-110/99) [parágrafos 64 y ss].

⁴⁵ STJUE de 2 de mayo de 2006 (*Eurofood IFSC*, C-341/04) [parágrafos 34 y 35].

⁴⁶ Sentencia de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen* (33/74, EU:C:1974:131), [parágrafo 13].

⁴⁷ STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C212/97, EU:C:1999:126) [parágrafo 24].

⁴⁸ STJUE de 2 de mayo de 1996, *Paletta* (C206/94, EU:C:1996:182), [parágrafo 25], y STJUE de 9 de marzo de 1999, *Centros* (C212/97, EU:C:1999:126), [parágrafo 25].

⁴⁹ STJUE 21 de julio de 2011, *Oguz* (C-186/10, EU:C:2011:509), [parágrafo 25]; y STJUE de 21 de noviembre de 2002, *X e Y*, C-436/00, [parágrafo 42].

⁵⁰ Vid. STJUE 5 de octubre de 1994 (asunto C-23/93, TV10); STJUE de 5 junio de 1997 (asunto C-56/96, VT4); y STJUE de 9 de marzo de 1999, (asunto C-212/97, *Centros*).

50. Por otra parte, cuando los Estados tratan de poner medios para evitar los fenómenos de evasión de la ley nacional, se ven sujetos a estrictos condicionamientos. En efecto, el TJUE exige, como se ha expuesto, que en la evaluación de la conducta del operador transnacional se tengan en cuenta los objetivos perseguidos por el Tratado⁵¹ y la necesaria aplicación uniforme del derecho de la Unión en todos los Estados⁵². El TJUE impone así a los tribunales nacionales la obligación de que al juzgar supuestos de evasión no alteren el ámbito aplicativo de las disposiciones comunitarias controvertidas, no debiendo en su interpretación comprometer los objetivos de las mismas⁵³.

51. Como pone de relieve la doctrina⁵⁴, estos términos son tan estrictos que *de facto*, cuando el tribunal se encuentre valorando la inaplicación del derecho de la Unión en caso de fraude será difícil que el tribunal no se vea inmerso en el presupuesto de hecho de la doctrina de “*acte clair*”⁵⁵, debiendo por tanto plantear la correspondiente cuestión prejudicial. De modo que finalmente, la capacidad estatal de actuar directamente contra estos fenómenos se encuentra fuertemente limitada en el fondo y en la forma.

6. Las “empresas buzón” desde el punto de vista fiscal

52. También desde una óptica tributaria, para que la constitución de una “empresa buzón” se considere contraria al Derecho de la Unión, ésta debe consistir en “montajes puramente artificiales”, que no respondan a realidad económica alguna. De modo que el TJUE admite que las sociedades puedan elegir una determinada estructura de la actividad para limitar costes fiscales, siempre que no sea contrario a la ley nacional de forma flagrante; dejando en manos de las autoridades y jueces nacionales decidir hasta dónde se admite este tipo de práctica. De modo que en materia fiscal las cortapisas comunitarias no parecen tan estrictas como las existentes a nivel socio-laboral.

53. Conforme a esta jurisprudencia, los derechos que la libre prestación de servicios otorga a los operadores económicos tienen carácter objetivo y se aplican con independencia de los fines y los resultados de las operaciones de que se trate, sin que la Administración tributaria esté obligada a realizar investigaciones con el fin de determinar la intención del sujeto pasivo⁵⁶. Sin embargo, sí que resultará exigible demostrar la “realidad económica y mercantil” de las operaciones sujetas a tributación, por ejemplo a la hora de aplicar el sistema común del IVA⁵⁷. Además, entiende el TJUE que, a fin de asegurar las exigencias de seguridad jurídica, las estipulaciones contractuales pertinentes constituyen un elemento que debe tomarse en consideración a la hora de identificar al prestador y al destinatario en una operación de prestación de servicios. De modo que esta presunción deberá destruirse caso que se trate de probar la existencia de una “empresa buzón”, consistente en un tercero interpuesto en la operación mercantil. Así por ejemplo, en la Sentencia *Newey*, el TJUE declara que corresponde al tribunal nacional, mediante un análisis global de las circunstancias del litigio, comprobar si las estipulaciones contractuales reflejaban verdaderamente la realidad económica y si era el Sr. Newey (empresa interpuesta), y no la empresa Alabaster (empresa demandante), quien efectivamente prestaba los servicios de préstamos en cuestión y el destinatario de las prestaciones de servicios de publicidad objeto de dicho procedimiento.

54. El Tribunal de Justicia no descarta que determinadas estipulaciones contractuales no reflejen totalmente la realidad económica y mercantil de las operaciones. Tal sería el caso si resultara que dichas estipulaciones constituyen un montaje puramente artificial que no corresponde a la realidad económica y mercantil de las operaciones, reconociendo expresamente el Tribunal de Justicia “que la lucha contra

⁵¹ STJUE 2 de mayo de 1996 (Paletta n° 2, C-206/94).

⁵² STJUE 12 de marzo de 1996 (Pafitis, C-441/93).

⁵³ STJUE de 12 de mayo de 1998 (Kefalas, C-367/96).

⁵⁴ A. KJELLGREN (2002), “On the Border of Abuse: the jurisprudence of the European Court of Justice on circumvention, fraud and abuses of community law”, en M. ANDENAS/ W. H. ROTH, *Services and free movement*, Oxford, Oxford University Press, [pp. 272 y ss.].

⁵⁵ Vid. STJUE de 6 de octubre de 1982 (CILFIT, asunto 283/81).

⁵⁶ STJUE 21 de febrero de 2006, Halifax y otros (EU:C:2006:121), [parágrafos 56 y 57].

⁵⁷ STJUE 7 de octubre de 2010, Loyalty Management UK y Baxi Group, C-53/09 y 55/09, [parágrafos 39 y 40].

el fraude, la evasión de impuestos y los eventuales abusos es un objetivo reconocido y promovido por el Derecho de la Unión”.

55. En este sentido, el principio de prohibición del abuso de derecho lleva a proscribir, como ya sabemos, los montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, realizados con el único objetivo de lograr una ventaja fiscal⁵⁸. En definitiva, como ya vimos en el ámbito socio-laboral, conforme a la doctrina contenida en la Sentencia *Newey* se rompe la presunción de lícita utilización de las libertades comunitarias. Esto ocurre cuando se pone de manifiesto que no reflejan la realidad económica y mercantil, sino que constituyen un montaje puramente artificial, carente de realidad económica, cuya única finalidad de lograr una ventaja fiscal, extremo que debe ser apreciado por el órgano jurisdiccional nacional.

56. ¿Y cuáles serán las consecuencias? Pues en caso que se compruebe que se trata de una sociedad ficticia, considera el Tribunal de Justicia que “las estipulaciones contractuales deberían reformularse para restablecer la situación a cómo habría sido de no haberse realizado las operaciones que constituyen esta práctica abusiva⁵⁹”.

57. Comprobamos que, tanto en el ámbito social como fiscal, las consecuencias son similares a las contemplados por nuestro artículo 6.4 del Código Civil cuando establece que “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir”. En la Sentencia *Newey*, entiende el TJUE que si el tribunal nacional consideraba que las operaciones realizadas constituyen una práctica abusiva, debía restablecerse la situación a cómo “debería haber sido” de no haberse realizado dichas operaciones consistiría concretamente “en que el contrato de servicios y los acuerdos publicitarios concluidos entre Alabaster y Wallace Barnaby resultasen ineficaces frente a los Commissioners, pudiendo éstos considerar válidamente que el Sr. Newey es quien presta realmente los servicios de corretaje de préstamos y el destinatario de los servicios de publicidad controvertidos en el litigio principal”⁶⁰.

58. La dualidad de mecanismos de evitación de la cesión ilegal en el derecho de la Unión evoca así la jurisprudencia española en la que la mera apariencia o ficción de empresa se configuran como características del supuesto de cesión ilegal de trabajadores⁶¹. La diferencia radica en que, en nuestro Derecho, la prohibición de la cesión ilegal, puede actuar también en el supuesto de empresas reales, puesto que se incorpora un segundo requisito que consistirá en que esa organización “no se haya puesto en juego, limitándose su actividad al suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo” a una tercera empresa⁶². Un elemento fundamental, en tanto que dispositivo legal esencial de cierre en nuestro Derecho del Trabajo, que como veremos puede extraerse de lo dispuesto en las disposiciones relativas al requisito de establecimiento en la Directiva 2014/67/UE y el Reglamento 1071/2009.

III. Medidas legislativas y acciones nacionales frente a las “empresas de buzón”.

1. Orígenes del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE en la jurisprudencia del TJUE.

59. La noción de “actividades sustantivas” contenida en el apartado 2º del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE (cuyos elementos analizaremos más adelante, mediante un análisis comparado con las

⁵⁸ STJUE 22 de mayo de 2008, *Ampliscientífica y Amplifin* (C-162/07, EU:C:2008:301), [parágrafo 28]; STJUE 27 de octubre de 2011, *Tanoarch* (EU:C:2011:707), [parágrafo 51].

⁵⁹ STJUE 21 de febrero de 2006, *Halifax y otros* (EU:C:2006:121), [parágrafo 98].

⁶⁰ STJUE 29 de septiembre de 2015, *Newey*, (EU:C:2013:409), [parágrafo 51].

⁶¹ En la doctrina, vid. especialmente J.M. GOERLICH PESET (2001), “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 1/2001, [pp. 39-56]; M.C. LÓPEZ SÁNCHEZ (2007), “Antiguos y nuevos planteamientos sobre subcontratación y cesión ilegal de trabajadores”, *Actualidad Laboral* n. 7/2007, [pp. 812-829].

⁶² Vid. F. VALDÉS DAL-RÉ (2006), “El debate europeo sobre movilidad (y II)”, *Relaciones Laborales* n. 2/ 2006, [pp. 100 y ss.].

normas sectoriales del transporte) tiene su origen en la jurisprudencia que prohíbe la utilización de las libertades comunitarias para eludir las leyes sociales del país de destino, en el caso de desplazamiento de trabajadores desde una empresa carente de realidad económica.

60. El Tribunal de Justicia funda su interpretación, al igual que la Directiva 2014/67/UE, en una doble exigencia, en primer lugar, (a) la existencia de un vínculo orgánico con la empresa de origen, y en segundo lugar, (b) la “realidad económica” de las actividades desarrolladas por la empresa en el país de establecimiento. Así, en la doctrina contenida en las sentencias *Manpower*⁶³, *FTS*⁶⁴ y *Plum*⁶⁵, los beneficios que otorga el derecho de la Unión al prestador de servicios sólo se mantienen cuando las empresas ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas⁶⁶.

61. La exigencia de un vínculo real con el Estado miembro de establecimiento cumple la función de evitar que las empresas con domicilio de conveniencia se sirvan de las libertades de circulación para acogerse a cotizaciones inferiores a las que resultaría de aplicar las leyes del Estado donde desarrollan sus servicios. Concretamente, en *Manpower* el TJUE establece que la excepción que permite excluir la regla del Estado de empleo en el caso de trabajadores desplazados temporalmente, sólo es aplicable a los trabajadores contratados por empresas que ejercen “actividades significativas” en el territorio del Estado en el que están establecidas, al considerar que sólo dicha interpretación puede conciliar la norma general del artículo 13.2.a) del Reglamento 1408/71 [actual artículo 11 del Reglamento 883/2004]—según la cual los trabajadores están, en principio, sometidos al régimen de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen una actividad— con la norma particular que deriva del artículo 14.1 de dicho Reglamento [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004].

62. Posteriormente, en *FTS*, el tribunal remitente solicitará al TJUE que le aporte criterios específicos que le permitan establecer la existencia de una vinculación efectiva con el Estado de establecimiento. El Tribunal atiende a la solicitud del órgano jurisdiccional nacional y apunta una serie de elementos de ponderación, que recoge la Directiva 2014/67/UE entre los que cabe mencionar (a) el lugar del domicilio social de la empresa y de su administración, (b) la plantilla de personal administrativo que trabaja respectivamente en el Estado miembro de establecimiento y en el otro Estado miembro, (c) el lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y donde se celebran la mayor parte de los contratos con la clientela, (d) la ley aplicable a los contratos de trabajo celebrados por la empresa con sus trabajadores, por una parte, y con sus clientes, (e) así como, también, el volumen de negocios realizado durante un período suficientemente significativo en cada Estado miembro de que se trate. En particular, en el supuesto de hecho de la Sentencia, la empresa *FTS* ejercía todas sus actividades de colocación desde Irlanda, de modo que todos los contratos de trabajo, incluso aquellos que se refieren a su clientela neerlandesa, se celebraban a través de su oficina de Dublín, y mientras que los trabajadores enviados a los Países Bajos se dedican a actividades en los sectores agrícola y hortícola, los que se ponen a disposición de empresas establecidas en Irlanda ejercen sus actividades en otros sectores más cualificados, tales como el sector de informática. En relación a esta última cuestión, el Tribunal, con fundamento en la sentencia *Van der Vecht*, declara que la naturaleza de los trabajos confiados a los trabajadores desplazados no debe formar parte de dichos criterios. Del mismo modo, el Tribunal descarta aplicar, como elemento único de decisión, el relativo al volumen de actividades, considerando que sólo a través de dicho criterio no posible establecer si se están realizando “actividades significativas” en el país de establecimiento. Por consiguiente, deja en manos del tribunal nacional la tarea de examinar la totalidad de elementos que

⁶³ STJUE de 17 de diciembre de 1970, (asunto 35/70, *Manpower*).

⁶⁴ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*).

⁶⁵ STJUE de 15 junio 2000 (asunto C-404/98, *Josef Plum*).

⁶⁶ Nótese que las primigenias normas en materia de libre prestación de servicios ya recogían disposiciones en materia de desplazamiento de trabajadores ya recogen en su texto el requisito de “vinculación efectiva y continuada con la economía del Estado Miembro”. Este es el caso del Programa General para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en la Comunidad Económica Europea de 1962 [Título I, considerando 1º, apartado 2], la Directiva 64/223/CEE [Considerando 5º] y la Directiva 64/224/CEE [Considerando 5º].

caracterizan las actividades ejercidas por dicha empresa, a fin de establecer si éstas merecen la calificación de “significativas”. Dicho listado de criterios, sin embargo, no se considera exhaustivo, puesto que la elección de los mismos “debe adaptarse a cada caso específico”, según se encarga el Tribunal de puntualizar. Al igual que hace la Directiva 67/2014/UE cuando establece, refiriéndose a los criterios de su artículo 4.3 que “Dichos elementos constituyen factores indicativos en la evaluación global que debe hacerse y, por consiguiente, no pueden considerarse de forma aislada”.

63. Esta jurisprudencia no afecta únicamente a las empresas de trabajo temporal, sino también a las empresas que contratan trabajadores con el objetivo de desplazarlos para la ejecución de una contrata⁶⁷. La Sentencia *Plum* también aplica los criterios establecidos en *FTS*, exigiendo a una empresa auxiliar el cumplimiento del requisito de que la empresa “ejerza normalmente su actividad en el territorio del primer Estado miembro”, lo que significa que ésta debe tener una infraestructura empresarial y emplear habitualmente personal en el país donde esté formalmente establecida. En este pronunciamiento el tribunal remitente cuestionaba la aplicación de las normas de desplazamiento a los trabajadores de una empresa de construcción desplazados a otro país comunitario, dándose la circunstancia de que la citada empresa ejercía la totalidad de sus actividades en el país de destino, a excepción de las de gestión meramente internas⁶⁸.

64. Pues bien, en aplicación de la doctrina desarrollada en la Sentencia *FTS*⁶⁹, el Tribunal no considera que en una situación de esta índole resulte aplicable el artículo 14, párrafo 1, letra a), del Reglamento 1408/71 [actual artículo 12.1 del Reglamento 883/2004], dado que la empresa de que se trataba no ejercía ninguna actividad económica de importancia en el Estado miembro en el que tenía su domicilio. Por consiguiente, declara que los trabajadores debían estar sometidos a la legislación de Seguridad Social del Estado miembro en el que ejercen efectivamente su actividad.

65. En definitiva, en esta jurisprudencia el requisito que exige una vinculación de la empresa con el Estado miembro de establecimiento se erige como una barrera jurídica frente a las prácticas de las empresas “con domicilio de conveniencia”, que por medio del establecimiento de una estructura empresarial ficticia pretenden defraudar las normas de Seguridad Social del lugar de prestación de servicios.

66. Como vemos, todos estos elementos son los que han sido recogidos por el apartado 2º, del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE⁷⁰. Esta norma permite determinar si una empresa lleva a cabo verdaderamente actividades sustantivas en un determinado país. Conforme a esta disposición, las autoridades competentes realizarán una evaluación global de todos los elementos fácticos que, teniendo en cuenta un marco temporal amplio, caracterizan las actividades que lleva a cabo la empresa en el Estado miembro de establecimiento y, cuando sea necesario, en el Estado miembro de acogida. Estos elementos podrán incluir, en particular, los siguientes:

- a) El lugar donde la empresa tiene su domicilio social y su sede administrativa, ocupa espacio de oficina, paga sus impuestos y cotizaciones a la seguridad social y, si procede, posee una

⁶⁷ No así a los desplazamientos intragrupo contemplados por el artículo 1, apartado 3º, letra b) de la Directiva 96/71/CE, vid. J. MORENO I GENÉ (2003), *Aspectos jurídico-laborales de las empresas filiales: la identificación del empresario responsable*, Madrid, Tecnos, [p. 320].

⁶⁸ *In casu*, Josef Plum era propietario de dos empresas de construcción en Alemania. Posteriormente, éste funda una sociedad holandesa con domicilio en Heerlen (Países Bajos), con la finalidad de hacer frente a la competencia cada vez más fuerte ejercida en Alemania por las empresas de construcción neerlandesas, cuyos costes salariales y cargas sociales eran inferiores a los de las empresas alemanas. De este modo, la sociedad holandesa, mediante trabajadores contratados en Holanda y desplazados a Alemania, ejecutaba los contratos de prestación de servicios para las dos empresas alemanas del Sr. Plum. Dicha empresa asumía únicamente proyectos de construcción en Alemania, aunque la duración prevista de los trabajos para cada uno de los citados proyectos nunca superaba los doce meses.

⁶⁹ STJUE de 10 de febrero de 2000, (asunto C-202/97, *FTS*), párrafo 53.

⁷⁰ Sobre su trasposición en España vid. M. LLOBERA VILA, “El desplazamiento temporal de trabajadores y normas de protección del Estado de prestación temporal de servicios”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* n. 132/2017, pp. 189-216.

- licencia profesional o está registrada en las cámaras de comercio o los colegios profesionales pertinentes de acuerdo con la normativa nacional;
- b) El lugar donde se contrata a los trabajadores desplazados y el lugar desde el que se les desplaza;
 - c) El derecho aplicable a los contratos que celebra la empresa con sus trabajadores, por un lado, y con sus clientes, por otro;
 - d) El lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental y donde emplea personal administrativo;
 - e) El número de contratos celebrados o el volumen de negocios obtenida en el estado miembro de establecimiento, o ambos, teniendo en cuenta la situación específica de, entre otras, las empresas y pyme de reciente creación.

67. Ciertamente, la incorporación de esta jurisprudencia a los términos de la Directiva 2014/67/UE resulta una eficaz barrera frente a las “empresas buzón”. Sin embargo, hubiera resultado mucho más útil que la noción de “actividades significativas” (al igual que la de la existencia de un “genuino vínculo laboral”) pudiera ser aplicada por los Estados a fin de evitar *ex ante* los riesgos asociados a las empresas de “buzón”, mediante la imposición de controles y sistemas de autorización previos y generalizados.

68. Ello permitiría prevenir los riesgos asociados a las relaciones de empleo triangulares, donde resulta difícil prevenir los fenómenos interpositorios de mano de obra y la cesión de trabajadores por “empresas de buzón”. Sin embargo, tales controles se consideran “excesivamente gravosos” para los operadores económicos por el TJUE, por entender que una medida de control previo al desplazamiento no puede justificarse por la necesidad de garantizar que el desplazamiento se efectúa de manera legal⁷¹.

69. La Directiva 2014/67/UE ha adoptado esta concepción restrictiva del principio de proporcionalidad desarrollada por el TJUE (considerandos 4º, 36º, 47º, 50º y artículos 9.1, 9.2, 9.3, 10.2, 12.1, 12.4, 12.6 y 17); criticable en tanto que hace suya una noción exacerbada de la libertad económica que va mucho más allá de la garantía de la paridad de trato de los operadores externos. Lo cual, además, de su inferior eficacia en la prevención de dicho fenómeno, supone un traspaso de las cargas económicas y administrativas al Estado.

2. Las “empresas buzón” a la luz de las normas de carácter sectorial.

A) El dumping social en el sector transporte por carretera.

70. Según ponen de relieve los recientes informes de la Comisión Europea “la movilidad es el principal sector económico en el mundo”. Concretamente, si nos referimos al transporte intracomunitario por carretera se encuentra en un momento de particular expansión: se calcula que el transporte de pasajeros crecerá alrededor del 42 por ciento entre 2010 y 2050, y que el transporte de mercancías se incrementará en un 60 por ciento. En términos de empleo, en el sector del transporte y de almacenamiento trabajan más de once millones de personas, lo que representa más del 5 por ciento del total del empleo de la Unión Europea (UE). Además, las empresas de transporte por carretera de la UE emplean directamente a cerca de cinco millones de personas que trabajan en alrededor de 915.000 empresas, en su mayoría pequeñas y medianas⁷².

⁷¹ Por todas, STJUE de 21 de septiembre de 2006 (C-168/04, Comisión/Austria) [párrafo 26]; STJUE de 19 enero 2006 (asunto C-244/04, Comisión/Alemania) [párrafos 33-37 y 45-51]. En Comisión contra Alemania, por ejemplo, la alternativa propuesta por el Tribunal radica en la realización de controles a posteriori, frente a la exigencia estatal de demostrar un vínculo habitual *ex ante* entre el trabajador desplazado y el prestador de servicios. Vid también. Comunicación de la Comisión, Bruselas, 4.4.2006, COM (2006) 159 final, “Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios”, SEC(2006) 439, [apartado 2.1.c)], que recoge la jurisprudencia del Tribunal en este sentido. Cfr. Directiva 123/2006 de Servicios, considerando 54.

⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Europa en movimiento: una Agenda para una transición socialmente justa hacia una movilidad limpia, competitiva y conectada para todos. COM/2017/0283 final, Bruselas, 31.05.2017, p. 6.

71. De modo que este sector se considera uno de los motores, nunca mejor dicho, de la economía europea. El transporte por carretera ocupa cerca de la mitad del total de la actividad de transporte de mercancías (casi tres cuartas partes, transporte terrestre) y es la principal forma de transporte de viajeros, lo que supone prácticamente el 5 por ciento del producto interior bruto (PIB) de la UE y el 20 por ciento de las exportaciones de la UE a sus principales socios comerciales⁷³.

72. Sin embargo, en la última década, son muchas las empresas del transporte que, apoyándose en las disposiciones de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento transnacional de trabajadores, han deslocalizado sus sedes principales a países de la antigua Europa del Este y utilizan ahora conductores contratados allí para cubrir los mismos servicios que ofrecían antes, acogidos a inferiores costes laborales en dichos países.

73. Esto ha hecho que determinados países, como Francia o Alemania, aprovechando la transposición de la Directiva 2014/67/UE, impongan la aplicación del salario mínimo local para conductores extranjeros, considerándolos como desplazados; lo cual motivó la apertura por parte de la Comisión de varios recursos de incumplimiento⁷⁴. Esta legislación nacional pretende enfrentar la problemática de las “empresas de buzón” a partir de la imposición de estándares no armonizados.

74. Ciertamente, el fenómeno de la deslocalización de las grandes empresas de transporte hacia países de la UE con menos costes de explotación de la actividad se está extendiendo cada vez más en España y otros países de la UE.

75. En España, la Agencia Tributaria y la Inspección de Trabajo tratan de establecer líneas rojas⁷⁵. Al igual que la Inspección de Transporte que se muestra contundente con el fraude, al menos aparentemente. Según reza el *Plan de Inspección de Transporte por Carretera*⁷⁶ la persecución de las empresas buzón “va a ser uno de los principales objetivos marcados para el próximo año”. Para la Inspección de Transporte estas prácticas: “generan una situación de competencia desleal” y “son actividades fraudulentas”. Se dice que estas actividades “han sido perseguidas constantemente, y (...), si bien ya en el año 2016 se inició un sistema de actuación diferente contando con la colaboración expresa de otros cuerpos de inspección pertenecientes a otras Administraciones Públicas”⁷⁷. Las afirmaciones que se vierten en el Plan son muy contundentes, pero no se cita el fundamento jurídico sobre el que sostener las actividades inspectoras que se plantean en el mismo.

76. Veamos cuál es el trasfondo socioeconómico del actual fenómeno de deslocalización de empresas españolas de transporte hacia la Europa del Este. Lo primero que hay que tener en cuenta es que en el transporte de mercancías por carretera todos los países de Europa occidental están sujetos a convenios colectivos. Sin embargo, en los nuevos Estados miembros de la Europa Oriental, la ausencia de convenios colectivos es la norma. Por otra parte, las tasas de cotizaciones a la Seguridad Social van desde el 13% al 52% neto. Mientras que el salario bruto de un conductor internacional dentro de la UE oscila entre 300 a 3.300 € por mes. Por lo tanto, existe una diferencia de once veces entre el salario más alto y el más bajo incluidos todos los componentes sujetos a las cotizaciones a la Seguridad Social y al impuesto sobre la renta. Sumado a las cotizaciones, esto resulta una diferencia de 24 veces entre los dos extremos del espectro. En este aspecto, hay una gran división este-oeste. Por otra parte, en la mayor parte de los países europeos una proporción muy importante de la retribución no está sometida a

⁷³ Ibid.

⁷⁴ EUROPEAN COMMISSION – Press release Transport: Commission takes legal action against the systematic application of the French and German minimum wage legislation to the transport sector, Brussels, 16 June 2016

⁷⁵ Vid. INSPECCIÓN DEL TRABAJO. (2016). Criterio técnico 97/2016 sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación transnacional. 15.06.2016.

⁷⁶ FOMENTO, MINISTERIO (2017). Plan de Inspección de Transporte por Carretera. <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/A75B36A0-173F-428F-A547-FA5B0113FF01/140732/PlanInspeccion2017.pdf> [6/2/2018].

⁷⁷ Ibid.

cotización ni al impuesto sobre la renta, sobre todo en Europa oriental y meridional. Estos componentes retributivos consisten principalmente en dietas de viaje. Esta retribución no sujeta puede representar entre el 10% y el 76% del total de ingresos anuales de un conductor⁷⁸.

77. Teniendo en cuenta todos estos aspectos, el coste anual total de un conductor internacional varía entre 16.000 euros para un transportista búlgaro y 56.000 euros para un transportista belga. El número anual de horas conducidas por un conductor internacional de camiones varía de 1.540 horas en Francia a 2.025 horas en Lituania, siendo muy comunes prácticas de alrededor de 1.980 horas. Estas horas se ajustan perfectamente a la legislación de la UE⁷⁹.

78. Por lo tanto, el coste horario de la conducción internacional oscila entre 8 euros por hora para un transportista búlgaro y más de 33 euros por hora para su homólogo belga. Entre estos dos extremos, es muy común un coste medio de 10 € por hora para los transportistas de Europa del Este. Esto es el triple del coste medio en Europa Occidental. El kilometraje anual cubierto por un conductor internacional varía de 107.000 km para los conductores franceses a más de 140.000 para sus homólogos búlgaros, que de nuevo está perfectamente dentro de las normas comunitarias. Por lo tanto, el coste por kilómetro de un conductor internacional oscila entre 11 y 48 céntimos de euro por kilómetro⁸⁰.

B) El art. 43 LOTR y el Reglamento 1071/2009

79. En este contexto, la acción del Ministerio de Fomento se ha dirigido al control de prácticas “que resulten lesivas para la libre y ordenada competencia entre las empresas que operan en el mercado”. Se afirma que “la actuación inspectora debe ser inflexible con aquellas “empresas que, de forma reiterada y fraudulenta, distorsionan la libre competencia y la profesionalidad que se requiere para el ejercicio de la actividad, restableciendo la disciplina del sector y la competitividad en términos de igualdad”. De modo que “uno de los objetivos prioritarios de la inspección de transportes por carretera se centrará en el control del Dumping Social para lo que los controles se desarrollaran en carretera, en empresas de transportes y en cargadoras”⁸¹.

80. Frente a tales afirmaciones cabe por tanto plantearse: para nuestras autoridades, ¿qué es el dumping social? y, ¿qué son las empresas buzón? Eso es lo que no dice el Plan de la Inspección. Tampoco lo dicen las normas españolas. De modo que no resulta posible saber qué es exactamente lo que va a perseguir la Inspección, en qué normas se van a basar para el desarrollo de sus actuaciones, o dónde están tipificadas las infracciones relacionadas con el dumping social. Como es conocido, el Derecho sancionador está sujeto a reserva de ley y tiene que estar previstos legalmente los elementos del tipo es decir, cada uno de los elementos de la conducta punible, así como las sanciones concretas aplicables. También cabría dudar de los términos en los que tales sanciones pudieran existir, por cuanto el derecho de establecimiento en otro país comunitario está garantizado por el Derecho de la Unión, y como sabemos este Derecho tiene primacía por encima del Derecho nacional.

81. Es cierto que el art. 43 Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTR) establece que: “1. El otorgamiento de la autorización de transporte público estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los siguientes requisitos: [...] “f) Cumplir las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente”.

⁷⁸ COMITE NATIONAL ROUTIER (Comité Nacional de Carretera Francés). (2016). *Estudio comparativo de trabajo y condiciones de pago de los conductores de transporte internacional de camión en Europa*. http://www.aetrac.es/images/documentos/Comparativa_del_cnr.pdf [1/8/2017].

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ FOMENTO, MINISTERIO (2017). Plan de Inspección de Transporte por Carretera. <https://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/A75B36A0-173F-428F-A547-FA5B0113FF01/140732/PlanInspeccion2017.pdf> [6/2/2018].

82. Si bien esto no es una conducta tipificada a efectos de sanción, cabría establecer hasta qué punto esta norma podría servir de punto de apoyo a la hora de plantear una retirada de la licencia. Pues la libertad de establecimiento está dotada de múltiples garantías en los Tratados, pero no es que no tenga límites, que los tiene.

83. Nos encontramos en un momento en el que la Administración está tratando de fijar su propia posición. Los contornos de problemas son difíciles de definir jurídicamente y además existen muchos intereses imbricados por parte de los distintos sujetos afectados. La Inspección de Transportes está recabando el apoyo de otras Administraciones, en concreto Hacienda y la Inspección de Trabajo. De hecho, la Inspección de Transportes “considera conveniente una actuación conjunta de todas Administraciones”. Sin embargo, como veremos, las normas comunitarias, por ahora son las únicas para abordar este tema.

84. Los requisitos exigidos por el art. 5 del mencionado Reglamento 1071/2009 relativo a las normas para el ejercicio de la profesión de transportista pueden servir para acotar el fenómeno de las “empresas buzón”; especialmente si lo ponemos relación con la jurisprudencia relevante del TJUE. Según esta norma un establecimiento válido debe:

- a) Tener un establecimiento situado en ese Estado miembro con locales en los que se conserven los documentos principales de la empresa: en particular sus documentos contables, los documentos de gestión del personal, los documentos con los datos a los tiempos de conducción y reposo y cualquier otro documento al que deba poder acceder la autoridad competente que permita comprobar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el presente Reglamento. Los Estados miembros podrán exigir que los establecimientos situados en su territorio tengan disponibles asimismo otros documentos en todo momento en sus locales.
- b) Disponer de uno o más vehículos (en España son tres vehículos, aunque ha sido condenada por ello por el TJUE⁸²), matriculados o puestos en circulación de otra manera con arreglo a la legislación de ese Estado.
- c) Ejercer efectiva y permanentemente sus operaciones relativas a los vehículos con el equipamiento y las instalaciones técnicas adecuadas, en un “centro de explotación” situado en ese Estado miembro con el equipamiento administrativo necesario.

85. En relación a este último elemento, la jurisprudencia del TJUE nos permite establecer qué cabría entender como “centro de explotación”. Para ello, cabe acudir a la Sentencia *Koelzsch*, en la que se realiza una interpretación sistemática en favor de la utilización de la jurisprudencia relativa al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas⁸³. Sirviéndose de dicha jurisprudencia, el TJUE identifica una serie de elementos fácticos, que deben ser conjugados por el juez nacional. El criterio general viene referido a un centro de actividad el cual o a partir del cual el trabajador desempeña efectivamente su actividad profesional, y a falta de un centro de actividad, se tendrá en cuenta el lugar: (a) dónde realice la mayor parte de su trabajo; (b) a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo; (c) dónde se encuentran las herramientas de trabajo; (d) dónde efectúa principal-

⁸² En la STJUE de 8 de febrero de 2018, Comisión Europea / Reino de España, C-181/17) se declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 3, apartados 1 y 2, y del artículo 5, letra b), del Reglamento (CE) n.º 1071/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen las normas comunes relativas a las condiciones que han de cumplirse para el ejercicio de la profesión de transportista por carretera y por el que se deroga la Directiva 96/26/CE del Consejo, al imponer como requisito para obtener una autorización de transporte público que las empresas dispongan al menos de tres vehículos.

⁸³ Actualmente, Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012. El art. 8.2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (en adelante, “el Reglamento 593/2008” o “RR”) efectúa una codificación de la jurisprudencia relativa al artículo 5.1 del Convenio de Bruselas. Concretamente, la contenida en la STJUE de 13 de julio de 1993, C-125/92, *Mulox*, y en la STJUE de 9 de enero 1997, C-383/95, *Rutten*. Vid. G. UGLJESA, *The European private international law of employment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, pp.109 ss.

mente su actividad; (e) el lugar al que el trabajador regresa una vez finalizadas sus misiones; y (f) dónde cumple la parte principal de sus obligaciones frente al empresario⁸⁴.

86. En esta jurisprudencia el TJUE considera coincidente el concepto de “lugar habitual de prestación de servicios” en el art. 6.2.a) del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales⁸⁵, (en adelante, “el Convenio de Roma” o “CR”)⁸⁶ y el art. 8.2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo y el Consejo, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), (en adelante, “el Reglamento 593/2008” o “RR”).

87. Con ello se ha producido un proceso de ampliación del ámbito aplicativo de la *lex loci laboris* como criterio de conexión, que se ha descrito por la doctrina como “el tránsito del lugar habitual al lugar principal”⁸⁷, desde el momento en que incluye también aquel país “a partir” del cual se desarrolle la prestación de servicios. En ello insiste la Abogada General Trstenjak, cuando pone de relieve que con ello se pretende “en la medida de lo posible, que la ley aplicable al contrato de trabajo se establezca sobre la base de dicho artículo [...]. Por lo tanto, es esencial tomar en consideración el centro de actividad del trabajador, aunque lo único que haga desde ese lugar sea organizar sus actividades”⁸⁸.

88. El concepto de “centro de explotación” contenido en el art. 5 del Reglamento 1071/2009 resultará particularmente útil en la prevención de las “empresas buzón” cuando a la exigencia de instalaciones técnicas adecuadas, se añade el elemento que determina como centro de explotación aquel “a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones, recibe las instrucciones y organiza su trabajo”. Lo cual conecta con el lugar en el que reside su empresario “real”, tal como ocurre cuando aplicamos la doctrina relativa a la cesión ilegal de trabajadores, según analizaremos con más profundidad en las páginas que siguen.

C) El “mobility pack”

89. La Comisión Europea contestó a la pregunta planteada por la eurodiputada Izaskun Bilbao Barandica que planteábamos al inicio de este trabajo⁸⁹, aludiendo a la necesidad de una normativa específica para el transporte que aborde los problemas de dumping social; y en definitiva, defendiendo la misma posición que ha venido manteniendo durante el procedimiento de tramitación de la reforma de la Directiva 96/71/CE⁹⁰:

⁸⁴ STJUE de 15 de marzo de 2011, asunto C-29/10, HeikoKoelzsch, apartados 44-49; STJUE de 15 de diciembre de 2011, Voogsgeerd, C-384/10, apartados 36-41.

⁸⁵ Convenio 1992/529/CEE, de 18 de mayo, por el que se produce la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa del Convenio 1980/934/CEE, de 19 de junio, DOL 18 noviembre 1992, núm. 333, p. 1, que entra en vigor el 1 de septiembre de 1993.

⁸⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA, “El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 1, Nº. 2, 2009, pp. 52-133.

⁸⁷ M. GARDEÑES SANTIAGO, “La regulación contractual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida”, *Anuario español de derecho internacional privado* n. 8, 2008, p. 409.

⁸⁸ Vid. Conclusiones de la abogada general Sra. Verica Trstenjak presentadas el 16 de diciembre de 2010, HeikoKoelzsch, asunto C-29/10, apartado 77.

⁸⁹ Vid. sobre la problemática expuesta, M. FINGER & N. BERT (2017), “A European single market for road transport? From patchwork to a well- functioning and socially fair EU road transport market”. *Policy Brief* n. 5/2017; TRANSPO project (Road Transport Sector and Posting of Workers). (2012), *The inspection activity within posting of workers in the road transport: a guide for control authorities*. Line of Action “Pilot Projects on Working and Living conditions of posted workers” – contract ref. no. VS/2010/0624: European Commission – DG Employment, Social Affairs and Equal Opportunities. Retrieved from http://www.tagliacarne.it/files/141031/guida_transpo_inglese.pdf [5/4/2017]; G. ZAJAC, (2015), “Contemporary Aspects of European Transport Policy”, *Journal of International Trade, Logistics and Law* n. 1(1)/2015, 9–23. European Commission (2017), 2nd report from the Commission on the implementation by Member States of certain provisions concerning the access to the occupation of road transport operator, COM(2017) 116 final, Brussels, 7.3.2017.

⁹⁰ Que ha culminado con la aprobación de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (Texto pertinente a efectos del EEE) DO L 173 de 9.7.2018, p. 16/24

“El 8 de marzo de 2016, la Comisión adoptó una propuesta de Directiva que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores. Está previsto que la Directiva modificada sobre el desplazamiento de trabajadores se aplique a todos los sectores, incluido el transporte por carretera, siempre que se cumplan las condiciones de una situación de desplazamiento establecidas en dicha Directiva. La propuesta no contiene disposiciones específicas aplicables al transporte por carretera. Sin embargo, en el considerando 10 la Comisión reconoce que la aplicación de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte internacional por carretera plantea problemas y dificultades de carácter jurídico, debido a la elevada movilidad del trabajo en este sector. Considera, no obstante, que sería más adecuado que estos problemas se abordasen a través de una legislación sectorial específica junto con otras iniciativas de la UE dirigidas a mejorar el funcionamiento del mercado interior del transporte por carretera”⁹¹.

90. En este sector, una de las cuestiones más candentes es la diferencia de interpretación y aplicación en cada uno de los Estados miembros, de las normas contenidas en la Directiva 96/71/CE, y en el Reglamento (CE) núm. 593/2008 (Roma I). El Reglamento 593/2008 y la Directiva 96/71/CE establecen normas de obligado cumplimiento en materia de empleo aplicables en el país en el cual o desde el cual se ejerza habitualmente la actividad (incluidos los salarios mínimos), con independencia del país de base del empleado o de la ley fijada en el contrato de trabajo.

91. Son así particularmente marcadas las diferencias entre Estados miembros de la UE⁹², a la hora de aplicar las disposiciones de la Directiva 96/71/CE a los servicios de cabotaje (el cabotaje es el transporte nacional de mercancías realizado por transportistas no residentes, con carácter temporal, en el territorio de un Estado miembro de acogida)⁹³. También existen especiales dificultades para controlar el cumplimiento de estas normas atendiendo a que, como hemos visto, el Derecho de la Unión limita la capacidad administrativa de las autoridades nacionales a la hora de efectuar comprobaciones.

92. El vacío jurídico es evidente. *Sólo* contamos con lo dispuesto en el Reglamento (CE) n. 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, cuando en el apartado 17 de su Preámbulo establece que “Las disposiciones de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, se aplican a las empresas de transporte que efectúan transportes de cabotaje”.

93. El legislador no ha dispuesto nada más respecto al modo en el que debe ser aplicada la Directiva 96/71/CE a este sector; siendo múltiples los problemas en los que se enfrentan los gobiernos, las empresas y los sindicatos a la hora de exigir el cumplimiento y control de esta normativa⁹⁴. De ahí que haya planteado, por parte de la Comisión, varias propuestas regulatorias a fin de clarificar las normas de

⁹¹ Respuesta de la Sra. Thyssen en nombre de la Comisión. Preguntas parlamentarias, 15 de junio de 2016, E-002369/2016 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2016-002369&language=ES> [13/07/2018]

⁹² AUKJE VAN HOEK, & MIJKE HOUWERZIJL (2011), *Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union*, (March), 363, <http://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6677&langId=en> [5/9/2017], p. 33 y ss.

⁹³ Para la definición de cabotaje hay que acudir al Reglamento (CE) n. 1072/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por el que se establecen normas comunes de acceso al mercado del transporte internacional de mercancías por carretera (DO L 300 de 14.11.2009), en cuyo artículo 8 se establece que “Una vez entregadas las mercancías transportadas en el curso de un transporte internacional entrante, los transportistas de mercancías por carretera contemplados en el apartado 1 estarán autorizados a realizar, con el mismo vehículo o, si se trata de un vehículo articulado, el vehículo de tracción de dicho vehículo, hasta tres transportes de cabotaje consecutivos a un transporte internacional procedente de otro Estado miembro o de un tercer país y con destino al Estado miembro de acogida. La última descarga en el curso de un transporte de cabotaje previa a la salida del Estado miembro de acogida deberá tener lugar en el plazo de siete días a partir de la última descarga en el Estado miembro de acogida en el curso del transporte internacional entrante. En el plazo mencionado en el párrafo primero, los transportistas podrán realizar alguno o todos los transportes de cabotaje permitidos en dicho párrafo en cualquier Estado miembro con la condición de que se limiten a un transporte de cabotaje por Estado miembro en los tres días siguientes a la entrada en vacío en el territorio de dicho Estado miembro”.

⁹⁴ AUKJE VAN HOEK, & MIJKE HOUWERZIJL (2011), *op.cit.*

la UE relativas al desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte por carretera (“el paquete de movilidad”)⁹⁵.

94. Con todo, el paquete de movilidad ha sido objeto de mucha controversia. De hecho, el pasado 4 de julio 2018, el Parlamento Europeo rechazó las propuestas específicas sobre tiempos de conducción y descanso de conductores profesionales⁹⁶, así como la normativa específica respecto al desplazamiento y cabotaje. Los europarlamentarios exigieron normas que fueran más garantistas en relación al tiempo de descanso de los conductores, sin las lagunas de la propuesta actual; así como la eliminación de cualquier forma de discriminación salarial basada en la nacionalidad⁹⁷. El rechazo del Parlamento de los tres expedientes ha supuesto su devolución a la Comisión de Transporte. De modo que esta deberá analizar tales motivos del mismo e iniciar nuevos trabajos a fin de garantizar un mayor consenso, que impida un tercer fracaso en el Parlamento.

95. El Parlamento europeo ya se había posicionado al respecto en su Resolución de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea⁹⁸ cuando insta a la Comisión a poner en marcha, entre otras, las siguientes medidas:

- a) La intensificación de los controles de la observancia de los tiempos de trabajo, disponibilidad, conducción y descanso en todos los sectores relevantes, como la construcción, la restauración, la salud y el transporte, y que se sancionen las infracciones graves;
- b) La aplicación de manera colectiva a los trabajadores móviles de la industria del transporte por carretera el artículo 8, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 593/2008 (Roma I) tal y como se interpreta en la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Koelzsch (C-29/10, de 15 de marzo de 2011);
- c) Se solicita a la Comisión que proponga recomendaciones específicas basadas en indicadores de la existencia de una relación de trabajo de conformidad con la Recomendación n.º 198 de la OIT sobre la relación de trabajo,
- d) Y se rechaza cualquier nueva liberalización del cabotaje en tanto no se haya reforzado la aplicación del marco legislativo actual.

96. A luz de estas consideraciones, la propuesta de la Comisión plantea en materia laboral, entre otras cuestiones, que todas las operaciones de cabotaje se respeten la normativa nacional sobre salario mínimo; la sujeción de dicha normativa al principio de proporcionalidad y de remoción de BNA (barreras no arancelarias)⁹⁹; y la introducción de un sistema de control del cumplimiento. Se proponen

⁹⁵ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/22/CE en lo relativo a los requisitos de control del cumplimiento y se fijan normas específicas con respecto a la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2014/67/UE para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera, COM/2017/0278 final - 2017/0121 (COD). Comisión Europea. (2017). Propuesta de Reglamento por el que se modifican el Reglamento (CE) n. 1071/2009 y el Reglamento (CE) n. 1072/2009 con el fin de adaptarlos a la evolución del sector (Vol. 0123). Bruselas, 31.5.2017, COM(2017) 281 final, 2017/0123 (COD).

⁹⁶ La Comisión propone dos descansos semanales reducidos en ruta de 24 horas, en un periodo de cuatro semanas, siempre que se compensen las horas restantes en el siguiente descanso semanal normal. Asimismo, se prohíbe el descanso regular de 45 horas en la cabina del camión, de forma que el empresario debe facilitar otro lugar de descanso, siempre que no pueda planificarse la vuelta a casa para realizar este descanso. Por otra parte, esta vuelta a casa deberá producirse cada tres semanas.

⁹⁷ Vid. Debates del Parlamento Europeo. Requisitos de control del cumplimiento y normas específicas para el desplazamiento de los conductores en el sector del transporte por carretera (A8-0206/2018), 04-07-2018, [P8_CRE-PROV(2018)07-04 (9 .1)] <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bCRE%2b20180704%2bITEM-009-01%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fES&language=ES> [4/7/2018].

⁹⁸ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea (2015/2255(INI)).

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2016-0346&language=ES&ring=A8-2016-0255> [8/4/2017].

⁹⁹ Sobre el particular, M. LLOBERA VILA “La Directiva 96/71/CE: un instrumento de eliminación de barreras no arancelarias (BNA)”, en O. FOTINOPOULOU BASURKO (Coord.), *Presente y futuro del desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea*, pp. 67- 96, Atelier, 2017.

normas específicas sobre el desplazamiento de trabajadores en el sector del transporte por carretera que prevalecen sobre determinadas disposiciones de la Directiva 96/71/CE y de la Directiva 2014/67/UE. En concreto, se especifica el período mínimo de desplazamiento por debajo del cual las normas del Estado miembro de acogida sobre salario mínimo y vacaciones anuales remuneradas no se aplican a los transportes internacionales por carretera. En consecuencia, dicho salario será aplicable cuando el transportista esté más de tres días en un periodo de un mes en ese país, durante un servicio de transporte internacional. Este umbral temporal no se aplica al cabotaje, ya que todo el transporte se realiza en un Estado miembro de acogida.

97. En efecto, el salario mínimo y las vacaciones anuales mínimas del Estado miembro de acogida deben aplicarse siempre al cabotaje, con independencia de la frecuencia y la duración de los transportes realizados por un conductor. A través de la modificación del Reglamento (CE) 1071/2009 sobre acceso al mercado de transporte internacional de mercancías¹⁰⁰, se propone que una operación de cabotaje pueda afectar a varios puntos de carga, varios puntos de entrega o varios puntos de carga y entrega, con las siguientes modificaciones: (a) eliminar el número máximo de operaciones de cabotaje que pueden realizarse en un Estado miembro de acogida tras un transporte internacional entrante, y se reduce el número máximo de días para efectuar dichas operaciones de cabotaje, que quedaría en cinco; (b) suprimir el requisito de acreditar fehacientemente cada operación de cabotaje llevada a cabo, ya que resulta superfluo como consecuencia de la modificación anterior; (c) además, la prueba del cumplimiento de las restricciones de cabotaje debe presentarse durante el control de carretera y posiblemente por medios electrónicos, con lo que se simplifican los procedimientos.

98. Asimismo, la Comisión propone la supresión de la norma que hasta ahora permite la imposición, por parte de los Estados miembros, de condiciones adicionales para el ejercicio de la profesión. Esta posibilidad ha provocado la aparición de divergencias en el cumplimiento de las normas comunitarias. En consecuencia, la nueva norma contempla que los únicos requisitos que se puedan imponer sean, exclusivamente, los del Reglamento (CE) sobre acceso a la profesión de transportista. En cambio, se establece que los expedidores y transitarios sean objeto de sanciones en caso de que a sabiendas encarguen servicios de transporte que supongan la infracción de lo dispuesto en dicho Reglamento.

99. También vale la pena hacer mención a la introducción de una serie de modificaciones para aclarar y armonizar mejor la evaluación de la honorabilidad y ampliar la lista de infracciones que pueden acarrear la pérdida de la honorabilidad y por tanto de la licencia. En particular, se propone añadir: (a) las infracciones graves de las normas fiscales nacionales se tengan en cuenta para la evaluación de la honorabilidad del gestor de transporte o de la empresa de transporte; y (b) las infracciones graves de las normas de la UE sobre el desplazamiento de trabajadores y la legislación aplicable a las obligaciones contractuales, para que se tengan en cuenta en la evaluación de la honorabilidad del gestor de transporte o de la empresa de transporte. Por ello, se concreta el procedimiento administrativo que debe seguir la autoridad competente del Estado miembro de establecimiento de una empresa de transporte o gestor de transporte que ha cometido una grave infracción de las normas nacionales o de la UE, a fin de determinar si esa empresa de transporte o gestor de transporte ha perdido la honorabilidad¹⁰¹.

100. Por otra parte, en cuanto a los sistemas de control, los Estados miembros deberían llevar a cabo un número mínimo de controles del cumplimiento de las disposiciones de cabotaje (es decir, el 2 % de las operaciones de cabotaje desde el 1 de enero de 2020 y el 3 % desde el 1 de enero de 2022)¹⁰².

¹⁰⁰ DO L 300 de 14.11.2009, p. 72.

¹⁰¹ Por otra parte, la Comisión Europea está facultada para establecer infracciones que puedan llevar a la pérdida de honorabilidad, además de las relacionadas en el anexo IV. En este contexto, se propone facultar a la Comisión para definir el nivel de gravedad de las infracciones también en función de su potencial de falsear la competencia. Deben tratarse de la misma forma las infracciones que puedan perjudicar las condiciones laborales, debido a sus efectos sobre la competencia.

¹⁰² La Comisión también está proponiendo medidas dirigidas a fomentar un mayor uso de los documentos electrónicos y de intercambio de información entre las autoridades nacionales competentes a través de bases de datos interconectadas, con vistas

101. Por último, y más relevante a efectos de este trabajo, se incorpora una modificación del artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 1071/2009 sobre el requisito de establecimiento, para garantizar que las empresas establecidas en un Estado miembro tengan allí una actividad real y continua. El requisito de establecimiento real se hace más exigente y en particular se propone lo siguiente:

- a) Distinguir entre el ejercicio de actividades administrativas y comerciales, por una parte, y las operaciones con vehículos, por otra. Entendemos que esto permitiría asegurar que el establecimiento real corresponde al “centro de explotación” en los términos de la Sentencia *Koelzsch*, que se han expuesto, y no a un centro de trabajo sin operaciones correspondientes a la actividad real de la empresa.
- e) Exigir a las empresas que mantengan activos y empleen a personal en el Estado miembro de establecimiento en proporción a la actividad del establecimiento. Este elemento también ofrece posibilidades de actuación a la Inspección, por cuanto guarda paralelismos con el elemento relativo al volumen de negocios —como el contenido en la Directiva 2014/67/UE, pero dotándole de un valor adicional por cuanto se establece un criterio de proporcionalidad con el número de contratos laborales.
- f) Además, los contratos comerciales y laborales tendrían que conservarse en los locales situados en el Estado miembro de establecimiento.

102. El rechazo al paquete de movilidad, justificado en muchos de sus puntos, no debe enterrar una cuestión tan prioritaria como el control de las “empresas buzón”. El esfuerzo realizado en la formulación de estas propuestas, además, podría ser aprovechado para darles un alcance general que trascienda el ámbito de los transportes; así como para dotarlas de un contenido que tenga en cuenta la jurisprudencia antifraude y los conceptos desarrollados por el TJUE y la doctrina relativos al centro de explotación y de prestación característica. A esta cuestión dedicaremos el último apartado de este estudio.

IV. A modo de conclusión: ¿hasta dónde pueden llegar los Estados frente a las “empresas buzón”?

A) Una cosa es una sociedad “fantasma”, y otra, una sociedad deslocalizada.

103. Si algo podemos concluir, es que el Derecho de la Unión claramente prohíbe servirse de las libertades comunitarias en fraude de ley en caso de entramados completamente ficticios. De forma que una cosa es una sociedad “fantasma”, y otra, una sociedad deslocalizada que trata de aprovechar los inferiores costes sociales y fiscales de otro Estado comunitario, objetivo que, en sí mismo, no es ilícito a la luz del estado actual del Derecho de la Unión. Lo cual no obsta para que los Estados puedan tomar medidas para proteger sus propios mercados frente a este tipo de prácticas¹⁰³. Sin embargo, dicha acción estatal deberá tener carácter proporcionado y someterse a los principios de la Unión, en los términos que se expondrán en este apartado final.

104. En efecto, si bien en la Sentencia *Wolff*¹⁰⁴ se produce el reconocimiento expreso de la prevención del *dumping social* como razón imperiosa de interés general, existen dos pronunciamientos, *Finlarte* y *Portugaia*, en los que el TJUE no ha reconocido dicho objetivo como una razón imperiosa de interés general cuando tales medidas, además de su finalidad sociolaboral, están destinadas a proteger a

a soluciones de ventanilla única. La Comisión considera que los dispositivos digitales a bordo, como el tacógrafo digital, pueden proteger las condiciones de trabajo de los trabajadores, y suponen medios “menos gravosos” y más acordes con el principio de remoción de obstáculos de barreras no arancelarias (BNA), a la hora de controlar el cumplimiento de la normativa de la UE e intervenir en la aplicación de los sistemas de tarificación vial diferenciada. Estas medidas pretenden que estas tecnologías estén correctamente adaptadas para optimizar los nuevos sistemas de transporte inteligentes.

¹⁰³ Vid. K. MCGAURAN (2016), *The impact of letterbox-type practices on labour rights and public revenue*, ETUC, European Commission.

¹⁰⁴ STJUE 12 octubre 2004 (Wolff & Muller C-60/03) [parágrafos 41 y 42].

las empresas nacionales de una competencia basada en costes sociales. Particularmente, en *Portugaia*, el órgano jurisdiccional remitente interroga al TJUE sobre la posibilidad de excepcionar las disposiciones del artículo 56 TFUE a fin de proteger las empresas nacionales de este tipo de competencia [parágrafo 25]:

“¿Es compatible con el Derecho comunitario una interpretación de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios [...] o, en caso de que ésta no sea aplicable, una interpretación de los artículos 59 y siguientes del Tratado CE, según la cual las razones imperiosas de interés general, que pueden justificar una restricción de la libre prestación de servicios en los casos de desplazamiento de trabajadores, no solamente pueden consistir en la protección social de los trabajadores desplazados, sino también en la protección del sector de la construcción nacional y en la reducción del desempleo nacional para evitar tensiones sociales?¹⁰⁵.”

105. La respuesta del Tribunal no deja lugar a dudas: “no cabe justificar medidas que constituyan una limitación de la libre prestación de servicios en aras de objetivos de carácter económico, como la protección de empresas nacionales¹⁰⁶. El Tribunal de Justicia impide así que las medidas destinadas a evitar la discriminación inversa de las empresas nacionales (a las que se aplican estándares sociales superiores a los aplicables a los operadores transnacionales de otros países comunitarios) se tengan en cuenta en el juicio de proporcionalidad, reiterando lo ya dicho en *Finalarte*, en donde el TJUE había asimilado a un objetivo de carácter económico la *ratio* de una “Ley que pretendía luchar fundamentalmente contra la competencia supuestamente desleal ejercida por las empresas europeas que abonaban salarios bajos¹⁰⁷”.

106. Esto explica que el tribunal nacional en el asunto *Rüffert* argumente que proteger a las empresas constructoras alemanas frente a la competencia procedente de otros Estados miembros, persigue un objetivo de carácter económico que según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no puede constituir una razón imperiosa de interés general justificativa de una restricción de la libre prestación de servicios¹⁰⁸, añadiendo que la obligación de respetar los convenios colectivos “no permite alcanzar su igualdad efectiva [de los trabajadores desplazados] con los trabajadores alemanes sino que más bien impide que los primeros trabajen en Alemania *ya que su empresario no puede aprovechar la ventaja que le confiere el coste salarial*¹⁰⁹”.

107. De forma que dicho tribunal considera lícita la utilización de los costes salariales como elemento de competitividad reconociendo expresamente que, en el caso de la subcontratación transnacional, el desplazamiento de trabajadores cobra sentido cuando es posible aprovechar los inferiores costes sociales del país de origen.

108. También en *Laval* el Tribunal se negará a considerar la prevención del *dumping social* como un objetivo comunitario¹¹⁰. A este respecto, debe recordarse que las disposiciones que podrían amparar dicho objetivo, esto es, los artículos 151 y 153 TFUE (en materia de política social), no tienen en la jurisprudencia comunitaria la función de evitar el *dumping social*¹¹¹. En particular, en la

¹⁰⁵ STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, *Portugaia Construções*) [parágrafo 13, pregunta 2°].

¹⁰⁶ STJUE de 24 enero de 2002 (asunto C-164/99, *Portugaia Construções*) [parágrafo 26].

¹⁰⁷ STJUE 25 octubre 2001 (asuntos acumulados C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 y C-68/98 a C-71/98, *Finalarte*) [parágrafo 39].

¹⁰⁸ Conclusiones del Abogado General Sr. Yves Bot presentadas el 20 de septiembre de 2007 (asunto *Dirk Rüffert*, C346/06) [apartado 43]. En este procedimiento se sustanció un caso típico de *dumping social*. La empresa adjudicataria recurrió a los servicios de una empresa establecida en Polonia como subcontratante, dictándose una resolución penal contra el principal responsable de la empresa polaca imputándole haber abonado a los 53 obreros empleados en la obra el 46,57 % del salario mínimo fijado. STJUE de 3 abril 2008 (asunto *Dirk Rüffert*, C346/06) [apartado 11].

¹⁰⁹ Énfasis añadido. STJUE de 3 abril 2008 (asunto *Dirk Rüffert*, C346/06) [apartado 30].

¹¹⁰ Vid. STJUE de 18 diciembre 2007 (asunto C-341/05, *Laval un Partneri*) [parágrafo [112 y ss.].

¹¹¹ STJUE de 17 marzo 1993, (asuntos acumulados C-72/91 Y C-73/91, *Sloman Neptun*). Éste pronunciamiento se originó a raíz de una demanda interpuesta por el comité de empresa de la compañía naviera *Sloman Neptun*, que reputaban contraria

Sentencia *Sloman Neptum* el TJUE no admite la interpretación del tribunal nacional que consideraba que tales disposiciones incorporaban “la obligación de preservar la protección social existente, puesto que la mejora de las condiciones de vida y de trabajo constituye una de las finalidades del Tratado”. Para el TJUE, en cambio, éstas ostentan un carácter esencialmente programático e interpretativo de otras normas del Tratado y del derecho de la Unión derivado en el ámbito social, de modo que según su parecer, la aplicación de sus objetivos sociales “debe resultar de la actuación de la Comunidad, de la estrecha colaboración entre los Estados miembros y del funcionamiento del mercado común”¹¹². El TJUE desarrolla en este caso una interpretación literal del artículo 136, apartado 3º, cuando dispone que el funcionamiento del mercado traerá como consecuencia [natural] la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, cuyo redactado, como se recordará, mantiene básicamente el tenor del Tratado de 1957¹¹³, fruto de una concepción funcionalista de los derechos sociales, característica de los estadios iniciales de la Unión.

109. La prevención del dumping social, como objetivo exclusivamente estatal —y no asumido como objetivo comunitario— también cede frente a las libertades comunitarias en la Sentencia *Bundesdruckerei*, que ha considerado contraria al Tratado una norma alemana que exigía la incorporación de un salario mínimo obligatorio porque ello “privaría, por ello, a los subcontratistas establecidos en este último Estado miembro de obtener una ventaja competitiva de las diferencias existentes entre las cuantías de los salarios respectivos”¹¹⁴.

110. A estas consideraciones debemos añadir las presunciones que se han descrito, tanto en el ámbito fiscal, como en el social, en favor de la validez del establecimiento. Para ello, el Tribunal de Justicia se sirve del principio de equivalencia, que orienta hacia las actividades del país de origen, a fin de limitar la capacidad de control del país de destino, sin que implique transferencia de poder al nivel transnacional.

111. Como expone la doctrina, en sus orígenes el Derecho de la Unión aplicaba el mismo régimen jurídico a todas las prestaciones de servicios; de modo que, tanto en el caso del establecimiento como en el de la prestación temporal, dichas actividades quedaban sujetas al derecho del país donde se prestaban los servicios. Con el inconveniente, de que dichos operadores se veían inmersos en una pluralidad de regímenes que incrementaban considerablemente sus costes de transacción. Esto provocó, según apuntan A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el progresivo desarrollo de un estatuto jurídico propio de la libre prestación de servicios en torno a tres elementos básicos: (a) el principio del país de origen; (b) una interpretación jurisprudencial muy amplia del concepto de obstáculos a la libre prestación de servicios; y por último, (c) la aplicación del principio de proporcionalidad de un modo especialmente riguroso en cuanto a los términos de aplicación de ley del país de origen¹¹⁵.

112. Actualmente, la aplicación preferente de la legislación vigente en el país de establecimiento del prestador de servicios, tiene la virtualidad, como ya adelantábamos, de introducir una cierta dosis

al Tratado, y en particular al artículo 117 (actual artículo 136), una norma alemana que permitía someter a los trabajadores extranjeros (marineros no comunitarios), a condiciones de trabajo y de retribución inferiores que a los trabajadores alemanes, ya que a los primeros no se les aplicaba la legislación general alemana.

¹¹² STJUE de 17 marzo 1993, (asuntos acumulados C-72/91 Y C-73/91, *Sloman Neptun*), apartados 23 y 24.

¹¹³ Sobre el artículo 136 TCE (actual 151 TFUE) vid., J.M. MIRANDA BOTO (2008), “La incidencia del Tratado de Lisboa en el ámbito social”, *Temas laborales* n. 97/2008, [p. 18 y ss.].

¹¹⁴ Sentencia STJUE 18 septiembre de 2014 (C-549/13, *Bundesdruckerei*), se trata de los pliegos de condiciones de un contrato público. En concreto, el TJUE considera que la fijación de un salario mínimo que no guarda relación con el coste de la vida en el Estado miembro en el que se llevarán a cabo las prestaciones relativas al contrato público. Considera por tanto el TJUE, que cuando un licitador tiene previsto ejecutar un contrato público exclusivamente con trabajadores empleados por un subcontratista establecido en un Estado miembro distinto del de la entidad adjudicadora, “el artículo 56 TFUE se opone a la aplicación de una normativa del Estado miembro de esa entidad adjudicadora que obliga a ese subcontratista a pagar a los citados trabajadores un salario mínimo fijado por dicha normativa”.

¹¹⁵ A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (2000), “Algunas cuestiones sobre la libre prestación de servicios en el Mercado Único Europeo”, *Noticias de la Unión Europea*, n. 186, [p. 88].

de competencia entre sistemas normativos. Aunque existen autores que defienden que esto conlleva reajustes en los sistemas normativos nacionales que permiten lograr un equilibrio regulador óptimo¹¹⁶.

113. En contraste, la armonización social se defiende por parte de los sectores doctrinales más intervencionistas, los cuales consideran que cada Estado miembro es libre de aplicar y mejorar los estándares sociales, mientras cumpla con los mínimos establecidos. En esta línea de pensamiento, existe la posibilidad judicial de dotar de contenido real el objetivo perseguido por el art. 8 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 (RR), que según el TJUE, consiste en garantizar una protección adecuada al trabajador¹¹⁷. Aunque el art. 8.4 RR no permita una aplicación directa del principio *favor laboratoris* a partir de un test de mayor favorabilidad, ello no impide que la cláusula de escape pueda vehicular un control jurisprudencial antifraude como el que ya existe en materia fiscal, así como de evitación de los mecanismos interpositivos *ex art. 1.1 ET*. En efecto, el ulterior test de la existencia de “vínculos más estrechos” con el contrato que posibilita el art. 8.4 RR, puede resultar útil frente a mecanismos jurídicos carentes de realidad económica dirigidos a establecer una vinculación ficticia del contrato con un país de inferiores costes sociales. Especialmente, en aquellos supuestos en los que el 8.2 RR (por la imposibilidad de identificar una *lex locis executionis*) o el 8.2 *in fine* RR (por tratarse de trabajadores desplazados) no resulten instrumentos adecuados a la hora de establecer la ley que presenta *efectivamente* la conexión más estrecha.

114. Por otra parte, según ha recordado en reiteradas ocasiones el Tribunal de Justicia, la legislación debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables. Este imperativo de seguridad jurídica se impone con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, a fin de permitir que los interesados conozcan con exactitud el alcance de las obligaciones que se les imponen. Actualmente, el galimatías legal sobre los términos aplicativos en España del Derecho de la Unión dificulta considerablemente que la empresa española pueda actuar eficazmente en el mercado interior europeo; siendo necesario que las normas españolas adopten una perspectiva que, con estricto cumplimiento de la norma comunitaria, deje de perjudicar a las empresas nacionales en beneficio de sus competidoras; y sobretodo impida una precarización, cada vez mayor, de las condiciones de empleo de los trabajadores desplazados.

B) El artículo 4 de la Directiva 2014/6/UE: la noción de “centro de explotación” y de prestación característica

115. Para terminar, analizaremos un instrumento jurídico de nuevo corte, la Directiva 2014/67/UE, que aporta nuevas soluciones a viejos problemas; y cuya aplicación puede abrir nuevos escenarios de actuación frente a las limitaciones que ha presentado hasta ahora el Derecho de la Unión.

116. En particular, realizaremos una lectura de su artículo 4 a la luz de las nociones comunitarias de “centro de explotación” y de “prestación característica”. Dos elementos clave de articulación de la jurisprudencia que ha interpretado el Reglamento (CE) núm. 593/2008, y de los cuales puede realizarse una aplicación analógica de especial interés para el tema que tratamos, por las implicaciones prácticas que puede tener para operadores jurídicos.

117. Como vimos, el elemento relativo al “centro de explotación” del Reglamento (CE) n.º 1071/2009 guarda un estrecho paralelismo con el artículo 4.2 de la Directiva 2014/6/UE cuando éste se refiere en su letra a) al “lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental”. Este elemento es el que cabe considerar de mayor eficacia —junto con el elemento relativo al volumen de negocios—, frente a otros centros de conexión en los cuales el empleador tiene más posibilidades de “forum shopping” como (a) el domicilio social y sede administrativa; (b) el país donde tiene oficinas; (c) el país donde tributa y paga cotizaciones a la seguridad social; (d) el país donde tiene licencia profesional

¹¹⁶ Vid. A. MARCIANO/ J.M. JOSSELYN (2003), *From economic to legal competition. New perspectives on law and institutions in Europe*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, [p. 61 y ss].

¹¹⁷ STJUE de 12 de septiembre de 2013, Schlecker, C-64/12, apartado 34.

o registro en cámaras de comercio o colegios profesionales; (e) el lugar de contratación de los desplazados; (f) el lugar desde el que se les desplaza; (f) el Derecho aplicable a los contratos laborales; (e) el Derecho aplicable a los contrato con sus clientes; o (g) el número de contratos celebrados.

118. Como hemos visto, tanto la inspección, como el juez nacional, puede tomar en consideración cualquiera de estos elementos a efectos de su “valoración global”. Pero, sin duda, consideramos que la noción equivalente al “centro de explotación”, de la Sentencia *Koelzsch*, es la más interesante. No es que aquí postulemos un traspaso literal de los términos interpretativos de dicha jurisprudencia al artículo 4, letra a), relativa al “lugar donde la empresa realiza su actividad empresarial fundamental” de la Directiva 2014/6/UE¹¹⁸. No obstante, si dicha jurisprudencia sirve para establecer cuál es el “lugar habitual” de una prestación de servicios laboral, ello cual puede ser útil para establecer el “lugar habitual” de prestación de servicios a efectos del artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE.

119. En efecto, las pautas de las que se sirve el Tribunal para identificar cual es el país más vinculado al contrato laboral no resultan nada desdeñables, *mutatis mutandis*, a la hora de identificar el lugar con el que la actividad empresarial tiene vínculos más estrechos. Pues no puede perderse de vista que es la óptica laboral la que debe dar la pauta al intérprete en este caso. En efecto, en la valoración que deba hacerse del artículo 4 de la Directiva 2014/6/UE, el empresario interviene como contraparte en un contrato de trabajo y como poseedor de un conjunto de derechos y deberes. El sujeto actuante no es la empresa, sino el empresario, como concepto reflejo del concepto de trabajador, el cual no puede así “blindarse” frente a las normas imperativas que le impone la Directiva 96/71/CE.

120. Como es conocido, en el Informe Giuliano-Lagarde¹¹⁹ se construye un determinado concepto de prestación característica cuando se alude que “es precisamente la prestación por la que se debe el pago, lo que constituye el centro de gravedad y la función socioeconómica de la operación contractual”. Esto justifica la existencia de una presunción fundamental de conexión con el lugar desde el cual se organiza el trabajo. Es decir, en términos de nuestro Derecho nacional, el lugar desde el cual se actúa como verdadero empleador.

121. A esta perspectiva se adecúa la perspectiva de la Sentencia *Koelzsch*. Particularmente, cuando acude a elementos de ejecución contractual ligados a la ajenidad (medios de producción) y la dependencia (poder de dirección) en la ejecución de la prestación característica. La consagración del principio de sumisión del contrato a la ley de la prestación característica, dice el Informe, “permite efectivamente concretar la relación del contrato desde dentro y no desde fuera mediante elementos que no están en relación con la esencia de la obligación, tales como el lugar de celebración”. En consecuencia, cabe entender elementos de segundo orden cuestiones “externas” a dicha prestación característica tales como el lugar dónde la empresa pague sus impuestos, dónde está afiliada a la Seguridad Social, el domicilio social, o el hecho que el contrato de trabajo se someta a una ley u otra.

122. Efectivamente, cuando nos servimos de determinados vínculos de conexión “externos” al contrato en el sentido apuntado por el Informe Giuliano-Lagarde, ello puede implicar que, a menudo, se deje la determinación de la ley aplicable en manos de una de las partes. Concretamente, suele ser el empresario el que impone cómo se paga, qué convenio rige lo que se paga y cómo se cotiza, lo que también puede predeterminar el régimen fiscal. Un riesgo especialmente apreciable en el caso de trabajos menos cualificados, dónde la negociación de los términos del contrato es prácticamente inexistente. Son precisamente los trabajadores sin margen de negociación individual los que necesitan mayor protección jurídica, a partir de normas indisponibles para las partes.

¹¹⁸ Aunque si lo hemos hecho en el caso del Reglamento 1071/2009, puesto que la Sentencia *Koelzsch* trata expresamente un supuesto del sector de transporte; de modo que entendemos que la noción de “centro de explotación” es asimilable a la contenida en dicha jurisprudencia.

¹¹⁹ M. GIULIANO, P. LAGARDE, *Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations*, 31 october 1980, OJ C 282, pp. 19-20. Traducción propia.

123. En definitiva, puede interpretarse el artículo 4 de la Directiva 2014/67/UE a partir de un principio de sumisión a la ley de la prestación característica (contenida en la presunción que se recoge en el art. 8.2 del Reglamento (CE) núm. 593/2008); posibilitado una cláusula de escape, que permita descartarla si existe evidencia de lazos más estrechos en otro país derivados de la valoración del resto de elementos de valoración contenidos en el artículo 4.2 de la Directiva 2014/67/UE.

124. El “centro de explotación” de servicios se convierte, de esta forma, en un centro fundamental de imputación jurídica; que conecta directamente con la noción de dependencia contenida en el apartado 5º del artículo 4 de Directiva 2014/6/UE y con la doctrina española relativa al artículo 1.1 ET y 43 ET. Como se recordará dicho artículo de la Directiva dispone que:

“Los elementos a los que se refiere el presente artículo utilizados por las autoridades competentes en la evaluación global de una situación para considerarla desplazamiento real también podrán tenerse en cuenta a los efectos de determinar si una persona entra dentro de la definición aplicable de trabajador de conformidad con el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 96/71/CE. Los Estados miembros deben guiarse, entre otros elementos, por los hechos relacionados con “el desempeño del trabajo, la subordinación y la remuneración del trabajador”, independientemente de cómo se caracterice la relación en los acuerdos, contractuales o de otro tipo, que hayan pactado las partes”.

125. Tanto en *Voogsgeerd*¹²⁰, como en *Koelzsch*, el TJUE emplaza al juez a una conformación de la ley más vinculada valorando el lugar en el cual se reciben las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo. No cabe soslayar, en este sentido, la relevancia constitucional de esta tarea de “acotación” del concepto de trabajador pues, como ha escrito A. BAYLOS GRAU, las “operaciones de encuadramiento y definición del ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo [...] configuran el ámbito de ejercicio de derechos reconocidos por la Constitución”¹²¹, remitiéndose para fundar tal afirmación a las conclusiones *obiter dicta* de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 227/1998¹²²:

“El ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto sede natural de la definición de la categoría de trabajador no se encomienda al legislador en términos de una absoluta libertad de configuración. Por el contrario, las normas que en particular delimitan dicho ámbito subjetivo, en forma de exclusión o delimitación negativa de determinadas personas en razón de su actividad profesional o laboral, dada la relevancia constitucional que dicha exclusión adquiere, habrán de evitar que, por medio de las mismas, no se lleve a cabo una restricción constitucionalmente ilegítima de los trabajadores como sector social”.

126. Así, aplicando a los trabajadores desplazados los criterios desarrollados a nivel interno por el Tribunal Supremo se logra un adecuado tratamiento del elemento de dependencia —ya que la Directiva 96/71/CE en su artículo 1, apartado 3º, se refiere expresamente a que el desplazado esté sometido al poder de dirección de su empleador. De este modo, las actividades desarrolladas por “empresas buzón” transnacionales quedarían situadas en el extrarradio de aplicación de la Directiva 96/71/CE, lo que comportaría la aplicación de la legislación laboral de carácter imperativo del país en donde se presten dichos servicios, evitando de este modo el efecto de *dumping social* derivado de tales actividades. En este sentido, ha señalado la doctrina que “la única forma efectiva de evitar este efecto es asegurar la aplicación de las normas laborales del Estado en el que se vayan a prestar los servicios”¹²³.

¹²⁰ STJUE de 15 de diciembre de 2011, *Voogsgeerd*, C-384/10.

¹²¹ A. BAYLOS GRAU (2000), “La huida del derecho del Trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en Alarcón, M.R./Mirón, M.M., (coord.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Madrid., [p. 48].

¹²² STC 227/1998 de 26 noviembre [RTC 1998\227].

¹²³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/ M. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO (1996), “Contrato internacional de trabajo y Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: impacto en el sistema jurídico español”, *Relaciones Laborales* n. 10/1996, [p. 1356].

127. En efecto, como apunta M.E. CASAS BAHAMONDE, cuando la Directiva 96/71/CE se aparta de una caracterización comunitaria del concepto de trabajador¹²⁴ y se remite, en su artículo 2, apartado 2º, a las legislaciones nacionales para la determinación de la existencia de una relación laboral, en nuestro ordenamiento nos conduce a la noción contenida en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores¹²⁵. Le corresponde por tanto al país de acogida definir lo que es un trabajador¹²⁶, lo cual constituye un reducto de control estatal esencial, que se escapa del principio del país de origen.

128. La posibilidad de acotar en el nivel estatal el concepto de trabajador permite establecer ciertas limitaciones —desde los criterios desarrollados por la jurisprudencia española en materia de dependencia— a la cesión ilegal y a las “empresas buzón”. Estos criterios sin duda resultan eficaces en la identificación de los fenómenos interpositivos, aunque como ha advertido la doctrina, sería más adecuado que el punto de partida de la conformación legal y jurisprudencial de este instituto jurídico no exigiera “la obligada selección dentro de la relación triangular de único y exclusivo empresario, cuando realmente la posición empresarial es asumida por un sujeto plural”¹²⁷.

129. Así pues, la aplicación del derecho del mercado interior produce *de facto* una “ruptura de la relación triangular y la vinculación, ya no fáctica, sino jurídica entre el cesionario y los trabajadores”¹²⁸ que hace bueno el principio, contenido en nuestro artículo 6.4 del Código Civil, en virtud del cual la constatación de los elementos definitorios de fraude acarrea la aplicación precisamente de la norma que se hubiera tratado de eludir.

130. En consecuencia, en caso de empresario aparente a través de una “empresa buzón” no nos encontraríamos ante una prestación de servicios amparada por el artículo 56 TFUE, puesto que esta disposición, conforme a *Rush Portuguesa*, sólo se permite a los operadores transnacionales a desplazarse con *su* personal. De esta forma, los trabajadores que se encuentren desplazados en un Estado Miembro sin la cobertura del artículo 56 TFUE quedarán integrados en el mercado laboral de destino. De tratarse de trabajadores extracomunitarios éstos quedarán sometidos al orden público laboral, mientras que los trabajadores comunitarios, en virtud de la aplicación el artículo 45 TFUE, tendrán derecho a trabajar en dicho mercado en las mismas condiciones que los nacionales.

¹²⁴ En el ámbito de la Unión debe distinguirse el concepto laboral de trabajador conforme al artículo 39 TCE [actual 45 TFUE] del concepto en materia de Seguridad Social del artículo 42 TCE [actual 48 TFUE]. Vid. en este sentido C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO (2002), “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n. 37/2002, [p. 55 y ss.].

¹²⁵ M. E. CASAS BAHAMONDE (2002), “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 BAHAMONDE/ S. DEL REY GUANTER (Dir.), *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, Madrid, CES, [p. 11]. En el mismo sentido, B. GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO (2000), “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”, *Actualidad Laboral* n. 2/2000, [p. 18].

¹²⁶ Vid. Resolución del Parlamento Europeo sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE relativa al desplazamiento de trabajadores (2006/2038(INI)) de 26 Octubre 2006, [P6_TA(2006)0463], [p. 2, párrafo C.]

¹²⁷ M.L. MOLERO MARAÑÓN (2006), “Sobre el imparable fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores”, *Relaciones Laborales* n. 2/2006, [pp. 589-625].

¹²⁸ M.J. RODRÍGUEZ RAMOS (1995), *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, Tecnos, [pp. 95-96].

STATE LIABILITY AND THE ENFORCEMENT OF ARBITRAL AWARDS INFRINGING EU LAW, A ZERO-SUM GAME AFTER TOMÁŠOVÁ?

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR INEJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES QUE VIOLAN EL DERECHO DE LA UE, ¿UN JUEGO DE SUMA CERO TRAS TOMÁŠOVÁ?

CARLOS J. MOREIRO GONZÁLEZ

*Professor of International law
Carlos III University of Madrid*

Recibido: 26.06.2018 / Aceptado: 10.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4389>

Abstract: The CJEU doctrine regarding to commercial arbitration addresses several aspects of the complex relationships between arbitration and EU Law. Nonetheless, since there is no established regulatory standard, the national court's review of the conformity of arbitration awards with the EU legal order is conducted according to different criteria.

As national courts are faced with obligations of varying degrees, there is the risk of detaching themselves from the obligation to protect this legal order, with a corresponding impact on the creation of situations that could give rise to State liability for infringements of EU Law.

Although in its judgment in the Tomášová case the CJEU recognizes very restrictive grounds for the liability of a Member State in such circumstances, this does not exclude that such liability could be incurred under less restrictive circumstances either on the basis of internal law or international law.

Keywords: arbitration, award, public policy

Resumen: La doctrina del TJUE sobre el arbitraje comercial aborda varios aspectos de las complejas relaciones entre el arbitraje y la legislación de la UE. No obstante, dado que no existe una norma reglamentaria establecida, la revisión del tribunal nacional de la conformidad de los laudos arbitrales con el ordenamiento jurídico de la UE se lleva a cabo de acuerdo con diferentes criterios.

Dado que los tribunales nacionales se enfrentan a obligaciones de diverso grado, existe el riesgo de desvincularse de la obligación de proteger este ordenamiento jurídico, con el consiguiente impacto en la creación de situaciones que podrían dar lugar a la responsabilidad del Estado por infracciones del Derecho de la UE.

Aunque en su sentencia en el asunto Tomášová, el TJUE reconoce motivos muy restrictivos para la responsabilidad de un Estado miembro en tales circunstancias, esto no excluye que dicha responsabilidad pueda incurrirse en circunstancias menos restrictivas, ya sea sobre la base del derecho interno o del derecho internacional.

Palabras clave: arbitraje, laudo, orden público.

Summary: I. Introduction. II. The supervision of arbitral awards by the jurisdictional bodies of the Member States. 1. Legal background. 2. The lack of definition of the criteria for the supervision of arbitral awards. III. Tomášová, the national judge at a cross roads of legal uncertainty. 1. Legal background. The Tomášová case and the determination of the standards of public policy of the EU. IV. Final Remarks.

I. Introduction

1. This article analyzes the complex legal scenario where the courts of Member States of the EU have to deal with the review, recognition or enforcement of arbitration awards that infringe EU Law and which under certain circumstances could trigger the individual's right to compensation by application of the principle of State liability owing to an infringement of this legal order. The main arguments of this article are settled in sections III and IV. Section III deals with the national courts' role in reviewing arbitration awards. The practice to date in the areas of competition law and consumer protection highlights the national court's duty to review a disputed award by assessing its consistency with the EU Law. Generally, these are complex situations where the national judge does not have clear supranational criteria and the determination of the existence of serious breach of EU Law depends on the standard of review implemented at the internal level.

2. In this circumstances it is difficult to discern when could be attributable to an internal jurisdictional body the liability for applying awards that breach EU Law. Moreover, and according to the case law of the CJEU, the emergency of liability must be interpreted restrictively.

3. This issue and a key decision on the matter adopted by the Court, the Tomášová judgment, which underlies the features of the CJEU doctrine, are focusing in section IV.

II. The supervision of arbitral awards by the jurisdictional bodies of the Member States

4. The review of international awards by the jurisdictions of the Member States of the EU is subject to various legal uncertainties. Moreover, a confluence between international legality and EU Law may question in some cases the supervision of an international award applying the principles and rules of the law of the Union.

1. Legal Background

5. The courts of the Member States may legally review an arbitration award and decide, as appropriate, on its validity or invalidity in accordance with EU law. However, the exercise of that authority is based on two different sources that pursue different objectives, one of a supranational nature and another of an international nature. In practice this may lead to contradictory legal situations.

6. On the one hand, CJEU case law has established that, as national judges of EU Law, such courts are empowered to facilitate the resolution of proceedings of arbitral tribunals constituted under arbitration agreements based on the free consent of the parties¹, and to clarify inquiries as to the applicable law, as well as to review the arbitration award if it were subject to appeal or opposition, or another national procedure, including an appeal concerning exequatur. In any of these situations, the national court may also refer questions to the CJEU for preliminary ruling to ensure that EU law is fully respected, since the CJEU doctrine has repeatedly denied this power to arbitral tribunals.²

¹ According to a settled case law of the CJEU, arbitral tribunals are strictly defined as those constituted by a voluntary act of the parties, as expressed in a clause or agreement that attributes dispute resolution jurisdiction to a private body; see the Opinion of Advocate General Szpunar in the Ascendi case, C-377/13 [2014], EU:C:2014:246, points 19, 21, and 24. See also M. SZPUNAR: "Referrals of Preliminary Questions by Arbitral Tribunals to the CJEU", in F. FERRARI (ed.): *The impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, Chapter 3, (Juris Publishing LLC, 2017), 85, 123-124.

² See, e.g., the Nordsee case, 102/81 [1982], EU:C:1982:107, [10-13]; the Eco Swiss case, C-126/97 [1999], EU:C:1999:269, [34]; the Denuit et Cordenier case, C-125/04 [2005], EU:C:2005:69, [13]; and the Gazprom case, C-536/13 [2015], UE:C:2015:316, [36]. The CJEU emphasizes that it does not suffice if an arbitral tribunal renders decisions pursuant to the law, if its award has the authority of *res judicata* between the parties, or that it may constitute an enforceable instrument if it is granted an exequatur. For them to be deemed courts of a Member State, it is also necessary that their jurisdiction be mandatory for the parties, that their jurisdictional authority emanate directly from a public act and not from an act of the par-

7. Thus, it should be underlined that within their scope of ordinary jurisdictional authority national courts must always ensure that EU Law is respected throughout the territory of the Member States, a duty which is essential when dealing with the review of arbitration awards because arbitrators, who are members of these tribunals, are not bound by this same duty as they are not part of the public institutions³;

The safeguarding of the right of judicial protection ensures that claimants that question the validity of an arbitration agreement access to national courts. On the other hand, international agreements on arbitration binding on the Member States set forth specific provisions in this respect, empowering the national courts to examine the existence and effects of an arbitration clause and, as appropriate, determine whether the dispute should be resolved by means of said channel⁴. Accordingly, international law allows the national court to act with significant autonomy since the court with jurisdiction may refuse to recognize and enforce the award at issue upon carrying out a review of its validity in accordance with its national law, which would not require it to refer the question for a preliminary ruling to the CJEU⁵.

2. The lack of definition of the criteria for the supervision of arbitral awards

8. Since there is no clear regulatory standard established at a supranational level, the national courts' review of the compliance of arbitration awards is conducted according to different standards in view of the public policy of the European Union precisely as defined by the CJEU⁶.

9. The notion of public policy in the EU's legal order,⁷ includes the provisions and principles that constitute its legal foundation.⁸ Only in limited cases has the CJEU classified a provision or principle of EU law as a matter of public policy. For example, fundamental rights,⁹ and those Treaty provisions and deriving laws governing the EU's essential objectives, such as the functioning of the internal market,¹⁰ or the area of freedom, security and justice¹¹.

ties' free will, and that there be a sufficiently proximate link between the legal order of the Member State and the arbitration proceeding. The CJEU established in the *Nordsee* case that the national courts should refer a question for preliminary ruling in this situation, at [14-15].

The CJEU has underlined this position in regard to arbitral tribunals provided by agreements on international investments concluded between the Member States of the EU in case C-281/16, *Achmea* [2018], EU:C:2018:158, at [45-49].

Nevertheless, it is settled case law of the Court to recognize this power in respect of arbitral tribunals governed by public law; See, e.g., the *Vaassen Göbbels* case, 61/65 [1966], EU:C:1966:39 [1.A]; the *Handels-og KfiD* case, 109/88 [1989], EU:C:1989:383, [7-9]; the CJEU's Order in *Merck Canada*, C-555/13 [2014], EU:C:2014:92, [15-25]; and the *Ascendi* case, above n. 1 at [24-34]. See also the case C-26/16 *Santogal* [2017]; EU:C:2017:453, regarding to a Tax Arbitration Tribunal (Centre for Administration) in Portugal.

³ In this regard, see the *Broekmeulen* case, 246/80 (1981), EU:C:1981:218, [16-17].

⁴ See, the *Marc Rich* case, C-190/89 [1991] EU:C:1991:319 at [18]. Also, for example, the CJEU expressly referred to the obligation deriving from article II (3) of the New York Convention in the *West Tankers* case, C-185/07 [2009] EU:C:2009:69.

⁵ This possibility is based on letter a) of article V (2) of the New York Convention, on which Advocate General Wathelet relied in his opinion on the *Gazprom* case, EU:C:2014:2414, points 142-143. It should be also underlined that the simultaneous existence of multiple sources of law on the basis of which the national court may decide a case is likely to create situations of legal uncertainty; See *S. HINDELAND*, 'Repellent Forces: The CJEU and Investor. State Dispute Settlement', 53 *Archiv des Völkerrechts* (2015), 68-69. Even if only in exceptional cases; See, *M. ILLMER*: "The Arbitration Interface with the Brussels I Recast: Past, Present and Future", in *F. FERRARI* (ed.), *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, cit. above n. 1, Chapter 2, 31, 60-62.

⁶ See *C. LIEBSCHER*: "European Public Policy. A Black Box?" (2000), *Journal of International Arbitration*, 17 (3), 73, 80-81.

⁷ See, *G. KARYDIS*: "L'ordre public dans l'ordre juridique Communautaire: un concept à contenu variable" [Public Order in the Community's Legal Order: A Concept with Variable Content], (2002), *RTD Eur*, 38 (1), 1, 12-14.

⁸ See the *Kadi* case, C-415/05P (2008), EU:C:2008:461 at [304].

⁹ See, *inter alia*, the *Trade Agency* case, C-619/10 (2012), EU:C:2012:531 at [52]; also, the *Krombach* case, C-7/98 (2000), EU:C:2000:164 at [38-39].

¹⁰ The text of article 101 TFEU as of the *Eco Swiss* case, above n. 2 at [36].

¹¹ The principle of mutual recognition of the decisions of the courts of another Member State by the court responsible for recognizing or enforcing them; see, among others, the *Openbaar Ministerie/A.* case, C-463/15 PPU (2015), EU:C:2015:364 at [23-31]; and the *P/Q* case, C-455/15 PPU (2015), EU:C:2015:763 at [53]. Similarly, the notion of public policy refers to those provisions that protect legal assets dependent on the implementation of European policies provided for in the Treaties to achieve the Union's objectives; some of the aforementioned provisions may be found in the field of consumer protection policy. See, *inter*

Nevertheless, as AG Wathelet pointed out in this Opinion on case Gazpom, the Court has not determined the criteria against which a provision of EU Law may be considered “essential”¹².

10. It must be also underlined that when the courts of the Member States exercise authority to review the validity of an arbitration award in the light of EU public policy, they are bound to ensure the principle of the effectiveness and the useful effect of the relevant provisions¹³.

11. Thus, the national court may therefore choose to conduct a minimalist review of the validity of the award, foregoing any examination of the arbitrators’ interpretation or application of the relevant rules under EU Law,¹⁴ or a maximalist type of review¹⁵.

12. CJEU case law on competition law is not very useful for providing Member State courts with rules by which they must review the validity of a disputed award.¹⁶

13. Initially, the Eco Swiss case gave the national courts broad discretion to rule on the compliance of awards with EU law, including respect for public policy¹⁷.

14. Similarly, in his Opinion in Genentech, Advocate General Wathelet defended the authority of the internal courts to conduct a maximalist review of the disputed award. Referring in particular to possible breaches of public policy provisions of competition law, he justified such review without the need for a fragrant or manifest breach of such rules, since in his view those provisions always establish mandatory rules whose violation must necessarily be reviewed by the national courts.¹⁸ The CJEU de-

alia, the Mostaza Claro case, C-168/05 (2006), EU:C:2006:675 at [37]; the Martín case, C-227/08 (2009), EU:C:2009:792 at [28]; and cases ac. Unicaja Banco and Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13, and C-487/13 (2015), EU:C:2015:21, at [30].

¹² See EU:C:2014:2414, Points 173-175.

¹³ See the Van der Weerd case, C-222/05 (2007), EU:C:2007:318 at [35-41].

¹⁴ See, *inter alia*, L. RADICATI DI BROZOLO: “When, why and How Must Arbitrators Apply Overriding Mandatory Provisions?. The Problems and a Proposal” in F. Ferrari (ed.): *The Impact of EU Law on International Commercial Arbitration*, cit., Chapter 11, 351, 380-382. See also, L. RADICATI DI BROZOLO: “Court Review of Competition Law Awards in Setting Aside and Enforcements Proceedings,” in G. BLANKE and P. LANDOLT (eds.): *EU and US Antitrust Arbitration*, above cit. fn. 5, Chapter 22, 755, paras 22-051-064.

¹⁵ See *inter alia*, P. MAYER: “The Second Look Doctrine: The European Perspective,” (2010), *American Review of International Arbitration*, 21 (1), 201.

¹⁶ See, e.g., G. BLANKE: “The ‘Minimalist’ and ‘Maximalist’ Approach to Review Competition Law Awards: A Never-Ending Saga Revisited or the Middle Way at Last?” in D. BRAY and H. BRAY (eds.): *Post Hearing Issues in International Arbitration*, (Juris Publishing 2013), 169, 185.

¹⁷ See the Eco Swiss case, above n. 2, at [32]. Moreover according to the Opinion of Advocate General Saggio courts must be allowed to conduct an ‘effective’ review of the award, EU:C:1999:97, Point 32. See also the doctrinal analyses of: A. MOURRE: “Les rapports de l’arbitrage et du droit communautaire après l’arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes” [Reports on arbitration and Community law after the Eco Swiss judgment of the Court of Justice of the European Communities], *Gazette du Palais*, III, Doct. 2000, 127, 131-132; S. PRECHAL and N. SHELKOPLYAS: “National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond,” (2004), *Eur. Rev. of Private Law*, 5, 589; and, L. RADICATI DI BROZOLO: “Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali” [Arbitration, Competition Law, Community Law and National Rules of Procedure], (1999), *Riv. Dell’arbitrato*, 4, 665.

¹⁸ However, Advocate General Szpunar stated in his Opinion in Diageo Brands that when deciding to deny recognition of an arbitration award, the public policy standard applied by the Court of Justice is less strict than if it were a court decision, which would suggest that any error of law by an Arbitral Tribunal that applies or misinterprets EU law could constitute a ground for annulment of the award; EU:C:2015:137; Point 54; The CJEU did not rule on this question in its Judgment; the Diageo Brands case, C-681/13 (2015), EU:C:2015:471, at [48-52]. Moreover according to the Opinion of Advocate General Saggio courts must be allowed to conduct an ‘effective’ review of the award, EU:C:1999:97, Point 32. See also the doctrinal analyses of: A. MOURRE: “Les rapports de l’arbitrage et du droit communautaire après l’arrêt Eco Swiss de la Cour de Justice des Communautés Européennes” [Reports on arbitration and Community law after the Eco Swiss judgment of the Court of Justice of the European Communities], *Gazette du Palais*, III, Doct. 2000, 127, 131-132; S. PRECHAL and N. SHELKOPLYAS: “National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond,” (2004), *Eur. Rev. of Private Law*, 5, 589; and, L. RADICATI DI BROZOLO: “Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali” [Arbitration, Competition Law, Community Law and National Rules of Procedure], (1999), *Riv. Dell’arbitrato*, 4, 665.

¹⁸ EU:C:2016:177, Points 58-67.

clined to rule on this question in its judgment,¹⁹ thereby maintaining the legal uncertainty regarding the necessary consolidation of the aforementioned standard of review.²⁰

15. CJEU case law also recognizes the authority of national courts to review the validity of awards in relation to certain regulatory provisions on consumer protection that are of public policy,²¹ even if the reason for contesting the award were not invoked in the arbitration proceedings but in the subsequent application to the national court.²² However, CJEU case law in this area does not provide any clear rules for determining the standard of review by which the national courts can review awards.²³

Moreover, CJEU doctrine sets forth the general obligation of the national court to review disputed arbitration awards for compliance with the public policy of the EU, but subject to the existence of national procedural rules which provide therefor (principle of equivalence)²⁴, and also, in certain circumstances, to that court's having the necessary facts and law to do so²⁵.

16. Accordingly, CJEU case law sets out two necessary conditions for the national court adjudicating enforcement proceedings regarding a final arbitral award to be able to review the validity of any disputed clause: that it has access to the necessary legal and factual elements, and that it is obliged to conduct such *ex officio* review in accordance with national procedural rules.²⁶

17. In these circumstances, national courts are faced with obligations of varying degrees, with a corresponding impact on the creation of situations that could give rise to State liability for infringements of EU law:

- a) When national courts review an award in the context of annulment proceedings they are obliged to decide on the content of the disputed clauses, whether acting *ex officio* or at the request of a party²⁷.
- b) In award enforcement proceedings in which both of the above-mentioned conditions are satisfied, they are also obliged to conduct a review of the legality of the disputed clauses²⁸.

¹⁹ See the Genentech case, C-567/14 (2016), EU:C:2016:526 at [35-43].

²⁰ Thus, for example, within the scope of competition law, breach of a mandatory provision which does provide for exceptions would not have the same consequences as another which may be subject to authorization by the relevant authority applying the rule of reason. Accordingly, an arbitral award would be subject to review by the national court or tribunal in the event that it was adopted in breach of a mandatory provision, but review in the latter case would not be warranted; see, L. RADICATI DI BROZOLO: "Court Review of Competition Law Awards...", above n. 16, 788, 789.

²¹ See, *inter alia*, the Mostaza Claro case, above n. 13 at [38-39]; and the Asturcom Telecomunicaciones case, C-40/08 (2009), EU:C:2009:615, at [51-56].

²² In this regard, Advocate General Tizzano in his Opinion on the Mostaza Claro case maintains that the public policy protection here does not clearly derive from the disputed provisions on consumer protection but from the obligation to protect the applicant's rights of defense, EU:C:2006:265, Points 50-62.

²³ One author maintains that this "Standard" could be inferred on the basis of *Asturcom* and, more specifically, from paragraph 53 of that judgment, which states, *inter alia*, that the national court or tribunal shall conduct review of the award "... where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task." Consequently, such review must be conducted in accordance with the established practice of the case law and/or the national rules of the Member State of the court or tribunal; see P. SMITH, "Comments" on A. DICKINSON: "Unfair arbitration clause before the ECJ," Conflicts of Laws.net – News and Views in Private International Law, 2 November 2009.

²⁴ See, e.g., the Eco Swiss case, cit. at [37]. See N. BLACKBAY, C. PARTADISES, A. REDFERN, M. HUNTER: *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, 5th edition, (Oxford UP, 2009), 3, 135. According to these scholars, the Eco Swiss case provides an incentive for the arbitration tribunals to raise and apply issues of EU competition Law themselves if they are concerned about the enforceability of their awards in the EU.

²⁵ See, e.g., the Order of the Court of Justice in the Pohotovost s.r.o. case, C-76/10 (2010), EU:C:2010:685, at [50-54].

²⁶ See, e.g., the Pohotovost s.r.o. case, C-470/12 (2014), EU:C:2014:101 at [42]. In the Opinion of Advocate General Wahl, the national court's obligation of review, provided the conditions laid down in the CJEU case law have been fulfilled, must be satisfied irrespective of the nature of the dispute or the stage of the proceedings at which it acts; see his Opinion in Pohotovost s.r.o., EU:C:2013:844, Point 54.

²⁷ See V. TRSTENJAK AND E. BEYSEN: "European Consumer Protection Law: Curia Semper Davit Remedium?", (2011), CML Rev., 48 (1), 95, 123, 124.

²⁸ F. DELLA NEGRA: "The Uncertain Development of the Case Law on Consumer Protection in Mortgage Enforcement Proceedings: Sánchez Morcillo and Kusionová", (2015) CML Rev. 52 (4) 1009, 1031.

- c) In award enforcement proceedings in which one of the above-mentioned conditions is not satisfied, national courts would not be obliged to conduct such a review.

It could then be the case that a national court merely reviews the formal compliance of the award and orders its enforcement, but does not review the consistency of its content with the public policy of the EU, acting pursuant to national rules.²⁹

However, even in cases where the national court reviews the validity of an award in the light of EU Law, the absence of supranational rules to set the standard of review allows it to act with broad discretion. Thus, arbitration awards with clauses that breach EU law could be authorized for enforcement provided the national court reviewing the award does not find them to cause any manifest or sufficient damage.

18. This situation does not benefit legal certainty, nor does it contribute to the implementation of the principle of uniform application of EU law across the territories of Member States. It also undermines the mandatory character inherent to the public policy provisions, the safeguarding of which directly lies with the courts of the Member States.

19. This is a situation similar to that which has generated a line of US Supreme Court case law regarding the Federal Arbitration Act, which gives precedence to procedural issues and to the autonomy of the will to enter into a disputed arbitration agreement versus the protection of substantive consumer rights.³⁰

III. Tomášová, the national judge at a crossroads of legal uncertainty

20. The CJEU's recognition of the principle of state liability for infringement of EU law functionally complements the principles of primacy and direct effect³¹ and is enshrined as a general principle of EU law³² requiring specific protection in the Member States, in accordance with the principles of equivalence and effectiveness³³.

²⁹ This situation is somewhat contradictory in the light of CJEU case law on mortgage loans in the Sánchez Morcillo case, in which it found proper the adoption of precautionary measures (suspension of the enforcement proceedings) by the national court that heard the declaratory action concerning the abusive nature of a contractual clause whose non-compliance triggered the enforcement proceedings before another court, without there being an authorizing national regulatory provision; C-169/14 (2014), EU:C:2014:2099, at [42-52] or similarly, FinnMadrid EFC, C-49/14 (2016), EU:C:2016: 98, at [45-47] [52-55]; and Advocate General Szpunar's Opinion on the case, in which he justifies the extraordinary prevalence of the principle of effectiveness of public interest provisions to empower the enforcement court to conduct a review of an unfair contract clause, where national procedural rules had not provided for such *ex officio* review at any previous procedural stage, EU:C:2015:746, Points 62-77.

³⁰ See, *Direct TV v. Imburgia*, 136 S. Ct. 463 (2015), at [470]- [47]. See also, *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 133 S. Ct. 2304 (2013) at [2309]- [2310]; and *Green Tree Financial Corp Alabama and Tree Financial Corp. v. Larketta Randolph*, 531, U.S. 79 (2000), at [90]. Among the specialized analyses that criticize this line of case law, see: J.M. Glover: "Disappearing Claims and the Erosion of Substantive Law," (2015), 124, *Yale Law Journal*, 3052, 3071; J. Resnik: "Diffusing Disputes: the Public in the Private of Arbitration, the Private in Courts, and the Erasure of Rights," (2015), 124, *Yale Law Journal*, 2804, 2810; I.S. Szalai: "Direct TV, Inc. V. Imburgia: How the Supreme Court Used a Jedi Mind Trick to Turn Arbitration Law Upside Down," (2016), 32, *Ohio State Journal on Dispute Resolutions*, 1, 3.

³¹ *Francovich and Bonifaci* (C-6/90, C-9/90) [1991] EU:C:1991:424 at [31-34]. See also: R. Malcolm: "Beyond Francovich," 56, 1, *Modern Law Review*, 55, (1993), 55-57, 60-62, and 72; J. Steiner: "From Direct Effect to Francovich: 'Member State Liability and Direct Effect: What's the Difference After All?' Shifting Means of Enforcement of Community Law," *E. L. Rev.*, 18, 1, (1993), 3, 21-22; S. Prechal: *European Business Law Review*, 17, 2, (2006), 299, 303-306 and 315; A. Ward: "More than an 'Infant Disease.' Individual Rights, EC Directives and the Case for Uniform Remedies," in J. Prissen and A. Eschrauwen (eds.): *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, (Europa Law Publishing, 2002), 45, 64-66, and 73-74; among others. CJEU doctrine on the principle of state liability initially focused on matters concerning the transposition of Directives, *Wagner Miret* (C-334/92) [1993], EU:C:1993:945, [22], *Faccini Dori* (C-91/92), [1994], EU:C:1994:292, [27]; and, *El Corte Inglés/Blázquez Rivero*, (C-192/94), [1996], EU:C:1996:88 [22].

³² See *Francovich and Bonifaci*, above n. 33 at [30-37].

³³ See *Francovich and Bonifaci*, above n. 33 [42-43]; *Danske Slagterier* (C-445/06) [2009] EU:C:2009:178 [31]; *Transportes Urbanos* (C-118/08) [2010] EU:C:2010:39 [46-48]; *Ferreira da Silva e Brito and others* (C-160/14) [2015] EU:C:2015:565 [50]; etc.

1. Legal background

21. An extensive CJEU case law has progressively extended the principle's scope of application to the point of attributing infringements of EU law to any public authority of the Member State irrespective of its nature³⁴ or territorial location.³⁵

22. As above said, the national courts' role in reviewing arbitration awards, and the discretionary use of the standard of review to decide on their validity, could engender situations that afford that an individual invoke the principle of State liability for malfunctions in the Justice System. Nevertheless, according to the case law of the CJEU, the emergency of liability in these circumstances shall be recognized in exceptional cases. In the *Köbler* case,³⁶ the recognition of the possibility of compensation for damage caused to individuals by the malfunctioning of the justice system was subject to the fulfillment of certain requirements that were specifically defined to fit the judicial function: that the breach in question is due to a decision of a court or tribunal of last resort, and that such breach is sufficiently serious and manifest³⁷.

23. On the other hand, the CJEU has set forth narrow criteria for determining the liability of a national court for breach of EU law, namely that the national court must take account of all the factors which characterize the situation put before it, in particular, the degree of clarity and precision of the rule infringed, whether the infringement was intentional, whether the error of law was excusable or inexcusable, the position taken, where applicable, by a Community institution, and noncompliance by the court in question with its obligation to make a reference for a preliminary ruling.³⁸

³⁴ In the first cases cited above, at n. 33, the applicants alleged state liability for failure to transpose directives, even though the failure to act was the fault of the legislature. The CJEU judgments in *Brasserie du Pêcheur* and *Factortame III* (C-46/93 and C/48/93) [1996], EC:C:1996:79 [32-36] expressly provide for the possibility of attributing damages to the malfunctioning of a national legislature. Within the doctrine analyzing the impact of this Judgment, see P. CRAIG: "Once More Unto the Breach: The Community, the State and Damages Liability," *LQ Rev.*, 113 (1997), 67; E. DEARDS: "Brasserie du Pêcheur: Snatching Defeat from the Jaws of Victory?" *EL Rev.*, 22 (1997), 620; W. VAN GERVEN: "Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Law after *Francovich* and *Brasserie*"; *Int'l and CLQ*, 45, (1996), 507.

Based on the judgment in *Köbler* (C-224/01) [2003] EU:C:2003:513 [33-36], private individuals have been able to obtain redress before national courts for damages caused by the infringement of their rights under EU law due to decisions of a last resort court. Within the doctrine analyzing the impact of this Judgment, see N.W. BARBER AND H. SCOTT: "State Liability under *Francovich* for Decisions of National Courts," *L Q Rev.*, 120 (2004) 403; B. MARTEN: "State Liability for Judicial Wrongs and Community Law: The Case of *Gerhard Köbler v. Austria*," *EL Rev.*, 29, (2004), 243; C. D. CLASSEN: "Annotation to *Köbler*," *CML Rev.*, 41, (2004), 813; P. WATTEL: "*Köbler*, *CILFIT* and *Wethgrove*: We Can't Go on Meeting Like This," *CML Rev.*, 41 (2004), 177.

³⁵ Thus, for example, in the Judgment in *Klaus Konle* (C-302/97) [1999] EU:C:1999:271 [61-62], the Court established the duty of the State to make reparation for damage caused to individuals irrespective of the authority responsible for the breach of EU law, including within a decentralized internal system of competences of a federal nature. Liability may also be claimed independently of the type of administrative body to which a sufficiently serious breach of EU law is attributed, see, e.g., the judgment in *Larsy* (C-118/00) [2001], EU:C:2001:368 [35]. Within the doctrine analyzing the impact of this case law, see: A. GEORGIOU: "The Allocation of Responsibility in State Liability. Actions for Breach of Community Law: A Modern Gordian Knot?" *EL Rev.* 26 (2001), 139, id.: "Not as Unproblematic as You Might Think: The Establishment of Causation in Governmental Liability Actions," *EL Rev.*, 27 (2002), 663; A. LENGAUER: "Case C-302/97, *Klaus Konle v. Republic of Austria*," *CML Rev.*, 37 (2000), 181; T. TRIDIMAS: "Liability for Breach of Community Law Growing Up and Mellowing Down?" *CML Rev.*, 38 (2001) 310.

³⁶ Above n. 36.

³⁷ See, *Köbler* above n. 36 [59]. Regarding the notion of a court of last resort, although each national system has its own peculiarities which generally require examination on a case-by-case basis, the CJEU has established the possibility that such courts are not exclusively those which are supreme in each Member State, but rather any one whose decisions on national law are not subject to further judicial remedy. See, e.g., the Judgment in *Biuro podróży Partner* (C-119/15) [2016], EU:C:2016:987, at [48-54]; see also, *Târçia* (C-69/14) [2015], EU:C:2015:662, at [40]. The CJEU has pointed out in this regard that a court whose decisions are subject to judicial remedy may not be deemed a court of last resort when the appeal brought against a decision of that court has not been examined on the basis of the withdrawal of the appellant; see *Aquino*, C-3/16 [2017], EU:C:2017:209, at [38].

³⁸ The CJEU expressly affirms that such liability may only be claimed in the exceptional case where the court of last resort has manifestly infringed the applicable law, see *Köbler* above n. 36 [53-55]. It should be noted here that the CJEU itself has recognized that although a supreme court must bear in mind in its assessment that a case is pending in which a lower court has referred a question for a preliminary ruling, that fact alone does not preclude the supreme court from concluding that the case before it involves an "acte clair." Accordingly, it is not required to make a reference to the Court of Justice on the same que-

Similarly, State liability might be sought where the breach results from an assessment of facts and evidence, especially if this assessment leads to a “manifest infringement of applicable law” as regards the burden of proof, the value of the evidence or the admissibility thereof, or the legal characterization of the facts³⁹.

This case law entails an extension of possible scenarios in which a national court might commit a “manifest” breach of EU law⁴⁰.

2. The Tomášová case and the determination of the standards of public policy of the EU

24. The *Tomášová* case,⁴¹ is a key decision on the matter. The applicant, a low-income pensioner, entered into a consumer credit agreement with Pohotovost in 2007, which included an arbitration clause conferring exclusive arbitral jurisdiction for the resolution of contractual disputes. Moreover, the contract set the penalty interest rate at 91.25% per annum and did not specify the applicable annual percentage rate. When the applicant failed to repay the loan and make interest payments, Pohotovost initiated the arbitration proceedings in which the applicant was ordered to repay the sums owed, plus penalty interest and arbitration costs.

25. In October 2008, Pohotovost filed applications to enforce the arbitration awards before the District Court of Prešov (Slovakia), which were granted in December 2008, though the proceedings were still pending at the time the CJEU received the request for preliminary ruling.

26. In July 2010, Ms. Tomášová brought an action against the Ministry of Justice of the Slovak Republic for compensation for damage arising from the Prešov District Court’s infringement of EU law, for its having granted enforcement of the arbitration awards that were based on an unfair arbitration clause. That petition was dismissed in October 2010 by the Prešov District Court itself on the grounds that the applicant had not exhausted the relevant remedies, since the enforcement proceedings in question were still pending, and that there could not be a question of damage.

27. Ms. Tomášová appealed against this decision and obtained a favorable decision from the Prešov Regional Court, which sent the case back to the same District Court. In those circumstances, the Court decided to stay the proceedings and refer a number of questions to the Court of Justice for a preliminary ruling.⁴²

It is my understanding that the five questions submitted by the national court differ in their relevance to the central elements of the CJEU’s doctrine on the subject at hand: the conduct attributable to the court, the procedural stage at which such conduct may be attributable, the degree of diligence required of the parties concerned to create a link between the damage caused and the liability of the national court, and the means of redress appropriate for those purposes.

28. However, the most controversial issue concerns the requirements for the national court to review the validity of arbitration awards on the basis of the public policy of the European Union, since this CJEU doctrine is responsible for deepening the divergences between international law and EU law.

stion, nor is it required to wait until an answer to that question submitted by the lower court has been given. See the Judgment in joined cases X and Van Dijk (C-72/14 and C-197/14) [2015], EU:C:2015:564, at [60-63]. Similarly, a court of last resort may abstain from submitting a question for preliminary ruling if it rejects an appeal on grounds of inadmissibility proper to the procedure of that court, provided respect with the principles equivalence and effectiveness. See Aquino above n. 39 at [56]. But these situations, apart from generating the undesirable circumstance of contradictory decisions issued by national courts, could also create the risk of a serious breach of EU law if the national court interprets one of its rules in a “manifestly erroneous” manner, especially without regard for CJEU case law or if it interprets its national law in violation of EU law. See Ferreira da Silva e Brito and others above n. 35 [57-60].

³⁹ See the Judgment in *Traghetti del Mediterraneo* (C-173/03) [2006], EU:C:2006:391, at [37-45].

⁴⁰ See B. Beutler: “State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?” *CML Rev.*, 46, 3 (2009), 773, 789.

⁴¹ *Milena Tomášová* (C-168/15) [2016], EU:C:2016:602.

⁴² See *Tomášová* above n. 43 [5-14].

29. In its reply to the referring court, the CJEU jointly addresses the first three questions, and finds that it must elucidate if and in what circumstances an infringement of EU law arising from a court decision given in proceedings to grant an application for recovery of sums under an unfair contractual clause constitutes an infringement “sufficiently serious” for the Member State concerned to incur liability; and, if the facts that the enforcement procedure had not been closed, that the respondent had shown absolute inactivity, and that all national legal remedies had not been exhausted, would have a bearing in that respect.⁴³

30. Having enumerated the above-mentioned factors that may be considered when determining whether there is a “sufficiently serious breach,” it holds that one necessarily occurs when the court in question adopts its decision with a clear disregard of the CJEU’s case law in the field,⁴⁴ thereby more clearly defining an essential limit for the pursuit of compensation claims by interested parties, which is generally in line with the requirements of national judicial practices⁴⁵.

31. In line with its previous case law, the CJEU in this case reiterated that the national court’s obligation to protect consumer interests derives from the nature of the public interest conferred on the relevant provisions in this field of law, including *ex officio* review of the unfairness of contractual clauses that give rise to a disputed arbitration award in the context of an enforcement proceedings, provided that it must conduct an *ex officio* review of whether such clauses are contrary to national public policy rules in accordance with the national procedural rules.⁴⁶

However, based on the Court’s position subsequently taken in this judgment, the failure or refusal to forego a review of the unfair clauses, by any national court adjudicating a matter in the context of the circumstances of the case, would not constitute a breach that would oblige a Member State to compensate for damage caused, since State liability would only be incurred if this were a decision rendered by a court of last resort.⁴⁷

32. The Court, nevertheless avoided ruling on the other questions submitted by the referring court in finding that they were not relevant to the case at hand, since the facts to which they related occurred prior to the relevant CJEU case law in this field.⁴⁸ This position has been subject to some doctrinal criticism on the ground that, regardless of the passive position maintained by the applicant, the Court should have ruled on the national court’s review of the possible unfairness of the contractual clause of the requested loan, which had required the applicant to submit to arbitration⁴⁹.

In sum, the CJEU recognizes very restrictive grounds for the liability of a Member State in such circumstances, although this does not exclude that such liability could be incurred under less restrictive circumstances on the basis of national law⁵⁰.

⁴³ See Tomášová cit. [16-17].

⁴⁴ See Tomášová cit. [24-26].

⁴⁵ See Z. VARGA: “In Search of a ‘Manifest Infringement of the Applicable Law’ in the Terms Set Out in Köbler,” *Review of European Administrative Law*, 9, 2, (2016), 5, 39-40. As this same author had already shown in another study, from 2003 to 2016 35 lawsuits were brought that invoked Köbler within the judiciaries of the 28 EU Member States. And although 13 national judiciaries regularly apply this case law, the biggest obstacle to attributions of liability is the identification of a national court decision qualifying a “manifest infringement” of EU law; see: “Why is the Köbler Principle Not Applied in Practice?” *Maastricht Journal*, 23 (2016), 984, 988, 992, 1006-1008.

⁴⁶ See, Tomášová cit. [27-32].

⁴⁷ See, Tomášová cit. [36]. In this regard, Advocate General Wahl also set forth, in his Opinion in the Tomášová case, understanding that the effectiveness of the provisions of EU law is ensured provided that the court of last resort revokes the decision adopted in breach of the obligation to review the contractual clauses in question for unfairness, EU:C:2016:260, Points 43-45 and 47-48.

⁴⁸ See Tomášová cit. [33-34].

⁴⁹ See A. Van Duin: “Océano meets Francovich (part II): CJEU judgment on State Liability and unfair terms,” *Recent Developments in European Consumer Law*, Thursday, 28.7.2016. However, *Asturcom, cit.*, had already established the national court’s obligation, when adjudicating a petition related to enforcement proceedings of an arbitration award, to examine the unfairness of an arbitration clause in a contract with a consumer, [59].

⁵⁰ Where the national law of a Member State provides that a lower court incurs liability for breach of the rules of applicable national law, the application of the principle of equivalence implies that it also incurs liability for breaches of EU law; see the Opinion of Advocate General Wahl in Tomášová, above n. 49, Point 32.

33. Lastly, the Court jointly addresses the questions of national remedies for the satisfactory reparation for damage caused to the applicants for the infringements of EU law in this case. In line with its cautious position with regard to the rules for attributing the damage to the court of the Member State concerned, it refers laconically to its case law on the matter, setting forth that although reparation of the damage must be made pursuant to national law, it must nevertheless comply with the principles of equivalence and effectiveness⁵¹.

34. *Tomášová* confirms the CJEU's restrictive requirements for an individual to invoke State liability for infringements of EU law caused by a court that must decide on the validity of an arbitration award.

In reality, the Court seeks to reconcile, to the extent possible, the principle of Member State procedural autonomy with the national courts' duty to implement the public policy provisions of EU law on consumer protection.

35. Through its subtle use of smoke and mirrors, it focuses on the resolution of the case in the Pannon judgment, absolving the national court there from liability since it could not have been said to have been in "manifest disregard" in the light of the contentious facts prior to that judgment. However, what the *Tomášová* case does, is to confirm *Asturcom* and *Pohotovost* in order to delimit the functional attributions of arbitration as a means of safeguarding the rights granted to consumers under EU law, when the dispute refers to the enforcement of an award. In this regard, there is a transcendental displacement regarding the possible attribution of liability for claims that these rights are not protected, because should this occur, the individual would run the serious risk of not being able to enforce due reparation at the national level since the arbitral tribunals are not judiciary bodies of the State.

36. Thus, this doctrine does not contribute to dispelling the current degree of legal uncertainty to which we have already referred, but enables two legal scenarios with a direct impact on the parties concerned: a) where the national law of the Member State concerned does not provide the basis for its courts to review, annul, or render inapplicable, where appropriate, an arbitration award based on a contractual clause in breach of EU public policy; (b) where the national law of the Member State concerned provides for such a possibility.

37. The first scenario, which does not provide for the possibility of invoking State liability, and consequently for the ability of the person concerned to obtain the corresponding compensation, is clearly detached from paragraph 32 of the *Tomášová* judgment. The Court here, by confirming *Asturcom* and *Pohotovost* case-law, conditions the national court's duty of protection on compliance with the principle of equivalence, stating that where it adjudicates a petition for enforcement of a final arbitration award (and) has the necessary factual and legal elements before it, it is obliged to conduct an *ex officio* review of the unfairness of the contractual terms which serve as the basis for the loan recognized in that award in the light of the provisions of Directive 93/13 provided further that it be required to consider *ex officio* whether those clauses comply with national rules of public policy under the national procedural rules in the context of a similar enforcement procedure⁵².

⁵¹ The Court reiterates that national requirements for the compensation of damages caused by a breach of EU law may not be less favorable than those applicable to similar domestic claims, nor may they be articulated in such a way as to render it impossible or prohibitively difficult to obtain compensation in practice; see *Tomášová*, cit. [38]. That position, which respects the principle of procedural autonomy of the Member State concerned, allows the applicant to obtain compensation either by damages suit or by recovery of the sums unduly charged when taking out the credit, and does not rule on other national issues which were referred to the Court, for example, whether the action seeking the recovery of those sums, as a legal remedy, has priority over the damages action. The fourth question submitted by the Prešov District Court concerned whether the amount claimed by the applicant corresponded to the damage caused by the Member State and whether that damage would be offset by the sum charged as unjust enrichment, while the fifth question refers to the aforementioned possibility of a procedural priority between the action for damages and the recovery of sums unduly paid; see *Tomášová*, cit. [15].

⁵² This clearly consolidated doctrine of the Court attenuates the impact of the application of the principle of effectiveness of EU law, the useful effect of which is to protect Member State courts, thereby rendering relative the very value of the principle of primacy by subjecting it to two conditions: first, because the case law of *Eco Swiss*, cited above, where the safeguarding of the EU public policy (in this case the current Article 101 TFEU) referred to a provision with direct vertical and horizontal effect,

38. As has already been pointed out, in the event that national law does not allow the national court to conduct such a review, the principle of State liability for breach of EU law would be rendered ineffective, since there would be no liability event to underlie the interested party's compensation claim⁵³.

39. This CJEU doctrine reflects an implicit trust in the proper functioning of the arbitral tribunals as guarantors of the rights at stake, including those arising from EU Law,⁵⁴ establishing certain limits in relation to the functions of the Member State courts, who must exercise a degree of self-restraint when examining a disputed award and deciding whether to conduct *ex officio* review, since they would not have before them the factual and legal elements necessary to conduct such review, given the specific characteristics under which the arbitration proceedings are conducted.⁵⁵

However, *Asturcom* provides for the possibility of bringing a liability suit against a national court that refrains from exercising discretionary review of a clause for its compliance with national public policy, despite having the ability to do so. In these circumstances the effectiveness of the relevant provisions of EU Law would require it to conduct *ex officio* review.⁵⁶

40. As above remarked, there is another legal scenario if a Member State's national law were to provide for the national court's review of an unfair contract clause for compliance on grounds of public policy. Within this context a number of situations could arise as well: first, the national court's mandatory and inescapable obligation to conduct *ex officio* review; second, the possibility that the court would refrain from carrying out the abovementioned review for objective reasons linked to the development of the procedure through which the disputed arbitration award was adopted; and, third, that it would refrain from conducting the review on grounds relating to the conduct of the respondent in the arbitration proceedings at issue.

41. The first situation would involve national courts whose decisions are not subject to appeal at the national level, who hear a request for the enforcement of a final arbitration award, and who have all the necessary factual and legal elements before them to conduct the aforementioned compliance review.

42. Those courts may nevertheless refrain from conducting review if they are required to act in the context of certain jurisdictional procedures, such as those for award enforcement, which by their streamlined nature only allow for their occasional intervention, making it very difficult for them to assess all the relevant factual and legal elements⁵⁷.

43. Third, it may also be the case that a national court of last resort adjudicating the enforcement of an award decides not to conduct review for validity in view of the fact that the respondent has maintained a passive position, in not exercising the procedural rights that correspond thereto⁵⁸.

gave rise to obligations that must be respected both by the public authorities and private individuals; however, the relevant consumer protection provisions may not be invoked and applied at the national level with the same guarantees as those relating to competition law, since they lack horizontal direct effect and, in the absence of the transposition of the Directive, are not binding on individuals, whether it is those who enter into an arbitration agreement to resolve disputes, or the arbitrators themselves, who are not deemed public officials and are therefore under no duty to regard and apply them.

⁵³ This is in line with AG Wahl's position in developing his opinion in this case above n. 49, Points 67-68, and dispels certain authors' fears about the use of the Principle of State Liability as a Trojan horse that undermines the procedural autonomy of the Member States. See J.S. DELICOSTOPOULOS: "Towards European Procedural Primacy in European Legal Systems," *Eur. L. J.*, 9, 5, (2003), 599, 612-613; C. KAKOURIS: "Do the Member States Possess Judicial Procedural Autonomy?" *CML Rev.*, 34, (1997), 1389, 1411-1412; among others.

⁵⁴ See, the Opinion of AG Wahl in *Tomášová*, cit., Points 73-74 and 77-78. See also the Opinion of AG Wathelet in case C-284/16, *Achmea*, EU:C:2017:699, at Point 134.

⁵⁵ On the contrary, that event would not materialize if the disputed enforcement order based on which the national court must investigate the existence of clauses contrary to EU law were not issued by an arbitral tribunal but simply by a public notary. In this case, there would be no presumption that the contents of the disputed act were reviewed by a specialized body capable of deciding whether it complies with EU law; e.g., a notarial act.

⁵⁶ Above cit. n. 23, at [54].

⁵⁷ See the Opinion of Advocate General Wahl in *Tomášová*, cit. Point 67 and note 36.

⁵⁸ CJEU Judgment in *ERSTE Bank Hungary* (C-32/14) [2015], EU:C:2015:637, at [62]; CJEU Judgment in *Danske Slagterier*, above, n. 35, at [69]; among others.

44. In the latter two cases, the abstention of the aforementioned national courts could be justified based on the circumstances of each case, and there would be no grounds for claiming State liability for breach of EU law.

IV. Final Remarks

45. National courts may exercise an advisory role on the interpretation and scope of European law to arbitrators who are before disputes, including the exercise of authority to refer a question for a preliminary ruling to the CJEU, as well as to exercise authority to review, recognize, and enforce an arbitration award.

46. When dealing with the review of the validity of an award, out of the need to protect EU public policy, national courts are required the highest degree of diligence, although they have a wide margin of discretion to determine the existence of possible breaches of said provisions, depending on the standard of review that they would apply in any given case in the absence of a determining supranational principle.

47. Nonetheless, the *Tomášová* case adds some degree of uncertainty since, as noted above, the CJEU's ambiguity and lack of clarity in its replies to the questions submitted by the national court could lead to two circumstances in which a court duty-bound to conduct the abovementioned review would abstain therefrom: whether for objective reasons tied to the nature of the national judicial procedure, or on grounds relating to the conduct of the respondent in the arbitration proceedings at issue. In both cases, there would be no solid grounds for claiming State liability for breach of EU law.

In putting off the creation of the necessary supranational rules in this field, the CJEU is effectively tolerating the existence of legal loopholes that cannot be filled by the national regimes of the Member States and the acts of their courts. This remedy is inadequate because of the dispersed and contradictory character of all these regimes and decisions. In addition, it harms the coherence of the EU legal system and the maximum effectiveness of its principles and rules, to the serious detriment of individuals. The case law of *Asturcom*, *Pohotovost*, and *Tomášová* has established a great deal of legal uncertainty, and it seems to follow that the CJEU is indefinitely postponing the solutions sought by the courts of the Member States.

PARTY AUTONOMY AND THE LAW APPLICABLE TO THE MATRIMONIAL PROPERTY REGIMES IN EUROPE

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA LEY APLICABLE A LOS REGÍMENES MATRIMONIALES EN EUROPA

ELENA ALINA OPREA

Faculty of Law, Babes Bolyai University Cluj Napoca

Recibido: 16.03.2018 / Aceptado: 12.04.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4390>

Abstract: In a private international law context reflecting significant divergences between the objective choice-of-law rules for matrimonial property regimes, the principle of party autonomy appears as a salutary solution, bringing certainty, predictability and simplicity, while satisfying also the spouses' substantial interests. The study focuses on the rules devoted to this principle by the European legislator in the (EU) Regulation no 2016/1103, attempting to outline its regime and insisting, particularly, on its admissibility and on the limitations that accompany its practical exercise. Providing a sufficient framework for discussion and helping to illustrate the implications of the European text, the rules of the Romanian Civil Code and of the 1978 Hague Convention on the law applicable to matrimonial property regimes will serve as a benchmark.

Keywords: matrimonial property regimes, EU Regulation no 2016/1103, autonomy of will, electio juris agreements, states with more than one legal system, change of the applicable law.

Resumen: En un contexto de derecho internacional privado que refleja divergencias significativas entre las reglas objetivas de elección de los regímenes matrimoniales, el principio de autonomía de las partes aparece como una solución saludable, aportando certeza, previsibilidad y simplicidad, al tiempo que satisface también los intereses sustanciales de los cónyuges. El estudio se centra en las normas dedicadas a este principio por el legislador europeo en el Reglamento (UE) n.º 2016/1103, que intenta delinear su régimen e insistir, en particular, en su admisibilidad y en las limitaciones que acompañan a su ejercicio práctico. Proporcionar un marco suficiente para el debate y ayudar a ilustrar las implicaciones del texto europeo, las normas del Código Civil rumano y del Convenio de La Haya de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales de propiedad servirán como punto de referencia.

Palabras clave: regímenes económicos matrimoniales, Reglamento (UE) no 2016/1103, autonomía de la voluntad, acuerdo de elección de la ley aplicable, estados con diversos regímenes jurídicos, cambio de la ley aplicable

Summary: I. Introductory aspects – importance of the party autonomy. II. Partial uniformization of PIL for matrimonial property regimes in the EU Member States. 1. EU Regulation no 2016/1103 - introductory issues. 2. Limited uniformization among the EU Member States. 3. Universal application. III. The spouses' limited freedom to choose the applicable law. 1. Option in favour of the habitual residence law. 2. Option in favour of national law. 3. Dual nationality. 4. Differences between the Article 22 of the Regulation and the corresponding texts from the Romanian Civil Code or the Hague Convention. Implications. IV. Electio juris and States with more than one legal system. V. The unity of the chosen law. VI. Consent and substantial validity of the choice-of-law agreement. VII. Exteriorisation of the parties' choice and the law governing the form of the electio juris agreement. VIII. The moment of choice. IX. Change of the chosen law. 1. Admission of

the voluntary change of the chosen law. 2. The change of both the applicable law and of the matrimonial property regime. 3. Temporal effects of the newly chosen law. 4. Limitation of the effects of the newly chosen law and protection of the third parties. X. Conclusion.

I. Introduction

1. Importance of the party autonomy. Given the great diversity of substantive law provisions devoted to patrimonial family relationships by the Member States' legal systems¹ and the constant multiplication of family relationships with foreign element, the determination of the law governing the matrimonial property regimes is of particular importance today in the European Union. Several branches of law intersect in the field – marriage related effects, maintenance, property law, contracts, successions –, creating considerable difficulties when the objective connecting factors provided for each of these related categories must be articulated in order to arrive at coherent solutions. Because private international law norms dedicated to matrimonial property regimes are themselves in deep contradiction², the admission of the spouses' autonomy appears as a beneficent solution : it ensures predictability and legal certainty, while also satisfying the substantial interests of those involved³; it aids in bypassing some of the difficulties related to the implementation of the objective connecting factors, such as those generated by the determination of the habitual residence, by the change of the connecting factor (mobile conflict) or by the permanence or automatic mutability of the applicable law⁴ ; it may also correct some of their inconveniences - such as an admission of the scission of the matrimonial property regime and of the applicable law, depending on the location of some of the family assets.

2. The origins of party autonomy principle go way back in history: in France, Dumoulin admitted it for the matrimonial property regimes as early as 1525, long before its consecration in the field of contractual obligations⁵; in the middle of the nineteenth century, the French case-law was established in the view of allowing the spouses to designate the law governing their patrimonial relations⁶. Nowadays, the European countries largely admits the principle of autonomy of will, either directly through their national norms of private international law - as Article 15 of the German EGBGB, Article 19 of the Austrian IPRG, Article 30 of the Italian PIL Act, Article 49 of the Belgian Code of PIL -, or indirectly through the international conventions - like the 1978 Hague Convention on the Law Applicable to Matrimonial Property Regimes (Articles 3 and 6)⁷ in force in their territory.

¹ The situation is all the less satisfactory as, in general, the patrimonial family relationships with foreign element are governed by distinct choice-of-law rules of European or national origin, differentiating according to their specific nature (maintenance, matrimonial, succession).

² See “*Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States*”, 30 April 2003, ASSER-UCL Consortium commissioned by the Commission (available at http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/regimes/report_regimes_030703_fr.pdf, in French).

³ Because the party autonomy is also accepted in matters of divorce, maintenance or successions, the spouses can opt for a law or laws that allow global optimization of their patrimonial situation.

⁴ On these difficulties see, for example I. VIARENGO, “The EU Proposal on matrimonial property regimes. Some general remarks”, *Swiss Yearbook of PIL*, 2011, p. 199, at p. 210.

⁵ See B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 4^e ed. 2008, p. 694, n° 862. G. KHAIRALLAH, “La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux”, in *Mélanges en l'honneur de M. Revillard*, Defrénois, 2007, p. 197-208, at p. 199. B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Dalloz, 4^e éd., 2001, n° 15, at p. 134 (Zelcer case). B. ANCEL, “Les conclusions sur les statuts et coutumes locaux de DuMoulin, traduites en français”, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 21, at p. 28 *et seq.* (n° 8 *et seq.*).

⁶ For details, see H. GAUDEMET TALLON, “Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, tendances actuelles en droit comparé”, *TCFDIP*, 1969-1971, p. 197 *et seq.*; as regards the various developments in the case-law and their analysis, see G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, p. 197-208.

⁷ The Convention (available on www.hcch.net) entered into force on 1st September 1992 in three European countries: France, Luxembourg and the Netherlands. For a presentation, see M. REVILLARD, “La Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, *Défrenois*, 15.03.1992, n° 5, p. 257. Due to the weak ratification, the Hague Convention could only scarcely cover the inconveniences and difficulties in the field of private relations with foreign elements.

II. Partial uniformization of private international law for matrimonial property regimes in the EU Member States

1. The EU Regulation 2016/1103 - introductory issues

3. Continuing the efforts of unification of the EU Member States' private international law norms, the European legislator adopted in 2016, in accordance with Article 81(2)(c) TFEU, the Council Regulation n° 2016/1103 of 24 June 2016 implementing an enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes⁸. It represents a materialization of the Hague Programme, "*Strengthening freedom, security and justice in the European Union*"⁹, through which the European Council invited the Commission to present a *Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes*¹⁰, stressing the need to adopt an instrument in this area, and of the Stockholm Programme, "*An open and secure Europe serving and protecting the citizens*"¹¹, which reiterated the need to extend the principle of mutual recognition also in the field of matrimonial property regimes, respecting the public policy and the national legal traditions in the field. The Regulation, which entered into force in July 2016 and will be applicable from 29 January 2019¹², purports at maintaining and developing the area of freedom, security and justice, facilitating the free movement of persons¹³, as well as to the resolution of the difficulties faced by couples in Europe when it comes to the liquidation of their common property¹⁴; its adoption was all the more necessary as the other European Regulations on private international law exclude the issue of matrimonial property regimes from their scope of application¹⁵.

2. Limited uniformization among the EU Member States

4. Unfortunately, this instrument is only partially successful. In fact, similar to the Regulation n° 1259/2010 on the law applicable to divorce and legal separation, the Regulation n° 2016/1103 was adopted through the implementation of the enhanced cooperation mechanism provided by the Article 20(1) TFEU, which allows those Member States wishing to increase their integration and the attainment of the

⁸ OJ L 183, 8.7.2016. For an overview of the Regulation, S. GODECHOT PATRIS, „Commentaire du règlement du 24 juin 2016 relatif au régimes matrimoniaux : le changement dans la continuité”, *Recueil Dalloz*, 17.11.2016, n° 39, p. 2292. H. PEROZ, „Le nouveau règlement européen sur les régimes matrimoniaux”, *JCP N*, n°29, 22.07.2016, 1241. See also I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 199 *et seq.*; C. BRIDGE, „Le nouveau droit communautaire des régimes matrimoniaux (Loi applicable et limitation des risques d'insécurité juridique)”, *LPA*, 9.10.2017, n° 129w1, p. 9 *et seq.*; S. MARINO, “Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships”, *CDT*, March 2017, Vol. 9, n° 1, pp. 265-284.

⁹ JO C 53, 3.3.2005, p. 1.

¹⁰ *Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition (SEC(2006) 952), COM/2006 400 final.*

¹¹ JO C 115, 4.5.2010, p. 1.

¹² The transitional provisions are contained in Article 69 of the Regulation: “1. This Regulation shall apply only to legal proceedings instituted, to authentic instruments formally drawn up or registered and to court settlements approved or concluded on or after 29 January 2019 subject to paragraphs 2 and 3. 2. If the proceedings in the Member State of origin were instituted before 29 January 2019, decisions given after that date shall be recognised and enforced in accordance with Chapter IV as long as the rules of jurisdiction applied comply with those set out in Chapter II. 3. Chapter III shall apply only to spouses who marry or who specify the law applicable to the matrimonial property regime after 29 January 2019”.

¹³ On the objectives and the potential advantages of this instrument, see C.V.M. CLARKSON, „Matrimonial property on divorce : all change in Europe”, *J. of PIL*, 2009, p. 421, at p. 424-425.

¹⁴ These difficulties were highlighted by the *Green Paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition*, published by the Commission on 17 June 2006. See also the 2010 *EU Citizenship Report: Dismantling the obstacles to EU citizens' rights*, adopted on 27 October 2010, COM (2010) 0603, also referred to in Recital 8 of the Preamble of the Regulation 2016/1103, stating that uncertainties about the patrimonial situation of international couples are a significant obstacle in the everyday life of European citizens in the context of the exercise of their rights under European law.

¹⁵ See Regulation 1215/2012 (Article 1(2)(a)), Regulation 593/2008 (Article 1(2)(c)), Regulation 1259/2010 (Article 1(2)(e)). Concerning the articulation of the rules on inheritance and on matrimonial property regimes, see D.A. POPESCU, *Ghid de drept internațional privat în materia succesiunilor*, Magic Print, 2014, p. 16-18.

objectives set by the Union to adopt, after authorization by the Council of Ministers¹⁶, uniform legal acts that will be binding only on them, and not on the other non-participating Member States. Although the choice of law rules set out in the *Proposal for a Regulation on matrimonial property regimes* have not been so innovative as to give rise to serious reservations from a significant number of Member States¹⁷, in fact the Regulation was intended to be applicable also to the matrimonial regime of same-sex married couples and this was a source of discontent. Also, the Commission has also presented in the same legislative package a *Proposal for a Regulation on the patrimonial effects of registered partnerships*¹⁸; because this latter Proposal raises delicate problems for the European Member States that follow a traditional family perspective - including Romania¹⁹ -, threatening the required consensus, the solution of the enhanced cooperation was a necessary compromise²⁰.

3. Universal application

5. Even if the Regulation replaces the rules of private international law on matrimonial property regimes only in Member States where it is binding²¹, the rules of its Chapter III (Applicable law) enjoy universal application (Article 20) and will apply regardless of whether the designated law belongs to a Member State bound by the Regulation, to a non-participating Member State to the enhanced cooperation or to a non-European State. Thus, subject to the requirements of the international jurisdiction of the courts or authorities of the Member States bound by the Regulation, the newly consecrated choice-of-law rules will be taken into account irrespective of the nationality or the habitual residence of the spouses²².

6. **Subject delimitation.** Following a trend that is currently reflected by the European Regulations in the field of private international law of family and successions²³, the European legislator favours the party autonomy principle also for matrimonial property regimes. This study will analyse the related texts in the (EU) Regulation 2016/1103, trying to clearly outline the regime of this principle from the point of view of its admissibility, but also as regards the limits imposed to its operation. The solutions found in the Articles 2590 and 2591 of the Romanian Civil Code²⁴ and in the Article 3 of the Hague Convention of 14 March 1978 on the law applicable to matrimonial property regimes²⁵ will be conside-

¹⁶ This authorization is granted when it is shown that the objectives pursued through such enhanced cooperation cannot be attained within a reasonable period by the Union as a whole, by applying the relevant provisions of the Treaties (Article 20 (2) TEU).

¹⁷ Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, COM/2011/0126 final.

¹⁸ See COM (2011) 126 final and COM (2011)127 final.

¹⁹ For concerns from this point of view in Poland and in Hungary, see P. TWARDUCH, „Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais”, *Rev. Crit. DIP*, 2016, p. 465, at p. 466-468.

²⁰ See S. MARINO, *op. cit.*, p. 266-267. K. BOELE-WOELKI, „Property relations of international couples in Europe: the interaction between unifying and harmonizing instruments”, in H. KRONKE, K. THORN (eds), *Grenzen überwinden - Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70*, Gieseking, 2012, p. 63, at p. 67.

²¹ There is a list of these States in the recital 8 of the Preamble: Belgium, Bulgaria, Czech Republic, Germany, Greece, Spain, France, Croatia, Italy, Luxemburg, Malta, the Netherlands, Austria, Portugal, Slovenia, Finland and Sweden; Cyprus also joined these promoter States; other Member States can join the enhanced cooperation, after expressing their own will (by addressing the Commission), and based on a decision adopted by the Council, according to Article 331(1)TFEU.

²² From this point of view, the solutions in the Regulation are also of interest for couples in which at least one of the spouses has Romanian nationality or is residing in Romania and whose patrimonial situation is susceptible to be analysed in a Member State where the Regulation is applicable, and also for public notaries who will draft matrimonial conventions or for lawyers who will advise such couples.

²³ See Article 5 of Regulation 1259/2010; See Article 22 of Regulation 650/2012, Article 15 of Regulation 4/2009, which refers to the 2007 Hague Protocol. Regarding this evolution, see E. JAYME, “Party Autonomy in International Family and Successions Law”, *Swiss Yearbook of PIL*, 2009, p. 3 *et seq.*

²⁴ For a presentation, see v. C. JUGASTRU, „Convenția de alegere a legii aplicabile – construcție specifică raporturilor de drept privat cu element de extraneitate”, *Revista Universul Juridic*, nr. 11, November 2016, p. 62-76, at p. 64-67.

²⁵ According to its Article 62(2), the Regulation shall take precedence, in relations between the Member States, over the conventions concluded between them, insofar as such conventions concern matters governed by the Regulation; as the contracting States of the 1978 Hague Convention are also EU Member States bound by the Regulation and the object of the Convention overlaps (in terms of conflict-of-laws provisions) with that of the Regulation, the latter will prevail in the future.

red a comparative benchmark; they will provide a sufficiently wide-ranging framework for discussion and will permit a better illustration of the novelties brought by the European legislator in this area and of their practical consequences.

III. The spouses' limited freedom to choose the applicable law

7. In accordance with Article 22 of the Regulation, spouses may designate the law applicable to their matrimonial property regime²⁶. The admission of this autonomy can be easily justified by the need to allow more flexibility in the resolution of the conflicts of laws (compared with the objective connecting factors) and to enhance the legal certainty – the spouses being able to determine beforehand the law governing their matrimonial regime and to organise better their relations²⁷. The chosen law will cover a large number of issues, such as the classification of property of either or both spouses into different categories during and after marriage, the transfer of property from one category to the other one, the responsibility of one spouse for liabilities and debts of the other spouse, the powers, rights and obligations of either or both spouses with regard to property, the dissolution of the matrimonial property regime and the partition, distribution or liquidation of the property, the effects of the matrimonial property regime on a legal relationship between a spouse and third parties, the material validity of a matrimonial property agreement²⁸; its intervention will in principle be censored only on the basis of the international public policy exception (Article 31), which will very rarely intervene in practice, or of the internationally mandatory rules of the forum (Article 30)²⁹.

As in the Article 2590 of the Romanian Civil Code or in the Article 3 of the 1978 Hague Convention, the spouses' freedom is not unlimited, as it is for international contracts; on the contrary, the spouses (or future spouses) may only designate the law of a State with which they have significant connections³⁰.

²⁶ The solution is explained in the recital 45 of the Preamble: “To facilitate to spouses the management of their property, this Regulation should authorise them to choose the law applicable to their matrimonial property regime, regardless of the nature or location of the property, among the laws with which they have close links because of habitual residence or their nationality. This choice may be made at any moment, before the marriage, at the time of conclusion of the marriage or during the course of the marriage”.

²⁷ A special attention should be paid to the law applicable to the succession. In fact, in practice, the dissociation between the *lex successionis* and the law governing the matrimonial property regime may lead to important incoherencies (on which, see A. BONOMI, “Article 1”, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, p. 85-86). See also M. ÁLVAREZ TORNE, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse”, *Cornell Law Faculty Working Papers*, 2007, available at http://scholarship.law.cornell.edu/clscops_papers/27; J. GRAY, P. QUINZÁ REDONDO, “Stress-Testing the EU Proposal on Matrimonial Property Regimes: Co-operation between EU private international law instruments on family matters and succession”, *F&R* November 2013, available at : www.bjutijdschriften.nl. A unique law to govern both inheritance and matrimonial regime is a result that could be obtained in most of the cases through a judicious selection, even if both the Regulation 650/2012 or the Regulation 2016/1103 provide only for a limited choice of law.

²⁸ See Article 27 of the Regulation. As regards the material validity of a matrimonial property agreement, some delicate issues may appear in practice because it may also contain provisions pertaining to successions or to maintenance obligations (on the possible difficulties of characterisation of the different provisions found in a marriage contract, see. P. TWARDUCH, *op. cit.*, p. 472). If their actual characterisation is not one of matrimonial property regime, the spouses' option as to the applicable law might be very well invalidated when it was not made according to the corresponding rules found in the article 22 of the (EU) regulation no 650/2012 or in the article 8 of the 2007 Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations (even if in this last case the risks for invalidation are less important, in regard to the similarity of options available to spouses under the Protocol and under the Regulation 2016/1103). This is why, when drafting the matrimonial property agreement, the public notary must pay a special attention to the chosen law and, particularly, to the respect of the options available to spouses according to the European or international instruments that may pretend application to the different provisions of that matrimonial property agreement.

²⁹ In comparative law, the statutory provisions on possessory rights over the matrimonial home are frequently characterised as internationally mandatory rules (*lois de police*) and, having due regard to this, the Regulation allows, in its Article 30, for a minimal intrusion of the law of the State of the spouses' habitual residence, who may limit the parties' autonomy in international cases.

³⁰ See recital 45 of the Preamble; see C. BRIDGE, *op. cit.*, n° 10.

1. Option in favour of law of the State of the habitual residence of either spouse

8. Firstly, taking into account the links and the integration into a particular social environment, the Regulation admits an option in favour of the law of the State of the habitual residence of any spouse or future spouse at the time of the election (and not at the time of marriage)³¹. This solution is a little more liberal than the one found in the field of divorce, where the European legislator admitted only the choice in favour of the law of the State where the spouses have a common habitual residence or of the State where they had their last habitual residence³².

The objective of certainty prevails over the proximity, thus any change of this indirect connecting factor during marriage is irrelevant. The option will remain valid even if at the time of the regime's dissolution none of the spouses lives in the State whose law was elected³³.

The concept of "habitual residence" does not receive a legal definition in the Regulation. It was, however, object to the interpretation of the European Court of Justice in the context of the analysis of Article 8 of the (EU) Regulation n° 2201/2003, where the Court has stated that it must be given an autonomous definition, combining objective and subjective aspects; the habitual residence corresponds to the place that reflects the person's integration into a particular social and family environment and should be determined by taking into account all the relevant factual circumstances which constitute it³⁴. These guidelines and the factors precisely indicated by the Court to be considered – like the person's intentions, the duration, regularity, conditions and reasons for stay on the territory of a State, the nationality, the professional and economic ties, the family and social relationships in a State – should be followed (*mutatis mutandis*) also by the legal practitioners or public notaries who assists the spouses in matrimonial regime cases.

2. Option in favour of nationality law

9. Secondly, the Regulation allows to the spouses to opt for the national law of any of them at the time of the election; this law is considered to best reflect the identity or the origin of the spouse in question and perhaps also of the couple (although the nationality need not be the same). The solution has an indisputable practical interest: on the one hand, the change of nationality will not affect the validity of the spouses' option; on the other hand, since it is more difficult and probably less frequent for persons to change their nationality than the habitual residence, at least at the first sight, this alternative ensures a real and sufficient connection between the chosen law and the situation of the spouses that travel frequently.

3. Dual nationality

10. When one of the spouses has dual or multiple nationalities, the principle of autonomy of will normally requires that any of the nationality laws in question might be chosen. Some difficulties may however arise since, first, the Recital 50 of the Preamble excludes "*the question of how to consider a person having multiple nationalities*" from the scope of the Regulation and refers to the national law³⁵

³¹ The same solution - the reference to the habitual residence, and not to the domicile - is also enshrined in the Romanian Civil Code or in the Hague Convention. On the interpretation of the habitual residence and its relation with the domicile, respectively with the nationality, see D.A. POPESCU, *Ghid...*, op. cit., p. 62-68.

³² See article 5 (1) (a) and (b) of the Rome III Regulation.

³³ The solution is expressly stipulated in the Article 2596 (3) of the Civil Code and in the Article 7(1) of the Hague Convention; in the Regulation, it can be indirectly deduced from its Article 22.

³⁴ See, for example, ECJ, 2 April 2009, C-523/07, *A* ; ECJ, 22 December 2010, C 497/10, *Mercredi*. In the previous case-law, see ECJ, 15 September 1994, C-452/93, *P Magdalena Fernández v Commission* : „habitual residence ... is the place in which the official concerned has established, with the intention that it should be of a lasting character, the permanent or habitual centre of his interests. However, for the purposes of determining such residence, all the factual circumstances which constitute it must be taken into account". See R. LAMONT, "Habitual Residence and Brussels IIbis: Developing Concepts for European Private International Family Law", *J. of PIL*, 2007, p. 261-281.

³⁵ Recital 50 of the Preamble states: „...where this Regulation refers to nationality as a connecting factor, the question of how to consider a person having multiple nationalities is a preliminary question which falls outside the scope of this Regulation and should be left to national law, including, where applicable, international Conventions, in full observance of the general

and, secondly, each State sets out in this field a series of objective rules giving mandatory prevalence to only one of the nationalities in presence (either the forum nationality or the nationality of the closest connection)³⁶. In the Regulation, such a restrictive solution – the spouses’ possibility to choose only one of the different nationality laws of each of them – may seem justified by proximity considerations; however, this argument is not very convincing since in the Article 22 the European legislator did not rigorously and loyally follow the proximity: in fact, the legal text barely states that spouses can choose the law of the State of the nationality of either of them at the time of the election, disregarding the fact that later, at the moment of the dissolution of the matrimonial property regime, this nationality may no longer be held by any of the spouses and, consequently, that the case may no longer be connected with the designated law.

Despite the ‘disturbance’ caused by the presence of this Recital 50, we think that the spouses’ possibility to choose any of the nationality laws of either of them is still open. In fact, the same Recital states that the application of national rules for resolving the conflict of citizenship depends on the “*full observance of the general principles of the Union*”; in its case-law, the European Court of Justice refused to establish a hierarchy between the various nationalities of different Member States that a person may have and censured, in accordance with the principles of non-discrimination and free movement, the national rules providing for restrictive solutions³⁷. Also, the Recital 50 final affirms that the application of the States’ rules on dual nationality “*should have no effect on the validity of a choice of law made in accordance with this Regulation*”; inspired by the desire to ensure a greater predictability and certainty as regards the applicable law and the full respect of the parties’ will, this text clearly favours the spouses’ possibility to choose any of the national laws of either of them.

This last solution is also able to ensure regulatory consistency across the European Union. For example, in matters of international successions, the Article 22(1) of the Regulation n° 650/2012 clearly provides that: “*A person possessing multiple nationalities may choose the law of any of the States whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death*”. For the international divorces, the articulation of the Article 5 of the Regulation 1259/2010 with its Recital 22 was more delicate; however, the doctrine considers that under Article 5, the designation of the applicable law is made pursuant to the parties’ intentions (subjective connecting factor) and not directly based on the objective connecting factor of nationality, as claimed by Recital 22 (“*Where this Regulation refers to nationality as a connecting factor for the application of the law of a State...*”), so that the solution provided by this last text - the application of the law of the forum to resolve the conflict of nationalities - would not be operative³⁸. In our view, a *mutatis mutandis* interpretation may also be followed as regards the relationship between Article 22 of the Regulation n° 2016/1103 and the Recital 50 of its Preamble, as an additional argument in favour of allowing the choice of any of the spouses’ nationality law as the law governing their matrimonial property regime.

principles of the Union. This consideration should have no effect on the validity of a choice of law made in accordance with this Regulation”. The same difficulty is generated by the Recital 22 of the (EU) Regulation n° 1259/2010, drafted in similar terms. See P. HAMMJE, „Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 291, at p. 317-318; C. GONZALEZ BEILFUSS, „The Rome III Regulation in the law applicable to divorce and legal separation : much ado about little”, in A. BONOMI, C. SCHMID (COORD.), *Droit international privé de la famille - Les développements récents en Suisse et en Europe*, Schulthess, 2014, p. 29, at p. 41. S. DE VIDO, « The relevance of double nationality to conflict-of-laws issues relating to divorce and legal separation in Europe », *CDT*, March 2012, Vol. 4, N° 1, pp. 222-232.

³⁶ For Romania, see Article 2568(2) C. Civ.

³⁷ See ECJ, 2 October 2003, C-148/02, *Garcia Avello*, in which the European Court of Justice held that, in the light of the European integration - placing the nationals of the different Member States on an equal footing - , the systematic favour granted by a Member State to his own nationality over the nationality of another Member State when solving the dual nationality conflicts is discriminatory and infringes the provisions of the Treaty. See also ECJ, 16 July 2009, C-168/08, *Hadadi*, in which the Court of Justice held that the European Union law „preclude the court of the Member State addressed from regarding spouses who each hold the nationality both of that State and of the Member State of origin as nationals only of the Member State addressed. That court must, on the contrary, take into account the fact that the spouses also hold the nationality of the Member State of origin and that, therefore, the courts of the latter could have had jurisdiction to hear the case” (para. 43).

³⁸ See P. HAMMJE, *op. cit.*, n° 26, p. 318; C. GONZALEZ BEILFUSS, *op. cit.*, p. 40. J. BASEDOW, „Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalités en droit de l’Union européenne”, *Rev. Crit. DIP*, 2010, p. 427, at p. 446.

4. Differences between the Article 22 of the Regulation and the corresponding texts from the Romanian Civil Code or the Hague Convention. Implications

11. Accepting the two alternatives enshrined today in the Regulation, the Romanian Civil Code and the 1978 Hague Convention provide each also a third one: the Article 2590 C. Civ. admits the option in favour of the law of the State of the first common habitual residence of the spouses after the celebration of marriage, while Article 3 of the Hague Convention allows a choice in favour of the law of the first State where one of the spouses establishes his or her new habitual residence after marriage.

A question may arise concerning the reason considered by the European legislator when abandoning this additional option, although the Hague Convention was of course considered as a comparative reference. The explanation is simple: in practice, it is possible that the choice of the law governing the matrimonial property regime intervenes before the celebration of the marriage, while later one of the spouses (or both of them, in case of the Romanian Civil Code) fails to settle its (their) habitual residence in the State whose law has been selected; in order to avoid that the spouses' possible option is being deprived of effects on this basis, with all the adverse consequences from the point of view of legal certainty, the European legislator has suppressed this alternative. This does not mean that the advantages conferred by Article 2590(c) C. Civ. or Article 3(2)(c) of the Hague Convention would disappear completely within the framework of the European Regulation; on the contrary, they are present via the possibility of amending the choice of the applicable law, provided by the Regulation.

12. More importantly, this difference of solutions raises also the question of the implications of the narrower set of options in the context of the Regulation, when a matrimonial convention, concluded under Article 2590 (c) C. Civ., will be examined in a State where the Regulation is applicable. In particular, it is possible for example for two Romanian (future) spouses, both habitually resident in Romania, but owning property abroad, to conclude a matrimonial convention before the celebration of the marriage, by which they choose the Spanish law of the state where both will establish their habitual residence after the marriage. If they later settle in Spain, a country where the question of the law governing their matrimonial property regime will eventually be raised, it is not obvious that the *electio juris* agreement, contradicting the provisions of the Article 22 of the Regulation, will be effective. Consequently, the public notaries concluding the matrimonial convention will have to inform the future spouses both on its limited spatial effectiveness, but also on the available alternatives, the simplest of them being the replication of the *electio juris* agreement after their displacement in Spain (or in another State where the Regulation n° 2016/1103 is applicable) in order for the parties' will to enjoy full effectiveness.

IV. *Electio juris* and States with more than one system of law

13. If the law to be designated belongs to a plurilegislative State organized on a territorial basis (such as Spain, United Kingdom, Canada, USA)³⁹ or on a personal basis (such as Lebanon, Syria, Iran, India)⁴⁰, a number of difficulties may arise despite the fact that, following the models encountered in other European private international law Regulations⁴¹, the Regulation n° 2016/1103 enshrines a series of rules on the possible conflicts that may appear, helping to identify, within the specified legal order, the relevant infra-state sub-system of law⁴².

³⁹ Territorial plurilegislative systems of law belong to States in whose territory the rules applicable to matrimonial property regimes are not unified and, on the contrary, specific, autonomous body of rules are applied in each political entity or territorial unit - see B. AUDIT, *op. cit.*, p. 245 *et seq.*, n° 296 *et seq.*

⁴⁰ Within the framework of plurilegislative personal systems of law, different sets of rules regarding the matrimonial property regimes apply within the territory of the State concerned according to personal criteria (usually, the membership of an ethnic or religious community); see B. AUDIT, *op. cit.*, p. 248, n° 302 *et seq.*

⁴¹ See Rome I Regulation (Article 22), Rome II Regulation (Article 25), Rome III Regulation (Articles 14-16), Rome IV Regulation (Articles 36-38).

⁴² These rules are similar (but not identical) to the ones found in Articles 16, 17 and 19 of the 1978 Hague Convention. Specially, Article 18 provides that rules established by the Convention should not be applied to solve the interterritorial conflicts in cases with no foreign element ("where the law of no other State is applicable by virtue of the Convention").

For territorial conflicts, Article 33 of the Regulation establishes the principle of the application of the internal conflict-of-laws rules of the State whose legal order has been designated by the Regulation; in subsidiary, it consecrates direct solutions that can be used in the absence of such rules. For inter-personal conflicts, Article 34 establish the application of internal conflict-of-laws rules in force in the State concerned; in the exceptional hypothesis of their absence, it was provided, as a secondary solution, the direct application of substantive rules of the legal sub-system or set of rules with which the spouses have the closest connection⁴³.

14. The first question is how to proceed when spouses generally designate the law of a territorially plurilegislative State (such as the United States, Switzerland, Spain) and not the law of a specific territorial unit (e.g. California or Louisiana). Normally, in accordance with Article 33(1), in order to determine the relevant territorial unit whose rules of law are to apply, the “*internal conflict-of-laws rules of that State*”, insofar as they exist, will be taken into account⁴⁴. However, when these rules are not unified but, on the contrary, they differ at the level of each territorial unit, the situation gets complicated; the subsequent problem is to know whether Article 33(1) will be operative (and eventually in what form) or whether, oppositely, this remission to the internal rules will be overcome by the uniform rules established by the European legislator in the Article 33(2) of the Regulation.

In matters of international successions, the doctrine advocates the application of the internal conflict-of-laws rules not of the State, but of the territorial unit whose law is designated by the Regulation⁴⁵. In our opinion, such a solution may be implemented only if the spouses opted for the law of the State of the habitual residence of one or of both of them, but not for their nationality law. In these latter cases, this solution is likely to lead to deadlocks, because it does not allow to establish which federate State or territorial unit’s rules will be considered for the inter-territorial conflict-of-laws; for example, it does not allow to determine how to proceed when neither of spouses resides in United States and the American law, the national law of one of them, has been chosen as the law applicable to the matrimonial property regime. For reasons of simplicity, but also of coherence in solutions, we would recommend in these cases the direct recourse to the subsidiary rules provided in the Article 33(2) of the Regulation : the application of the substantive law of the territorial unit in which the spouses or one of them have their habitual residence, when the law of the State of the habitual residence is chosen, and respectively, the application of the law of the territorial unit with which the spouses have the closest connection, when they opted for the national law (of one or both of them)⁴⁶.

15. Another problem is to know how effective are the *electio juris* agreements by which the spouses directly designate, as the law governing their matrimonial property regime, the law of a specific territorial unit of the State on whose territory one or both of them have their habitual residence at the time of election or whose nationality one or both of them have at the time of the election.

Normally, the content of Article 33 does not make a distinction with regards to whether the applicable law is designated by the parties or it is established on the basis of objective criteria from the Article 26 of the Regulation; thus, this text should be given indisputable application, including in the hypothesis under discussion.

⁴³ Quasi-identical solutions are to be found in the field of international successions - see *mutatis mutandis* Articles 36 and 37 of the Regulation n° 650/2012. On the contrary, the European legislator distanced from the more simpler solutions retained in Article 22(1) of the Rome I Regulation or in the Article 25(1) of the Rome II Regulation.

⁴⁴ For a discussion regarding the articulation of the European Regulations on matrimonial regimes and successions and the Spanish legal system, see J.L. IGLESIAS BUIGUES, „La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial”, *CDT*, March 2018, Vol. 10, N° 1, pp. 233-247.

⁴⁵ In matters of succession, for the interpretation of Article 36 of the Regulation n° 650/2012, see A. BONOMI, in A. BONOMI, P. WAUTELET, *op. cit.*, p. 556, n° 9.

⁴⁶ Regarding the solutions of the 1978 Hague Convention, see M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 48; this author clearly states that if the inter-territorial system of law designated by the Convention lacks unified internal conflict-of-laws rules, shall be directly applied the subsidiary solutions of the Convention and not the choice-of-law rules set up by one of the federate States in discussion. Similarly, with regard to the solutions adopted in general on inter-territorial conflicts of laws in the Hague Conventions, see B. AUDIT, *op. cit.*, p. 248, n° 300. Generally, see D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, PUF, 2007, Tome I (partie générale), p. 513, n° 513.

In particular, when internal inter-territorial choice-of-law rules of the designated State allow such an option, the *electio juris* agreement would be perfectly effective. Where such designation is not possible nor permitted by the internal choice-of-law rules of the State concerned, the spouses' option risks to be censured when it leads to different solutions than those required by the domestic choice-of-law rules of the State concerned⁴⁷; therefore, in such cases, the counselling role of the public notary assisting the spouses proves to be extremely important. Finally, when the State concerned has no rules of inter-territorial conflict and the solutions from Article 33(2) of the Regulation have to be considered, a distinction must be made. If the law applicable to the matrimonial property regime is determined on the basis of the habitual residence criterion (Article 22(1)(a) of the Regulation), the *electio juris* agreement will only be effective when the choice of the parties specifically concerned the law of the territorial unit in which one or both of them had his/their habitual residence at the time of the election; having regard to the terms of Article 33(2)(a), in such a case it is not possible for the spouses to designate the law of any territorial unit of the concerned State. This objective rule allows for greater certainty and predictability for the parties. The situation is different when the criterion of designating the applicable law is the nationality of one or both spouses (Article 22(1)(a) of the Regulation). In these cases, the European legislator provides the applicability of the law of the territorial unit with which the spouses have the closest connection - Article 33(2)(b) of the Regulation; even if the doctrine advocates taking into consideration the parties' choice as one of the factors that makes possible the determination of the closest connection⁴⁸, it is not obvious that their decision will always produce effects (given the large margin of appreciation that judges will have in this respect if a dispute arises).

V. The unity of the chosen law

16. The 1978 Hague Convention allowed the *dépeçage* in the matter of matrimonial property regimes: thus, with regard their immovables (or some of them), the spouses could choose as applicable law, the law(s) of the place where those immovables were located⁴⁹. The solution potentiated the autonomy of will and was able to facilitate an optimisation of the spouses' patrimonial situation, permitting the correlation between the law governing the matrimonial property regime and the law governing the succession⁵⁰; at the same time, once the respective option was exercised, the complexity was enhanced, since the couple became subject to several matrimonial property regimes, corresponding to the multiple laws governing them.

The Regulation n° 2016/1103 and Article 2590 C. Civ. lead to a single law for all family assets, regardless of the acquisition time and regardless of their location⁵¹, increasing the legal certainty⁵²; au-

⁴⁷ In matters of succession, for the interpretation of Article 36 of the (EU) Regulation n° 650/2012, see *mutatis mutandis* A. BONOMI, *op. cit.*, p. 557, n° 11. For a different position, see nevertheless J.L. IGLESIAS BUIGUES, *op. cit.*, p. 240; this author argues that the direct choice, by a Spanish national, of the Catalan, Aragon, Galician ... successions law or matrimonial property regime law would not be allowed in general by the Regulations, since this person does not possess Catalan, Aragon, Galician nationality (but only Spanish nationality) and thus, the requirements of the legal texts for the validity of the *electio juris* agreement (speaking of choices in favour of law of the State whose nationality he possesses) are not met.

⁴⁸ See *mutatis mutandis* A. BONOMI, *op. cit.*, p. 560, n° 17.

⁴⁹ Article 3(4) of the Hague Convention: "However, the spouses, whether or not they have designated a law under the preceding paragraphs, may designate with respect to all or some of the immovables the law of the place where those immovables are located. They may also provide that any immovable property which may subsequently be acquired shall be governed by the law of the place where such immovables are situated".

⁵⁰ In this sense, see for example, H. PEROZ, E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille*, Lexis Nexis, coll. Pratique notariale, 2010, p. 156, n° 411: although the French law of successions establishes a compulsory portion (*réserve*) in favour of children, the provisions on matrimonial property regimes allow, within the community regime, the assignment of a certain asset to the surviving spouse, so that the optimization of his patrimonial situation becomes possible.

⁵¹ See Article 21 of the Regulation: "The law applicable to a matrimonial property regime pursuant to Article 22 or 26 shall apply to all assets falling under that regime, regardless of where the assets are located". In the Explanatory Memorandum (Article 5.3), the *dépeçage* was considered being a source of difficulty both at the moment of the dissolution of the regime and during marriage (since the spouses must comply with the particular rules provided by each of the laws governing the specific assets).

⁵² See Recital 43 final.

tonomy of will cannot lead (at this stage) to a division of the matrimonial property regime, neither to its submission to two or more laws. Indivisibility is very important in practice: it allows a circumvention of the difficulties that might arise, for example, in relation with the determination of the exact nature of certain assets (movable or immovable, qualification normally made according to *lex rei sitae*⁵³), or in relation with their spatial location. It may also avoid conflicts that could arise when patrimonial relations between spouses, subject to different regimes, would be governed by several laws⁵⁴. Lastly, it supports the predictability of the law governing the matrimonial property regime as regards the third parties contracting with the spouses (or with one of them)⁵⁵.

17. The unity of the applicable law is reinforced by the fact that Article 32 of the Regulation does not allow the *renvoi*⁵⁶. This last technique is normally considered to be incompatible with the autonomy of will⁵⁷: it is not reasonable to consider that, by choosing a certain law, the parties also opted for the application of the choice-of-law rules in force in that system of law; their choice necessarily pertains to the domestic law of the State concerned.

18. A single law will be applied not only to the matrimonial property located in the forum State, but also to the matrimonial property located abroad. Because the law governing the regime might consecrate rights unknown by the *lex rei sitae* (like the usufruct right from the civil law systems, unknown as such in *common law*), the European legislator provided in the Article 29 of the Regulation a special solution on the adaptation of the *in rem* rights, designed to solve the eventual difficulties in this field: “Where a person invokes a right in rem to which he is entitled under the law applicable to the matrimonial property regime and the law of the Member State in which the right is invoked does not know the right in rem in question, that right shall, if necessary and to the extent possible, be adapted to the closest equivalent right under the law of that State, taking into account the aims and the interests pursued by the specific right in rem and the effects attached to it”.

19. **Option for a specific matrimonial property regime.** A practical problem that may arise is to know whether, when choosing the law governing their matrimonial property regime, the spouses can also opt for a specific matrimonial property regime provided by the chosen law⁵⁸. The European legislator has not explicitly offered a solution. The provisions of the Recital 18 of the Preamble, which states that “for the purposes of this Regulation, the term ‘matrimonial property regime’ should be interpreted autonomously and should encompass not only rules from which the spouses may not derogate but also any optional rules to which the spouses may agree in accordance with the applicable law, as well as any default rules of the applicable law”, would nevertheless allow for an affirmative answer. Thus, if the applicable law chosen by the spouses consecrates, alongside the default legal regime, one or more conventional matrimonial regimes, it should be possible that while choosing that law, the spouses also

⁵³ For a discussion, see P. LAGARDE, “La qualification des biens en meubles et immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial”, in *Mélanges en l'honneur de Mariel REVILLARD. Liber amicorum*, Defrénois, 2007, p. 209.

⁵⁴ See I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 212. C. BRIDGE, *op. cit.*, n° 8.

⁵⁵ As regard the third parties, see nevertheless Article 28 of the Regulation (*infra*, n° 31 in text).

⁵⁶ See Article 32: “The application of the law of any State specified by this Regulation means the application of the rules of law in force in that State other than its rules of private international law”. Since the comparative private international law reflects a great diversity of solutions on the matter, the clear exclusion of the *renvoi* is extremely important. In the Romanian law, the exclusion of the *renvoi* can be deduced from the corroboration of Articles 2559 (3) and 2590 C. Civ.. In the Hague Convention, Article 3 expressly speaks of the election of the *internal law* of a certain country; this formulation, excluding the intervention of the private international law norms, is currently interpreted as excluding the *renvoi*.

⁵⁷ In the French case-law on matrimonial property regimes, see *Gouthertz* decision (Cass. Civ. I, 12 February 1972, *JDI*, 1972, p. 594, note Ph. KHAN).

⁵⁸ In France, the legislator terminated the extensive discussions on this subject, with the introduction, through the Law no. 97-987 of 28th October 1997 (amending the Civil Code to adapt to the 1978 Hague Convention), of the Article 1397-3 (3) in the Civil Code, which clearly states that “On the occasion of the specification of the applicable law, before or during the marriage, the spouses may specify the nature of the matrimonial regime chosen by them”. For details, see H. PÉROZ, E. FONGARO, *op. cit.*, p. 154, n° 402.

choose one of the regimes provided by it, if the requirements set are fulfilled⁵⁹. Such a solution merely confirms the multiple valences of the principle of party autonomy in this field.

In practice, the matrimonial property agreement should clearly specify the matrimonial property regime the spouses have chosen; in the absence of the corresponding provisions, the simple choice of the law of a particular State will be interpreted as an indirect option for the default legal matrimonial property regime provided by it.

VI. Consent and substantial validity of the choice-of-law agreement

20. Article 24(1) of the Regulation provides that the existence and validity of an agreement on the choice of law or any clause thereof shall be determined by the law which would govern it under Article 22 if that agreement or clause were valid. The application of the chosen law itself for the issues of material validity of the *electio juris* agreement, a solution also found in other European Regulations⁶⁰, has the benefit of simplicity and is in line with the legitimate expectations of the parties.

The scope of this text requires delimitation. Insofar as, in accordance with Article 1(2)(a), the spouses' capacity is excluded from the scope of application of the Regulation, this issue must be determined following the private international law rules of the forum. On the contrary, the law chosen by the spouses to govern their matrimonial property regime will normally apply to the possible vices of consent (error, misrepresentation, violence) and their consequences.

In addition, Article 24(2) of the Regulation provides a derogatory rule which can be invoked (only) by the spouse who wishes to establish the absence of his or her consent to the agreement: this spouse may rely on the law of the State of his habitual residence at the time the court is seised⁶¹, if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his behaviour in accordance with the chosen law⁶². A short explanation is necessary. In contractual matters, where the formal validity requirements are very liberal and a tacit consent, deduced sometimes from the silence or lack of reaction of one of the parties, is considered a sufficient expression of the will, Article 10(2) of the Regulation n° 593/2008 (*Rome I*)⁶³ – almost identical to Article 24(2) of the Regulation 2016/1103 and its likely source of inspiration – is perfectly justified by the legislator's desire to safeguard the existence of parties consent; it will also have a large scope of application. Things are different in the respect of matrimonial property regimes and the practical utility of Article 24(2) might be discussed. Undeniably, the existence of the spouses' consent for the *electio juris* agreement is highly important here too but, given the fact that Article 23 clearly states that the spouses' choice must be made in writing and the corresponding agreement must be signed, Article 24(2) will probably have a very narrow scope. Considering the impact on the consent, a possible application might be made when the agreement is drafted in a foreign language unknown by the contesting spouse and the putative law governing this agreement and the law of the actual habitual residence of that spouse diverge on the consequences of this aspect on the existence of the consent. Regardless, fulfilling the special circumstances required by this text – necessitating a restrictive interpretation – is not an easy task; since there is no guidance from the legislator, the courts enjoy a margin of discretion as regards the reasonableness test to be respected before the elimination of the putative designated law.

⁵⁹ In this respect, see indirectly, I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 212. C. BRIDGE, *op. cit.*, n° 10. Much more dubitative, see S. GODCHOT PATRIS, *op. cit.*, p. 2296, which shows that the possibility of choosing concurrently the applicable law and a conventional matrimonial regime provided by it implies an interference with the implementation of the chosen law; consequently, this author considers that the solution of the Article 1397-3 (3) of the French Civil Code should perhaps be rethought.

⁶⁰ See, for example, Articles 3(5) and 10(1) Rome I Regulation; see Article 6(1) Rome III Regulation.

⁶¹ This temporal element might appear as problematic. First, the existence of the consent should normally be evaluated at the time when it was given; only by reference to that moment the contesting spouse may have a legitimate interest to rely on a certain law (different than the one governing the agreement). Secondly, the habitual residence may be purposefully modified by a spouse wishing to benefit from a certain law, and thus the time reference retained by the legislator might encourage the abuses.

⁶² An identical provision is found in Article 6(2) Rome III Regulation.

⁶³ Article 10(2) Rome I Regulation: „Nevertheless, a party, in order to establish that he did not consent, may rely upon the law of the country in which he has his habitual residence if it appears from the circumstances that it would not be reasonable to determine the effect of his conduct in accordance with the law specified in paragraph 1”.

VII. Exteriorisation of the parties' choice and the law governing the form of the *electio juris* agreement

21. A matter of practical interest is represented by the formal validity requirements of the agreement on the choice of law applicable to the matrimonial property regime⁶⁴. These are regulated in the Article 23 of the Regulation, whose stated purpose is to support legal certainty, to facilitate an informed choice and to make sure that spouses are aware of the consequences of their choices⁶⁵. Thus, on the one hand, by means of a uniform substantive norm laid down in Article 23(1), the legislator stated that the agreement for the election or for the modification of the law applicable to the matrimonial property regime should be expressed in writing and should be dated and signed by both spouses; also, as in other European private international law Regulations, it provided that “*any communication by electronic means which provides a durable record of the agreement shall be deemed equivalent to writing*”. With these requirements, the legal certainty is strengthened, at least at first sight, and practitioners' work is facilitated. A similar solution can be deduced from the provisions of Article 2591(2) C. Civ., this being however slightly more liberal⁶⁶, or of the Article 13 final of the 1978 Hague Convention⁶⁷.

22. As regards the choice-of-law norms, the European legislator distanced himself from the Romanian Civil Code⁶⁸ or the Hague Convention's solutions⁶⁹. In order to protect the spouse considered vulnerable, Article 23(2) of the Regulation additionally prescribes the observance of the formal requirements, if any, laid down for marital property agreements in the law of the Member State in whose territory both spouses are habitually resident at the time of the conclusion of the agreement⁷⁰. *Per a contrario*, when the spouses (possible European nationals) are habitually resident on the territory of the same third State, the mere writing, dating and signature would be sufficient for the formal validity of the *electio juris* agreement. Beyond the fact that it cannot guarantee that the spouses were actually aware of the implications of their choice, as wanted by the European legislator, this solution – application only of the formal requirements imposed by the EU Member States' laws – is not necessarily very coherent⁷¹. Also, because the legislator does not refer to the formal validity requirements of the law of the State where the *electio juris* agreement is concluded (which may be different from the State where the spouses

⁶⁴ This agreement can take the form of an independent agreement, the sole purpose of which is to determine the applicable law, or the form of a clause stipulated in a convention whose principal purpose is different (and more extensive), such as a marital property agreement.

⁶⁵ See Recital 47 of the Preamble: “*Rules on the material and formal validity of an agreement on the choice of applicable law should be set up so that the informed choice of the spouses is facilitated, and their consent is respected with a view to ensuring legal certainty as well as better access to justice. As far as formal validity is concerned, certain safeguards should be introduced to ensure that spouses are aware of the implications of their choice*”.

⁶⁶ The text of Article 2591(2) C.Civ. is broader: it allows not only the express choice of the applicable law, but also a choice which undoubtedly results from the provisions of a marriage contract. An identical solution is found in the Article 11 of the Hague Convention.

⁶⁷ The VAN OVERBECK Report (“*Explanatory Report on the 1978 Hague Matrimonial Property Regimes Convention*”), expressly states that only the signature of the spouses must be manuscript, while the related provision and date can be typed - see M. REVILLARD, “*La Convention de la Haye...*”, *op. cit.*, n° 16.

⁶⁸ According to Article 2591(2) C.Civ., “*The formal requirements of the choice of law agreements regarding the matrimonial property regime are those provided either by the law chosen to govern the matrimonial regime or by the law of the place of the conclusion of the electio juris agreement*”; the same paragraph also provides, in the final sentence, a unilateral rule: when the Romanian law is applicable (to the matrimonial property regime), the formal requirements set by it - act authenticated by the public notary, according to Article 330(1) C.Civ. - must be also respected in order to ensure the validity of the marital property agreement.

⁶⁹ As regards the form of the *electio juris* agreement, Article 13 of the Hague Convention provides that it should comply with the form prescribed for marriage contracts, for which two alternatives are provided (the law chosen to govern the matrimonial regime or the law of the place where the agreement was made).

⁷⁰ Although there is no express provision in this sense in the Regulation, the references to the law of a Member State should normally be understood as references to the law of a Member State where the Regulation n° 2016/1103 is applicable: see S. GODECHOT PATRIS, *op. cit.*, p. 2294.

⁷¹ V. M. BUSCHBAUM, U. SIMON, “*Les propositions de la Commission européenne relatives à l’harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés*”, *Rev. Crit. DIP*, 2011, p. 801, sp. p. 805-806.

are habitually resident), it may raise in practice some problems of equivalence – such as not knowing whether the notarial act drawn up under the *lex loci actus* is equivalent to the authentic act required by the law of the spouses' habitual residence⁷²; absent any other clarifications, the public authority or the notary seised should settle them on a case by case basis.

Finally, paragraphs 3 and 4 of Article 23 of the Regulation provide for two additional conflict-of-laws rules for the cases in which spouses are not habitually resident in the same state when the agreement is concluded. First, if they are habitually resident in the territory of different EU Member States, the European uniform requirements will be completed by the formal requirements provided by either of the laws of those States; since these two laws are provided for in an alternative way, for the *electio juris* agreement to be valid it is sufficient that spouses comply with the requirements of the most liberal of them. If the habitual residence of only one of the spouses is located on the territory of an EU Member State, the formal validity of the *electio juris* agreement is conditional on compliance with the requirements of the law of that Member State. In both cases, the habitual residence of the spouses (or of one of them) should be appreciated at the time when the agreement is (or was) concluded; since the problems related with the validity of the *electio juris* agreement may arise long after its conclusion, when the connecting factor could have been changed, this time precision is welcomed as it increases the legal certainty.

Normally, the *electio juris* agreement and the matrimonial property agreement are distinct. For its formal validity, the *electio juris* agreement must comply, as already presented above, with the requirements set by Article 23 and of the laws referred thereof. If in the same document, the spouses designate the law applicable to their regime and also select a conventional matrimonial property regime, provided by the chosen law⁷³, the validity of the corresponding matrimonial convention is conditional, in addition to the requirements set out above, which can be found also in the Article 25(1)-(3) of the Regulation, by the compliance with the possible additional formal requirements provided by the law governing the matrimonial property regime (Article 25(4) of the Regulation).

VIII. The moment of choice

23. In the Article 22 of the Regulation there is no provision as to the timing of the election. However, the Recital 45 of the Preamble provides that “*this choice may be made at any moment, before the marriage, at the time of conclusion of the marriage, or during the course of the marriage*”; this solution, increasing the legal certainty, is identical to that expressly found in the Article 2591(1) C. Civ., which provides that the agreement on the choice of law applicable to the matrimonial regime may be concluded before the marriage is celebrated, at the time of the marriage or during the marriage. In the Hague Convention, the Article 3 provides that the choice of applicable law must be made before marriage; in the absence of any further clarification, this choice may be included in the spouses' matrimonial convention or may be the subject of a separate agreement, which has as its object precisely the choice of law. This solution may seem more restrictive than the one in the Regulation or in the Romanian Civil Code; however, considering that the Article 6 of the Convention allows the change of the applicable law (obviously, during marriage), it is not really much more severe.

IX. Change of the chosen law

1. Admission of the voluntary change of the chosen law

24. All the texts analysed allow the voluntary change of the law governing the matrimonial property regime. In fact, the continuity of the applicable law is generally considered to be a too rigid and inappropriate solution, given that the change of residence (and even of the citizenship) might be frequent

⁷² S. GODECHOT PATRIS, *op. cit.*, p. 2296.

⁷³ On this issue, see *infra* n° 26 in text.

in practice, so that the law originally chosen or the one (objectively) applicable at the time of marriage may not present sufficiently relevant connections with the current situation of spouses or may not respond anymore to their substantial interests⁷⁴. This is why, both Article 22 of the Regulation 2016/1103 and Article 2591 C. Civ. or Article 6 of the Hague Convention allow for the designation of a law other than the one previously applicable to the regime, so that the patrimonial situation of the spouses can be better adapted to their personal circumstances and life realities.

In principle, this change is possible irrespective of whether the law previously applicable to the matrimonial property regime had initially been chosen or whether it had to be determined on the basis of objective connecting factors⁷⁵. Also, in principle, given the broad formulation of the texts, the change is possible whenever the spouses want it. Like for the *electio juris* agreements concluded before or in the moment of the marriage, the spouses' option may only concern the law of the nationality or of the habitual residence of either of them⁷⁶. The 1978 Hague Convention provided also an additional alternative, allowing for the designation, with respect to all or some of the immovables, of the law of the place where these immovables are situated (*lex rei sitae*) (see supra no 16).

25. In the context of the Regulation, is also of interest the transitional provision found in Article 69(3), which provides for the applicability of Chapter III (on the applicable law) to spouses who have married or who have designated the law applicable to their matrimonial regime after 29 January 2019. Thus, irrespective of the moment of marriage, after 29 January 2019, the spouses may amend the law previously applicable to their matrimonial property regime, following the conditions provided by Article 22 of the Regulation⁷⁷.

2. The change of both the applicable law and of the matrimonial property regime

26. A delicate issue, not explicitly resolved by any of the texts subject to this article, is to know whether, when changing the applicable law, the parties may also opt directly for a specific matrimonial property regime provided by the newly chosen law. The texts only address the change of the applicable law and the option for a new different law (which normally entails the application of the default matrimonial regime provided by that law⁷⁸). In our view, when they proceed to a change of the law applicable to their regime, the spouses should be also able to elect a specific conventional regime provided by the newly chosen law: when the parties were subject to a specific conventional regime provided by the original law (e.g. separation of property/*gütertrennung*, provided by German law) it seems excessive to require them, in order to reach the same or a similar conventional regime governed by another law (e.g. separation of property/*séparation de biens* or partnership of acquets /*séparation de biens avec société d'acquêts*, provided by French law), to switch first to the default legal regime provided by the newly elected law, which, on the basis of the provisions of this new law, they would subsequently amend to the desired regime⁷⁹.

⁷⁴ See E. FONGARO, „Le changement de régime matrimonial en droit international privé, entre présent et avenir”, *Droit et patrimoine*, December 2012, p. 87 et seq., at I.A.

⁷⁵ Departing from the solution found in the article 7(2) of the Hague Convention, which admitted, despite a series of inconveniences in terms of uncertainty and technical difficulties, an automatic mutability of the law governing the matrimonial property regime, the Regulation only admits the voluntary change of the applicable law - see Recital 46 of the Preamble: „To ensure the legal certainty of transactions and to prevent any change of the law applicable to the matrimonial property regime being made without the spouses being notified, no change of law applicable to the matrimonial property regime should be made except at the express request of the parties”.

⁷⁶ The Romanian Civil Code does not expressly provide this solution in the Article 2591(3), but it can be indirectly deduced, since Article 2591 is the logical continuation of Article 2590 (who limits the spouses' options).

⁷⁷ A similar solution can be found in Article 21(1) of the 1978 Hague Convention, who states that, irrespective the date of marriage, the Convention (also) applies to spouses who designates the law applicable to their matrimonial property regime after its entry into force.

⁷⁸ If the parties' agreement concerns only the modification of the applicable law, without including any mention on a specific matrimonial property regime, the spouses will be subject to the default legal regime provided by the newly elected law.

⁷⁹ See indirectly, B. AUDIT, *op. cit.*, p. 712, n° 878; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *op. cit.*, t. II, p. 221, n° 821.

27. When the original law governing the regime requires, similar to the Article 369 of the Romanian Civil Code, the passing of a certain period of time from the date of marriage before any change of the matrimonial regime, an additional question to be answered is whether this period of time should also be respected before any change of the applicable law (which indirectly amounts to a change of the regime). In our opinion, taking into consideration the differences existing between autonomy of will on a substantial level and on a conflicts-of-laws level, the response should be a negative one. In fact, the limits of the spouses' autonomy on the substantial level are set by the internal law governing the regime and time limits like those indicated above must be respected in purely internal situations or, in international cases, when the modification wanted purports just to a different regime provided by the same law. In contrast, spouses' freedom of action and its limits in private international law are governed by specific texts, like Article 22 of the Regulation n° 2016/1103 or Article 2590 C. Civ.; since these texts do not impose any time requirements, the spouses' possibility to change the applicable law should be recognized at any time, despite the particular and restrictive conditions set by the domestic laws. Any circumstantial reluctance determined by the necessary protection to be guaranteed to third parties against a law whose applicability they could not have expected can be overcome by taking into account the Article 28(1) of the Regulation, which provides that the law applicable to matrimonial property regimes may be invoked against a third party only when "*the third party knew or, in the exercise of due diligence, should have known of that law*"⁸⁰.

3. Temporal effects of the newly chosen law

28. In the context of Article 6 of the 1978 Hague Convention, the question of whether the modifying law (the new law chosen by spouses) during the matrimonial property regime has retroactive effects has been controversial. The French doctrine militated for the retroactive application of the new law⁸¹. This solution raised serious problems, especially when a community regime had to be transformed into a separation regime, whose retroactivity could lead to random results when spouses have not previously liquidated their community regime⁸². Also, when the spouses' will is not clearly expressed in this sense, the retroactivity of the newly chosen law is likely to seriously affect the legal certainty and foreseeability so necessary in the matter.

29. The European legislator, in Article 22(2) of the Regulation, but also the Romanian legislator, in the Article 2591 C. Civ., preferred another solution: unless the spouses raise contrary agreement, the newly elected law has prospective effects only. This last solution has indisputable advantages: normally, the change of the applicable law will not affect the acts performed and the rights acquired by spouses under the old law. Thus, property acquired under a separatist regime will not automatically become community property; assets acquired under the regime of the community will not automatically become personal assets of spouses.

However, the situation of property may record changes over time. In accordance with Article 27 (b), "*the law applicable to the matrimonial property regime pursuant to this Regulation shall govern, inter alia... : b) the transfer of property from one category to the other one*"; given that the newly chosen law will govern the couple's matrimonial property regime for the future, it will have to be consulted to see whether, to what extent and in what way the assets previously acquired by spouses, for example, in co-proprietorship under the legal community regime can be transformed into personal assets of each of them⁸³. Even in these circumstances, as the doctrine already identified, when the newly elected law esta-

⁸⁰ On the interpretation of this provision and on the difficulties that it may raise, see L. RADEMACHER, „Changing the past: retroactive choice of law and the protection of third parties in the European regulations on patrimonial consequences of marriages and registered partnerships”, *CDT*, March 2018, Vol. 10, n° 1, p. 7.

⁸¹ See B. AUDIT, *op. cit.*, n° 878, p. 713; D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *op. cit.*, t. II, p. 222, n° 823. However, dubitatively, see M. REVILLARD, *op. cit.*, n° 40.

⁸² On these difficulties, see H. PÉROZ, E. FONGARO, *op. cit.*, p. 174 *et seq.*; in particular, on the arguments proposed by the French doctrine in favour or against the retroactivity of the chosen law, see p. 176 n° 478.

⁸³ In this respect, however, a reservation must be made: in accordance with Article 1(2) h) of the Regulation, the issues related to the recordings in public registers of "*rights in immovable or movable property, including the legal requirements for*

blishes, for example, different rules regarding the right to dispose of the property, it is not obvious that the rights acquired over particular assets (by applying the old law) will remain unchanged⁸⁴.

Applying the new law only for the future also presents some practical embarrassments: the patrimonial situation of the spouses will be governed by two different laws (which may obviously provide for different solutions, for example regarding the situation of the acquired assets), so that in the moment of the final liquidation, the public notary will have to liquidate as many regimes as laws have been enforced over time. For these cases, the French doctrine judiciously recommends the liquidation of the previous matrimonial property regime in the moment of the change of the applicable law⁸⁵, with the inconveniences related to the fees payable for the corresponding notary services.

30. The spouses can also dispose that the newly elected law will produce retroactive effects⁸⁶; the notaries will have to advise the parties on the matter, the final option being dictated by the parties' specific interests. Anyway, due to practical complications, retroactivity is not the most appropriate solution when switching from a community regime to a separatist regime (without liquidation).

4. Limitation of the effects of the newly chosen law and protection of the third parties

31. Normally, according to Article 27(f) of the Regulation, the law governing the matrimonial property regime also applies to the effects that the matrimonial property regime may have on the legal relationships *between spouses* (or, more frequently, *one of them*) and *third parties*⁸⁷. Two clarifications are required.

First, an important reservation from the application of this solution is nevertheless foreseen in the Article 28 of the Regulation (Effects in respect of third parties), a text who masks the difficulties created by the absence of a European Register of the matrimonial property regimes⁸⁸: the law applicable to the matrimonial property regime can be invoked only against the third parties who *have known or ought to have known, acting with due diligence, the existence of that law*⁸⁹. The clarifications brought by the paragraph (2) of the Article 28, detailing the cases in which the third party is deemed to have known the law governing the regime, are likely to increase the much-needed certainty in this field. Although the legislator does not provide any obligation in this sense, an important role will be also played in this field by the public notaries who, when drafting an act involving family property, should inform the involved third parties on the law governing the couple's matrimonial property regime; any written mention of this law in the corresponding document would make things significantly easier in practice⁹⁰.

Secondly, according to the Article 22(3) of the Regulation, "*any retroactive change of the applicable law under paragraph 2 shall not adversely affect the rights of third parties deriving from that law*". In fact, the legal provisions devoted in the comparative substantive law to the effects of patrimonial

such recording and the effects of recording or failing to record such rights in a register" are excluded from the scope of the Regulation; thus, when the transfer from one category in another concerns assets subject to registration in a public register (like land register, trade register, industrial property register) its full effectiveness is conditional on cumulative compliance with requirements of the law governing the matrimonial property regime and of the law applicable to the register (*lex registrationis*).

⁸⁴ See I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 215: "*given the wide variety of regulations concerning the administration of matrimonial property in EU Member States, it is often impossible to ensure that an act of disposition of an asset and the legal status of such an asset are not in opposition so as to comply with the law applicable at the time of disposition*".

⁸⁵ See H. PÉROZ, E. FONGARO, *op. cit.*, p. 177; S. GODECHOT PATRIS, *op. cit.*, p. 2295; B. AUDIT, *op. cit.*, n° 878, p. 713. In the sense that when the change of the applicable law will have only a prospective effect, the liquidation is always mandatory in the moment of the change, see L. RADEMACHER, *op. cit.*, p. 15-16, n° 23-25.

⁸⁶ This solution is inferred from the of article 22 (2) and (3) of the Regulation; it is also mentioned in Recital 46 of the Preamble.

⁸⁷ On the different types of effects that the matrimonial property regime may have on third parties (regarding the acquisition or disposition of property rights, debts and representations, successions) and of the differences existing in comparative law on this matter, see L. RADEMACHER, *op. cit.*, at p. 9-13. See also, I. ANTÓN JUÁREZ, "The opposition of the matrimonial property regime and the protection of the third party in private international law", *CDT*, October 2017, Vol. 9, N° 2, pp. 59-75.

⁸⁸ See P. TWARDUCH, *op. cit.*, p. 476.

⁸⁹ On the fact that these requirements must receive an autonomous interpretation at European level, see L. RADEMACHER, *op. cit.*, p. 17.

⁹⁰ H. PÉROZ, *op. cit.*, *JCP N*, p. 39.

nial family law on third parties greatly differs among legal systems and a deliberate change of the applicable law (with retroactive effect) might negatively affect the rights previously held by them. In order to ensure a minimum legal certainty, the European legislator opted for a solution similar to the one found in Article 3(2) of the Rome I Regulation, permitting that the specific third parties' rights - understood in broad sense and regardless if they pertain to obligations law, to property law or to enforcement law -, deriving from the formerly applicable law, to be recognized and effective even if the newly elected law disregards them⁹¹. Thus, for example, in order to avoid the pursuit of a community asset by a creditor holding a joint debt, the spouses cannot modify it, by retroactively changing the law applicable to their regime, into a personal (private) asset of one of the spouses; the creditor's right to pursue that community asset, validly created according to the former law, will continue to exist despite the fact that the newly elected law gave a different classification to that particular asset.

X. Conclusions

32. With the provisions found in the Article 22 and the following in the Regulation, the European legislator consecrated a more elaborated legal framework regarding the choice of the law applicable to the matrimonial property regime. The relevant rules are clear enough, so that the effectiveness of the *electio juris* agreement could be ensured in practice in a large number of cases. Sometimes, they may also raise discussions. For a better respect of the vulnerable spouses' interests, the European legislator provided a set of technical limitation related to consent and the formalities for its expression; however, it is not obvious that they are able to always ensure the desired result. Similarly, aiming to address the tension between the spouses' autonomy and the interests of the third parties, a minimum set of rules have been imposed, eventually complicating the practical resolution of cases. Even if some aspects would have deserved further clarification - such as the spouses' possibility of choosing a specific matrimonial property regime along with the choice of applicable law, or the alternatives available for choice in case of plurilegisative States - the existing solutions are welcomed, because the party autonomy principle plays an important role in ensuring the legal certainty and clarity for those involved. The admission of the spouses' freedom to designate and to change at any time the law governing their matrimonial property regime undoubtedly testify the willingness of the European legislator to facilitate a better and large realization of the parties' private interests, through the possibility to adapt their patrimonial relations to the new life realities with which they are confronted. At the same time, the party autonomy is limited to a set of laws bearing a sufficient connection with one or both spouses and reflecting their integrative or identity ties; the proximity traditionally followed by the private international law norms is not entirely abandoned at the expense of purely private interests.

⁹¹ For more details on this provision, see L. RADEMACHER, *op. cit.*, p. 17-18.

DIMENSIÓN CONSULAR DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CONSULAR ASPECTS OF SURROGATE GESTATION UNDER INTERNATIONAL PRIVATE LAW

LUIS PERTUSA RODRÍGUEZ

*Diplomático**

Recibido: 08.07.2018 / Aceptado: 27.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4391>

Resumen: El artículo 10.1 de la Ley 14/2006 establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España. La Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 diseña un mecanismo para recibir resoluciones extranjeras que establezcan filiaciones mediante gestación por sustitución en un registro civil consular. La instrucción exige que la filiación venga determinada por una sentencia judicial. El encargado del registro civil consular tiene un amplio margen de maniobra a la hora de realizar la inscripción así como para exigir que la sentencia extranjera haya obtenido un exequatur o bien realizar un reconocimiento incidental de la misma.

Palabras clave: gestación por sustitución, Instrucción de la DGRN, registro civil consular, sentencia judicial, reconocimiento incidental.

Abstract: Article 10(1) of law 14/2006 establishes the nullity of contracts of surrogate gestation in Spain. DGRN Rule of October the 5th of 2010 devises a mechanism to receive in a consular civil registry foreign resolutions that establishes filiations through surrogate gestation. The Rule requires that the filiation will be determined by a court ruling. The person in charge of the consular civil registry has a wide discretion when registering this ruling as well as considering if an exequatur is needed or a direct recognition is adequate.

Keywords: surrogate gestation, DGRN ruling, consular civil registry, court ruling, direct recognition.

Sumario: I. Introducción. II. El ordenamiento jurídico español ante la gestación por sustitución Reacciones jurisprudenciales. 1. Convenios Internacionales El principio del Interés superior del menor. 2. El artículo 10 de la Ley 14/2006. La nulidad de la gestación por sustitución en España. 3. Reconocimiento en España de decisiones judiciales y documentos públicos extranjeros Resolución DGRN de 18 febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010. 4. Perspectivas de futuro Ley 20/2011 de Registro Civil. 5. Reacciones jurisprudenciales a nivel internacional y nacional TEDH y TS. III. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el registro civil consular español Función calificadora del Cónsul Recomendaciones y casos concretos de inscripción. 1. Función consular en materia de registro civil. 2. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular Función calificadora del Cónsul de acuerdo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ¿Cómo se materializa? 3. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular cuando no hay sentencia judicial ¿Qué ocurre? 4. Recomendaciones Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. IV. Conclusiones.

* El autor del presente artículo se encuentra actualmente destinado en el Consulado General de España en Nueva York. Las indicaciones y pautas de actuación recogidas en el presente artículo son fruto de su opinión personal y no representan las directrices del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

I. Introducción

1. El artículo 10.1 de la Ley 14/2006¹ de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, establece la nulidad en España de los contratos de gestación por sustitución. Ahora bien, el hecho que no se pueda utilizar esta técnica en España, no implica que ocurra lo mismo en los países de nuestro entorno. Por estas razones este método reproductivo se ha convertido en una realidad que el ordenamiento jurídico español no puede desconocer y que nuestro Derecho Internacional Privado debe afrontar².

2. Además, en estos supuestos concretos entra en juego la autoridad consular, puesto que, el encargado del registro civil consular realizar deberá hacer el control de legalidad previo con el fin de dilucidar si dicha filiación resulta inscribible o no³.

3. Esta reflexión preliminar nos conduce al objetivo del presente artículo, que no es otro que explicar cómo se debería proceder a la hora de inscribir una filiación mediante gestación por sustitución ante un registro civil consular elaborando una guía práctica y unas pautas de actuación no sólo para los Cónsules sino también para los padres de intención. Se ha escogido esta temática por varias razones.

4. En primer lugar porque al permitirse esta técnica en el extranjero, se plantea ante los registros consulares la inscripción de este tipo de filiaciones, presentándose una compleja situación consular “*de facto*” con una respuesta ambivalente de nuestro ordenamiento.

5. En segundo lugar, la reacción normativa pasó de la cláusula de nulidad comentada a la elaboración de una Instrucción por parte de la DGRN⁴. Dicho instrumento legal otorga un amplio margen de maniobra al encargado del registro civil consular a la hora de realizar este tipo de inscripciones.

6. En tercer y último lugar, a resultas de estas premisas y de acuerdo con el artículo 103.1 de la CE, los registros civiles consulares se muestran enormemente cautelosos ante este tipo de situaciones⁵.

7. Con el fin de desarrollar este argumento. Trataremos primeramente las reacciones del ordenamiento jurídico español así como los principales pronunciamientos jurisdiccionales al respecto. Una vez contextualizada la cuestión, se tratará qué pasos se podrían seguir en estos supuestos de acuerdo con los instrumentos proporcionados por el ordenamiento.

II. El ordenamiento jurídico español ante la gestación por sustitución Reacciones jurisprudenciales

1. Convenios Internacionales El principio del Interés superior del menor

8. Cada vez que sale a relucir la filiación mediante gestación por sustitución, hay dos instrumentos legales internacionales que son siempre mencionados. La Convención de las Naciones Uni-

¹ Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE nº126 de 27 de mayo de 2006).

² Recordemos que Calvo Caravaca y Carrascosa González definen este sector del ordenamiento de la siguiente manera: “*El Derecho Internacional Privado es el sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de las situaciones privadas internacionales. Estas situaciones exigen la precisión de los tribunales competentes, de la legislación estatal aplicable y de la eficacia de resoluciones extranjeras*”. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18ª edición, Ed.Comares, Granada, 2018, pp. 2 y 24.

³ Esta función de acuerdo con Núñez Hernández y Martí Martí conlleva que: “*el Cónsul tiene atribuidas todas las funciones del Registro Civil. Se encarga de todas aquellas operaciones administrativas que forman el sector que se ha llamado de la Administración pública del Derecho privado y en concreto la función registral consular*”. J. NUÑEZ HERNÁNDEZ y X. MARTÍ MARTÍ *La función consular en el Derecho Español*. Ed: MAEC, Madrid (2009), págs. 88 y 487.

⁴ Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE nº 243 de 7 de octubre de 2010).

⁵ Por su importancia lo vamos a recordar: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”.

das sobre Derechos del Niño y el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CDN y CEDH en lo sucesivo)⁶.

9. La CDN, “*fue la culminación de un proceso de evolución en la protección de los derechos del niño a nivel internacional, iniciado en la década de 1920*”, recogiendo todo el consenso internacional en materia de infancia⁷. Este consenso se manifiesta en una serie de derechos para los menores de edad que se traducen en obligaciones para los padres o tutores legales y los poderes públicos. Asimismo, toda la CDN está presidida por el principio del interés superior del menor, recogido expresamente en el artículo 3.1⁸ y se configura como un valor que informa a la disposición en su conjunto⁹.

10. En relación con el CEDH, nos interesa especialmente el artículo 8¹⁰. El TEDH ha considerado que dicho artículo comprende también la protección de los menores. El mismo establece como Derecho Humano el respeto de la vida privada y familiar por parte de los poderes públicos. Recogiendo la protección de toda una serie de derechos que conforman un todo, “*a la vida privada, el desarrollo de la persona y su libertad individual*”¹¹.

⁶ La CDN fue ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE nº313 de 31 de diciembre de 1990). El CEDH fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977 (BOE nº243 de 10 de octubre de 1979). En torno a los derechos del menor establecidos en estos instrumentos legales internacionales, *vid.* I. BARRIÈRE-BROUSE, “L’enfant et les conventions internationales”, *JDI Clunet*, 1996, pp. 843-888; J.M. BAUDOIN, “La protection du mineur étranger par le juge des enfants”, *RCDIP*, 1994, pp. 483-503; P. BUIRETTE, “Reflexions sur la convention internationale des droits de l’enfant”, *Revue belge de Droit international*, vol.23, 1990, pp. 54-73; M^a.C. BURGOS GOYE, *El estatuto jurídico de los menores inmigrantes*, 2014; C. BYK, “La réception des conventions internationales par le juge français, à l’occasion de la jurisprudence de la Cour de Cassation relative à la Convention des Nations Unies sur les droits de l’enfant”, *JDI Clunet*, 1994, pp. 967-976; F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Les droits de l’enfant*, 3^a ed., 1996, Que sais-je ?, PUF; C. FOCARELLI, «La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child», *RDI*, 2010, pp. 981-993; E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrenois, 2004; P. HAMMJE, “L’intérêt de l’enfant face aux sources internationales du droit international privé”, *Mélanges Lagarde*, 2005, pp. 365 ss; J. HAUSER, “L’enfant supra national: mythe ou réalité”, *Petites affiches*, 3 mai 1995; J.F. MATTÉ, *Enfants d’ici, enfants d’ailleurs, L’adoption sans frontière*, 31 janv. 1995, Rapports officiels, La documentation française; L.F. GANSHOF / C. VAN BUGGENHOUT, “La protection des biens des mineurs dans les relations internationales”, *Revue belge de droit internationale*, 1980, pp. 149-159; Y. LEQUETTE, “Le Droit international privé de la famille à l’épreuve des Conventions internationales”, *RCADI*, 1994-II, pp. 51-99; Id., *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976; O. LOPES PEGNA, «L’interesse superiore del minore nel regolamento n.2201/2003», *RDIPP*, 2013, vol. 49, núm. 2, pp. 357-384; C. NEIRINCK, *Le droit de l’enfance. Après la Convention des Nations unies*, 1993, Delmas; K. KÖLBL, *Normenkonkurrenz im internationalen Minderjährigenschutz*, Hamburg, Kovač, 2011; E. PÉREZ VERA, “El Convenio sobre los derechos del niño”, *Garantía internacional de los derechos sociales*, Ministerio de Asuntos sociales, 1990, pp. 169-185; G. RAYMOND, *Droit de l’enfance et de l’adolescence. Le droit française est-il conforme à la Convention internationale des droits de l’enfant?*, 1995, Litec; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989”, *REDI*, 1992, vol.XLIV, pp. 465-498; J. RUBELIN-DEVICHY / R. FRANCK [sous la direction de], *L’enfant et les conventions internationales*, 1996, PU Lyon; S. SANZ CABALLERO / M. MOLINA NAVARRO (dirs.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional comparada y española*, Aranzadi, 2017; F. SUDRE, *Droit i CH. TODTER, Europäisches Kindschaftsrecht. Nach der Verordnung. 2010; nternational et européen des droits de l’homme*, 3^a ed., 1997, coll. droit fondamental, PUF; M. VERWILGHEN, *La protection de la personne des mineurs dans les relations internationales*, Louvain, 1978; B. VITANYI, “La protection des mineurs dans le droit international”, *NILR*, 1960, pp. 361-379; P. VOLKEN, “Aktuelle Fragen des Internationalen Kindesrechtes”, *Rev. de l’état civil*, 1980, pp. 9-21; A.E. v. OVERBECK, “L’intérêt de l’enfant et l’évolution de droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum A.F.Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380; Id., “Essai sur la délimitation du domaine des conventions de droit international privé”, en *Ius et Lex. Festgabe Gutzwiller*, Basel, 1959, pp. 325 y ss.

⁷ I. OTAEGUI AIZPURUA: *La protección de los derechos del menor en la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una perspectiva iusprivatista*. Tesis doctoral. 2016. Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibersitatea (Álvarez Rubio, Juan José, Dir.) págs. 24 y ss. Donde se recoge una excelente cronología sobre la evolución de la codificación internacional en materia de infancia.

⁸ “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

⁹ I. OTAEGUI AIZPURUA: *ibid.* pág. 34

¹⁰ De forma muy somera, esta disposición establece lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”

¹¹ J. CASADEVALL: *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Ed: Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pág. 324.

2. El artículo 10 de la Ley 14/2006. La nulidad de la gestación por sustitución en España

11. Nuestro ordenamiento jurídico en materia de filiación ha partido del axioma del Derecho Romano: “*Mater semper certa est*”. Este principio conlleva que para el Derecho civil español, la maternidad no sea sólo una cuestión biológica sino también legal¹². La Ley 14/2006 regula en su artículo 10 los contratos de gestación por sustitución. Como muy bien señala la profesora Pilar Blanco Morales, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida, establece la nulidad de los contratos de gestación por sustitución en España¹³. Esta nulidad es de carácter general sin que se concrete si es de tipo formal o materia¹⁴.

12. Sin embargo cabe recordar que nulidad no equivale a prohibición¹⁵. Puesto que, la prohibición en el ordenamiento jurídico español de prácticas como la poligamia, implica que el Encargado de

¹² “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

¹³ P. BLANCO-MORALES LIMONES: “Gestación por sustitución, orden público y registro”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. <https://canal.uned.es/serial/index/id/2375>

¹⁴ En este sentido y para corroborar esta afirmación, el profesor Heredia Cervantes defiende que el señalado artículo 10 recoge una mera cláusula de nulidad para este tipo de contratos. I.HEREDIA CERVANTES “Reconocimiento en España de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.

¹⁵ Los estudios sobre el régimen legal civil en España de la gestación por sustitución y sobre la filiación de los nacidos como consecuencia de dicha práctica son incontables. *Vid., inter alia*, R. BARBER CÁRCAMO, “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 739, septiembre-octubre 2013, pp. 2905-2950; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Hijos made in California”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2009, pp. 2117-2119; M.R. DÍAZ ROMERO “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”. *Diario La Ley*, Nº 7527, sección Doctrina, 14 diciembre 2010, año XXXI, pp. 1-7; A.S. FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, “Eficacia jurídico-registral del contrato de gestación subrogada”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2011, pp. 127-146; M.P. FERRER VANRELL, “Comentario al artículo 10”, en E. LLEDÓ YAGÜE (dir.), *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 159-166; J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; J. HIERRO HIERRO, “Gestación por sustitución y prestación de maternidad”, *Aranzadi Social*, 2012, n.6, (BIB 2012/2899); T. HUALDE MANSO, “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2012, n.10, BIB 2012/132; M.V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 365-381; M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ / J.M. MASSIGOGUE BENEGUI, *La maternidad portadora, subrogada o de encargo en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 1994; L.-F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “El Registro Civil admite el alquiler de vientres”, *El notario del siglo XXI*, sept. - oct. 2009 n. 27, versión *on line*; L.F. MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, “La posesión del estado de padre como fuente de la filiación”, *diario La Ley*, 27 mayo 2015, pp. 1-10; L. MUÑOZ DE DIOS, “¿Se ha legalizado o no el alquiler de vientres?”, en *El Notario del siglo XXI*, noviembre/diciembre de 2010, nº 34, pp. 45-50; M.J. PARRÓN CAMBERO, “Ventre de alquiler: mater semper certa est, pater semper incertus est”, *La Ley*, 1133/2014, 12 marzo 2014, pp. 1-4; M. PÉREZ MONGE, “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, *RDP*, Julio-Agosto, 2010, pp. 41-64; M. PÉREZ MONGE, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002; F. ROSALES, “Vientres de alquiler”, en <http://www.notariofranciscorosales.com/vientres-de-alquiler/> (18 mayo 2015); S. ROURA GÓMEZ, “Gestación subrogada y derechos del menor”, *diario El País*, 14 julio 2014 (http://elpais.com/elpais/2014/07/10/opinion/1405015314_085333.html); E. RUBIO TORRANO, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2011, pp. 11–14; M. SÁEZ-SANTURÚN PRIETO, “La maternidad subrogada: estado actual de la cuestión a raíz de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8293, sección Doctrina, 15 abril 2014, año XXXV, pp. 16-18; A. SALAS CARCELLER, “El Registro Civil español y la filiación surgida de la gestación por sustitución”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10/2011, BIB 2012/2946; A. SEIJAS QUINTANA, “Gestación por sustitución: el Tribunal Supremo deniega la inscripción de filiación de dos niños nacidos de una madre de alquiler”, *Diario La Ley*, Nº 8363, sección Comentarios de Jurisprudencia, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 8-10; A. SELMA PENALVA, “Vientres de alquiler y prestación por maternidad”, *Aranzadi Social*, enero 2013, núm. 9, pp. 223-244; A.J. VELA SÁNCHEZ, *La maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Granada, 2012; ID., “Gestación por sustitución o maternidad subrogada: el deseo de recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, n. 7608, Sección Doctrina, 11 de abril de 2011, pp. 1-2.; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Diario La Ley*, nº 7608, de 11 de abril de 2011; A.J. VELA SÁNCHEZ, “De nuevo sobre la regulación de la maternidad subroga-

un registro civil consular no pueda inscribir un segundo matrimonio mientras que no se acredite que haya una efectiva disolución del vínculo matrimonial previo. En cambio la nulidad de los contratos de gestación conlleva que nuestro ordenamiento deba reconocer las filiaciones establecidas mediante gestación subrogada en el extranjero, que pretenden acceder a un registro civil español.

2. Reconocimiento en España de decisiones judiciales y documentos públicos extranjeros Resolución DGRN de 18 febrero de 2009 e Instrucción de 5 de octubre de 2010

13. Ahora bien, hasta que la gestación por sustitución no sea materialmente regulada por el Derecho sustantivo español, nos situamos en la esfera de nuestro Derecho Internacional Privado¹⁶. Ese

da en España”, *Diario La Ley*, año XXXIII, N. 7815, 9 marzo 2012; A. VELA SÁNCHEZ, *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, 2015; A.J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de familia”, *Diario La Ley*, N° 8055, sección Doctrina, 4 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-11; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8279, sección Doctrina, 26 marzo 2014, año XXXV, pp. 1-14; A. J. VELA SÁNCHEZ, “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso de las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”. *Diario La Ley*, N° 7621, sección Doctrina, 3 mayo 2011, año XXXII, pp. 1-7; A. J. VELA SÁNCHEZ, “El interés superior del menor como fundamento de la inscripción de la filiación derivada del convenio de gestación por encargo”. *Diario La Ley*, N° 8162, sección Doctrina, 3 octubre 2013, año XXXIV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Soluciones prácticas para la eficacia en España de un convenio de gestación por encargo. De nuevo a propósito de la STS de 6 de febrero de 2014”, *Diario La Ley*, N° 8309, sección Doctrina, 13 mayo 2014, año XXXV, pp. 1-7; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución “pueden” ser inscritos en el registro civil español”, *Diario La Ley*, N° 8415, sección Tribuna, 6 noviembre 2014, año XXXV, pp. 9-15; A.J. VELA SÁNCHEZ, “Comentario a la iniciativa legislativa popular para la regulación de la gestación por subrogación en España”, *Diario La Ley*, N° 8457, sección Doctrina, 13 enero 2015, año XXXVI, pp. 9-16; J. R. DE VERDA Y BEAMONTE “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010). *Diario La Ley*, N° 7527, sección Doctrina, 3 noviembre 2010, año XXXI, pp. 13-15.

¹⁶ Los trabajos doctrinales sobre la gestación por sustitución en Derecho internacional privado español son muy numerosos. *Vid. inter alia*, M. ALBERT MÁRQUEZ, “Los contratos de gestación de sustitución celebrados en el extranjero y la nueva Ley del Registro Civil”, *Diario La Ley*, N° 7863, sección Doctrina, 22 mayo 2012, año XXXIII, pp. 8-13; L. ÁLVAREZ DE TOLEDO, “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional”, *CDT*, 2014, pp. 5-49; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339-377; *Id.*, “Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución”, en J. FORNER DELAYGUA, C. GONZÁLEZ BEILFUSS Y R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2013, pp. 77-90; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado español. Un ejemplo más de la controvertida aplicación de conceptos jurídicos indeterminados”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2017, pp. 673-710; P. BLANCO-MORALES LIMONES, “¿Y tú de quién eres? Problemas actuales del Derecho de familia”, Lección magistral presentada con ocasión del acto de inauguración del Curso académico 2010/2011 en la Universidad de Extremadura, el 27 de septiembre de 2010, pp. 1-32 (http://dehesa.unex.es:8080/xmlui/bitstream/handle/10662/2030/LIUEX_2010-2011.pdf?sequence=1); L. BONILLO GARRIDO “El reconocimiento y ejecución de sentencias de maternidad por sustitución” *Diario La Ley*, N° 8070, sección Doctrina, 25 abril 2013, año XXXIV, pp. 1-2; N. BOUZA VIDAL, “La globalización como factor de cambio del Derecho internacional privado”, en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, 2010, pp. 283-306; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *CDT*, 2009-II, pp. 294-319; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, 2011, pp. 247-262; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *CDT Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. VII, n.2, 2015, pp. 45-113; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, pp. 299-33, esp. pp. 315-331; G.J. CAMARERO GONZÁLEZ “Notas sobre la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, en un caso de gestación por sustitución”. *Diario La Ley*, N° 7910, sección Doctrina, 26 julio 2012, año XXXIII, pp. 9-12; J. CERDÁ SUBIRACHS, “La insostenible legalización de facto de la maternidad subrogada en España. A propósito de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN”, *Abogados de Familia*, n° 60, Sección Tribuna Abierta, Segundo trimestre 2011, *Ed. La Ley*; A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2012, pp. 265-308; J.M. ESPINAR VICENTE, “La Ley 20/2011 de registro civil y la certificación registral extranjera como título de

sector del ordenamiento jurídico busca dar contenido no sólo a los valores materiales recogidos la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, sino también y especialmente, al principio de seguridad jurídica, recogido en el art. 9.3 de dicho texto constitucional, y persigue, igualmente, evitar decisiones claudicantes¹⁷.

14. Tal y como apuntan los profesores Calvo y Carrascosa, para que una decisión extranjera pueda tener efectos jurídicos en España se deben cumplir una serie de requisitos¹⁸. Que serían los siguientes: que efectivamente nos encontremos ante una decisión, emitida a su vez por una autoridad extranjera y que la misma resuelva cuestiones de derecho privado, respetando el orden público internacional¹⁹.

inscripción”, *AEDIP*, N.º 11, 2011, pp. 485-525; J.M. ESPINAR VICENTE, “Nuevas reflexiones en torno a la heterodoxa doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado: la gestación de sustitución y el amparo a los actos de fraude ante la Ley”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, coord. por Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Manuel Alejandro Penadés Fons, 2012, pp. 589-604; E. FARNÓS AMORÓS, “Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009”, *Indret.com*, enero 2010; A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS, “Gestación por subrogación: puertas en el campo”, en <http://www.economista.es/interstitial/volver/sghome/legislacion/noticias/5587271/03/14/Gestacion-por-subrogacion-puertas-en-el-campo.html> (3 diciembre 2014); J. FLORES RODRÍGUEZ, “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, N.º 8363, sección Tribuna, 28 julio 2014, año XXXV, pp. 1-4; M. GUZMÁN ZAPATER, “Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 731-743; Id., “Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. El acceso al Registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, n.º 34, 2010, http://www.elnotario.com/egest/noticia.php?id=2430&seccion_ver=0; A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?”, *CDT*, 2014, pp. 147-174; I. HEREDIA CERVANTES, “El Tribunal Supremo y la gestación por sustitución: crónica de un desencuentro”, *El notario del siglo XXI*, 9 abril 2014, <http://www.elnotario.es/index.php/editorial/3716-el-tribunal-supremo-y-la-gestacion-por-sustitucion-ronica-de-un-desencuentro>; M.L. DE LA IGLESIA MONGE, “Actualidad de la gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico. Inscripción de los hijos nacidos en el extranjero mediante dicha técnica”, *RCDI*, núm. 725, 2001, pp. 1611-1797; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Nota a la Sentencias TEDH 26 junio 2014”, *REDI*, 2014, pp. 238-241; A. LARA AGUADO, “Comentario al artículo 98”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1347-1362; C. LASARTE ÁLVAREZ, “La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, *Diario La Ley*, 17 enero 2012, pp. 1-7; N. MARCHAL ESCALONA, “Comentario al artículo 96”, J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1311-1329; J.R. MERCADER UGUINA, “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”, *CDT*, 2017, pp. 454-467; A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho Internacional español”, *RCDI*, núm. 731, pp. 1363-1391; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, en S. NAVAS NAVARRO (DRA.), S. CAMACHO CLAVIJO Y A. DE LAMA Y AYNÁ (coords.), *Iguales y diferentes ante el Derecho Privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 465-516; Id., “Inscripción de la filiación conformada en el extranjero a favor de españoles a través de maternidad de sustitución: Nota a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *AEDIPr*, t. IX, 2009, pp. 1244-1252; Id., “Maternidad de sustitución: Nota a la Sentencia JPI n.º 15 de Valencia, de 15 de octubre de 2010”, *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 1072-1078; Id., “Nota la Instrucción de 5 de octubre de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *REDI*, 2010, pp. 264-266; Id., “Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood”, *Yearbook of Private International Law*, volume 12, 2010, pp. 619-637; M.A. PRESNO LINERA / P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n.51, 2014, pp. 9-44; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada”, *Indret*, julio 2009, versión *on line*; C. RUIZ SUTIL, “Comentario al artículo 97”, en J. COBACHO GÓMEZ / A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, pp. 1331-1346; S. SALVADOR GUTIÉRREZ, “Reconocimiento registral de la determinación en el extranjero de doble filiación paterna mediante técnicas de gestación por sustitución”, *Boletín de Derecho de Familia*, núm. 126, septiembre 2012; J.M. DE TORRES PEREA, “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *La Ley*, 28 marzo 2014, pp. 5-11.

¹⁷ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *op. cit.*, pág. 555. “el DIPr español ofrece un sector de normas que fijan las condiciones que debe cumplir una decisión extranjera para poder ser importada con destino a España y producir efectos jurídicos en España”.

¹⁸ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *op. cit.*, pág. 557 y ss.

¹⁹ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: *op. cit.*, pág. 535. “está compuesto por los principios jurídicos del Derecho español que constituyen los ejes maestros sobre los que se edifica el Derecho privado español. Son los principios y valores que inspiran y presiden el ordenamiento nacional. El orden público internacional es el sistema ideal de valores en el que se inspira el ordenamiento jurídico en su totalidad”. También BLANCO-MORALES LIMONES, P, *op. cit.*,

15. A resultas de estas consideraciones, la DGRN resolvió un recurso de alzada por resolución de 18 de febrero de 2009²⁰. En tal resolución se ordenó la inscripción de la filiación establecida en los Estados Unidos tras una gestación por sustitución²¹. La DGRN utilizó las herramientas del DIPr en el ámbito de reconocimiento de documentos públicos extranjeros, sin entrar a valorar el fondo del asunto y apoyándose en el mecanismo previsto en el artículo 81 del RRC. La decisión favorable se fundamentó en la CDN, el CEDH y el principio del interés superior del menor (fundamento de derecho I) así como en el principio de la tutela judicial efectiva (fundamento de derecho III).

16. En todo caso, esta decisión no pasó en absoluto desapercibida y generó una considerable controversia e incluso una fuerte conmoción en la doctrina y en la sociedad española. De ahí que la propia Dirección General endureciera los requisitos destinados a reconocer este tipo de filiaciones. Para ello, la misma DGRN elaboró la instrucción de 5 de octubre de 2010 que diseña un régimen especial para asumir las filiaciones mediante gestación subrogada fijadas en el extranjero y posibilitar su inscripción en un registro civil consular español.

17. Ahora bien, a pesar de estos extremos, la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 también ha sido criticada por otros sectores de la Administración, como por ejemplo, los notarios²². En cualquier caso, con estas posiciones maniqueas se vuelve a obviar la existencia de una situación *de facto*, materializada en un recién nacido que, no sólo por el sistema internacional de Derechos Humanos, sino por una moral natural elemental debe gozar de una protección del ordenamiento jurídico y esto es lo que realiza la Instrucción de 2010.

18. Es importante mencionar que dentro de la escala normativa del ordenamiento jurídico español, la instrucción es el eslabón normativo más bajo, sin eficacia erga omnes y dictada para un supuesto concreto, que es la inscripción en un registro consular español de una filiación mediante gestación por sustitución que ha sido realizada y determinada en el extranjero. Además, la instrucción está destinada exclusivamente a los subordinados administrativos directos, es decir, los encargados de los registros civiles consulares.

3. Perspectivas de futuro Ley 20/2011 de Registro Civil

19. La Ley 20/2011 de Registro Civil busca sustituir la anterior LRC 8 junio de 1957²³. Esta normativa no ha entrado todavía en vigor, habiendo sido pospuesta en reiteradas ocasiones. La última de ellas ha tenido lugar con la Ley 5/2018²⁴ que establece en su disposición final primera, una modificación de la disposición final décima de la Ley 20/2011, fijando el 30 de junio de 2020 como nueva fecha de entrada en vigor de la nueva LRC.

20. Sin embargo, por las implicaciones que conlleva sí merece ser considerada. En este sentido, se menciona en su exposición de motivos la CDN. Lo que conlleva reafirmar la importancia del principio

²⁰ RJ 2009/1735.

²¹ Vid A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: "Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Consideraciones en torno a la Resolución de la DGRN de 18 de Febrero de 2009". *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2009). Vol. 1 N° 2 págs. 294-319. En este interesante artículo, los autores señalan como la DGRN optó por no entrar en el fondo del asunto y analizar la inscripción de dicho documento público extranjero a través de los cauces que el DIPr español traza al efecto, en este caso concreto, los respectivos artículos del Reglamento del Registro civil.

²² Para corroborar este extremo cabe destacar la afirmación de Muñoz de Dios a propósito de la Instrucción: "...me resisto a tener por hijos de los comitentes incluso a los inscritos como tales en nuestro RC. No creo en el concepto de la legalización fáctica: no conozco más legalización que la de iure..." MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, Luis F: "El notario ante la gestación por sustitución", *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio, 2018, Núm. 79.

²³ Ley 20/2011 de Registro Civil de 21 de julio (BOE n° 175 de 22 de julio de 2011).

²⁴ Ley 5/2018 de 11 de junio de modificación de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas (BOE n°142 de 12 de junio de 2018).

del interés superior del menor en materia registral, incorporado a nuestra legislación registral por la vía de los artículos 10.2 y 96 de la CE, resultando de aplicación directa en materia de nacimientos y filiación.

21. Aunque los artículos 44.4 y 8 (en vigor desde el 15 de octubre de 2015) relativos la inscripción de los nacimientos, reafirman la filiación determinada por el hecho biológico del parto²⁵. En los puntos 1 y 2 del artículo 96.2 se establece el acceso al registro de las sentencias extranjeras, previo exequatur o control incidental por el Encargado del registro civil²⁶. Estas disposiciones se completan con el artículo 98.2²⁷.

22. De acuerdo con el profesor I. Heredia Cervantes, con esta disposición “*se elevó a rango de ley una de las soluciones contempladas en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*”²⁸. Afirmación con la que estoy plenamente de acuerdo y que eleva a una norma con rango de ley, la situación vigente a día de hoy.

4. Reacciones jurisprudenciales a nivel internacional y nacional TEDH y TS

23. Nos interesan especialmente tres decisiones del TEDH. Nos estamos refiriendo al “*caso Mennesson contra Francia*” y “*Labassee contra Francia*”, dictadas por la sección quinta del Tribunal el 26 de septiembre de 2014 y al “*caso Paradiso y Campanelli contra Italia*”, dictada por la Gran Sala del TEDH el 24 de enero de 2017²⁹.

24. En las dos primeras el TEDH consideró que, el interés superior del menor aconsejaba anular la decisión de Francia, y reconocer la filiación del menor respecto de los padres de intención. Por lo tanto, el principio del interés superior del menor se materializaba en el reconocimiento de la filiación dentro de una unidad familiar *de facto*³⁰.

25. En cambio en la decisión de “*Paradiso y Campanelli contra Italia*”, la Gran Sala del TEDH convalidó la decisión de un tribunal de menores italiano de anular la patria potestad de los comitentes, por considerar que habían actuado con un deseo narcisista de resolver sus problemas de pareja (párrafos 37, 190 y 207). El principio del interés superior del menor aconsejaba en este caso que el menor fuera separado de su familia de intención y puesto bajo la custodia de los servicios sociales.

²⁵ “*La filiación se determinará, a los efectos de la inscripción de nacimiento, de conformidad con lo establecido en las leyes civiles y en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Salvo en los casos a que se refiere el artículo 48, en toda inscripción de nacimiento ocurrida en España se hará constar necesariamente la filiación materna, aunque el acceso a la misma será restringido en los supuestos en que la madre por motivos fundados así lo solicite y siempre que renuncie a ejercer los derechos derivados de dicha filiación*”. “*En los supuestos de controversia y en aquellos otros que la ley determine, para hacer constar la filiación paterna se requerirá previa resolución judicial dictada conforme a las disposiciones previstas en la legislación procesal*”.

²⁶ La exposición de motivos también recoge lo siguiente: “*...se centra en la inscripción de documentos judiciales extranjeros...la inscripción tras proceder a un reconocimiento incidental*”.

²⁷ “*En el caso de que la certificación constituya mero reflejo registral de una resolución judicial previa, será esta el título que tenga acceso al Registro. Con tal fin, deberá reconocerse la resolución judicial de acuerdo a alguno de los procedimientos contemplados en el artículo 96 de la presente Ley*”.

²⁸ Heredia Cervantes, I: La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados. En BENAVENTE MOREDA, Pilar y FARNÓS AMORÓS, Esther: *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, pág. 386.

²⁹ Esta sentencia modificó sustancialmente la decisión de la Sala del TEDH de 27 de enero de 2015 que fue recurrida ante la Gran Sala del TEDH por el Gobierno italiano el 27 de abril de 2015.

³⁰ Como apunta Roca Trías a propósito de la decisión del Gobierno francés: “*Ello genera una cuestión grave de compatibilidad de esta situación con la protección de interés superior del hijo, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que les afecte*”. Roca Trías, E, en P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS: *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, p. 386 y p. 327.

26. ¿Por qué me parece que es tan significativa esta resolución del TEDH? Porque con este pronunciamiento se asienta la primacía del interés superior del menor sobre los derechos de los padres de intención y se obliga a respetar el cauce marcado por el ordenamiento jurídico para este tipo de inscripciones. Adoptando un nuevo criterio del que se está haciendo eco la jurisprudencia española.

27. Por otro lado la mencionada resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 fue recurrida por el Ministerio Fiscal. Recurso, que una vez agotadas todas las instancias procesales, terminó en una sentencia del TS con fecha 6 de febrero de 2014, confirmada posteriormente por un auto de fecha 2 de febrero de 2015. Estas dos resoluciones fijan un criterio jurisprudencial contrario a la inscripción registral de filiaciones mediante gestación por sustitución, al estimar que son contrarias al orden público español³¹. Pudiendo abrir la vía a futuras reclamaciones en vía judicial de las inscripciones de filiación que se realicen en los registros civiles consulares. Estos pronunciamientos del TS recogen expresamente la conformidad de dichas decisiones, que establecen la cancelación de un asiento registral de filiación, con la jurisprudencia del TEDH.

28. No es el objeto de este artículo realizar una valoración moral en torno a la gestación por sustitución, pero no parece indicar que esta institución jurídica vaya a lesionar el ordenamiento español en su conjunto. En este sentido, coincido plenamente con el criterio de la profesora Pilar Blanco³² y creo que el TS, con sus decisiones, ha entrado a juzgar la gestación por sustitución en su conjunto.

29. Por otra parte, las normas internacionales sobre Derechos Humanos también forman parte de nuestro orden público y como ya hemos mencionado, en el campo de la gestación por sustitución, salen a relucir toda una serie de Derechos Humanos que se subsumen en el principio del interés superior del menor y conllevarían que nuestro ordenamiento tomara en consideración este tipo de situaciones³³.

30. Por otro lado, la Sala de lo Social del TS, en dos sentencias de fecha 25 de octubre de 2016 y 16 de noviembre de 2016, ha reconocido prestaciones por maternidad a progenitores que lo han sido mediante técnicas de gestación por sustitución³⁴. Ambas decisiones han generado amplia polémica y han contado con varios votos particulares que, entre otras cosas, señalan que “*proteger una situación de necesidad no justifica sin más, el reconocimiento de una prestación*”. Ahora bien, trayendo otra vez a colación el principio del interés superior del menor, es plenamente comprensible estos pronunciamientos.

31. En todo caso y con el fin de disipar las dudas de los registros civiles consulares, la DGRN emitió una nueva circular el 11 de julio de 2014 en la que autorizaba a los encargados de los registros civiles consulares a seguir inscribiendo este tipo de filiaciones, de acuerdo con los preceptos marcados por la instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010

³¹ Nuestro TS argumenta su decisión, entre otras razones, en base a que: “*la mercantilización que supone que la filiación de un menor resulte determinada, a favor de quien realiza el encargo, por la celebración de un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto de tráfico mercantil*” y en consecuencia podría generar una explotación sexual de las mujeres gestante, etc. (apartado 8 del fundamento de derecho nº5, STS de 6 de febrero de 2014).

³² P. BLANCO-MORALES LIMONES: “Gestación por sustitución, orden público y registro”. *Seminario Familia y gestación por sustitución, un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. <https://canal.uned.es/serial/index/id/2375>

³³ E. JIMENEZ SOLARES: “Las normas internacionales convencionales de Derechos humanos y su contribución al orden público internacional”. *Revista de Derecho*. UNED. Nº14 (2014), págs. 325-347. Por otro lado resulta interesante escuchar la conferencia de la profesora María José Cabezedo. “Técnica reproductiva por sustitución y aspectos legales de la gestación por sustitución en el Estado de California”. *Seminario Familia y gestación por sustitución: un enfoque interdisciplinar*. (Madrid, 24 - 26 de junio de 2015). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia. Durante la misma se señalan que los pronunciamientos del TEDH en materia de gestación por sustitución y en relación con el artículo 8 del CEDH, podrían dar lugar, incluso por la vía del artículo 10.2 de la CE, a la regulación de la filiación por gestación por sustitución en España.

³⁴ Si se desea ampliar la información a este respecto, se puede consultar el artículo de J. R. MERCADER UGUINA: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: A propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo de 2017), Vol. 9, Nº1.

III. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el registro civil consular español Función calificadora del Cónsul Recomendaciones y casos concretos de inscripción

1. Función consular en materia de registro civil

32. De acuerdo con el profesor M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO³⁵, la función consular viene determinada por fuentes internacionales y fuentes de producción interna. Desde el punto de vista de las convenciones internacionales y dejando de lado las convenciones que regulan funciones consulares específicas, destaca por la Convención de Viena de 1963³⁶ sobre relaciones consulares. Que por un lado codifica las funciones consulares que se han venido fijando de forma consuetudinaria y por otro unifica y da coherencia a todo el derecho consular existente.

33. El artículo 5.f del mencionado convenio establece que una de las funciones del Cónsul es la de ser el encargado del registro civil consular, siempre y cuando lo permitan las leyes del Estado receptor. Tal y como señala el Embajador Núñez Hernández³⁷: “ningún país que los autores recuerden se opone a la existencia de un Registro Civil en las oficinas consulares que se encuentren en el mismo”.

34. Por otro lado, la Convención de Viena de 1961³⁸ sobre Relaciones Diplomáticas, dispone en su artículo 3.d, que una de las funciones de la misión diplomática consiste en informar, por todos los medios lícitos, de lo que ocurre en el Estado receptor e informar al Estado acreditante. No conviene olvidar que el artículo 48.1 la Ley 2/2014³⁹ que regula el Servicio Exterior del Estado, establece que las Oficinas Consulares de carrera estarán a cargo de un funcionario de la Carrera Diplomática.

35. Estas disposiciones conllevan que los funcionarios encargados de un registro civil consular sean también funcionarios de la Carrera Diplomática española y por ello, estén informados de lo que acontece en el Estado receptor y den parte al Estado acreditante, es decir, a España. Por lo tanto y a tenor de lo expuesto, se puede concluir que la función registral es uno de los aspectos esenciales del trabajo consular. Dentro del trabajo registral consular, un elemento fundamental es la labor calificadora, que se le encarga única y exclusivamente al Cónsul en su calidad de encargado del Registro civil consular.

36. Por otro lado, es importante recordar que, los cónsules a la hora de ejercer sus funciones registrales, se equiparan al juez de primera instancia encargado del registro civil municipal y que el canciller del Consulado ejerce las funciones de Ministerio Fiscal; estando siempre presente cuando hay hechos registrales inscribibles que afecten a menores de edad⁴⁰.

37. En otro orden de cosas conviene subrayar que uno o los dos padres de intención deben de tener la nacionalidad española. Siendo dicha nacionalidad, el punto de conexión que pone en marcha el mecanismo consular, en base al aforismo: “*auctor regit actum*”. Convirtiéndose la nacionalidad de los dos padres de intención, en la fuente que fundamenta la autoridad consular en estos supuestos⁴¹.

³⁵ M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *Intervención Consular en Derecho Internacional Privado*. Ed: Universidad de Sevilla. Sevilla 2005, pág. 14.

³⁶ Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre relaciones consulares (BOE nº56 de 6 de marzo de 1970).

³⁷ J. NÚÑEZ HERNÁNDEZ y X. MARTÍ MARTÍ: *óp. cit.*, pág. 488.

³⁸ Convención de Viena de 18 de abril 1961 sobre relaciones diplomáticas (BOE nº21 de 24 de enero de 1968).

³⁹ Ley 2/2014 de 25 de marzo de Acción y del Servicio Exterior del Estado (BOE nº74 de 26 de marzo de 2014).

⁴⁰ J. NÚÑEZ HERNÁNDEZ y X. MARTÍ MARTÍ: *óp. cit.*, pág. 497.

⁴¹ “El criterio de la nacionalidad ha sido determinante de la atribución de competencia a la autoridad consular, e, indirectamente a su ley nacional”. “Se establece, pues, una correlación entre la solución de los conflictos de autoridades y la solución de los conflictos de leyes, entre la determinación de la autoridad competente y la designación de la ley aplicable, entre la competencia de la autoridad española y la aplicación de la ley española”. M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: *óp. cit.*, págs. 16 y 17.

38. Por su parte, el Registro civil municipal se rige por el principio de la territorialidad. Tal y como dispone el primer párrafo del artículo 15 de la Ley de Registro Civil⁴²: “*En el Registro constarán los hechos inscribibles que afectan a los españoles y a los acaecidos en territorio español, aunque afecten a extranjeros*”. En cambio, el Registro civil consular se articula según el principio de personalidad, es decir, es la nacionalidad española del promotor de la inscripción, el presupuesto que abre la puerta a dicho trámite registral.

39. Ahora bien, además de la nacionalidad española del promotor, la legitimidad consular en materia registral también se completa, como indica el profesor Heredia Cervantes, porque en estos supuestos, se aplica analógicamente lo dispuesto para las adopciones internacionales⁴³. Puesto que, el hecho inscribible va a tener efectos jurídicos en España y faculta también la intervención de la autoridad consular.

40. Asimismo conviene mencionar que sólo un funcionario consular de carrera puede realizar la función registral⁴⁴. Es por ello que solamente el encargado del registro civil consular puede realizar el control de legalidad de la sentencia que disponga la filiación mediante gestación por sustitución, así como del resto de requisitos recogidos por la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010.

41. El procedimiento de inscripción registral es muy sencillo y viene marcado por la normativa vigente, que son la Ley y el Reglamento del Registro civil. El artículo 28 de la Ley expresamente recoge lo siguiente: “*Inmediatamente de formularse las declaraciones o de ser presentados los documentos necesarios, el encargado del Registro extenderá los asientos o dictará resolución razonada denegándolos*”.

42. Los artículos 122 a 128 del Reglamento de Registro civil regulan la función calificadora que se le reconoce al encargado del registro civil, destacando específicamente el artículo 122 que establece lo siguiente: “*El encargado del Registro no puede consular cuestiones sujetas a calificación*”⁴⁵.

43. Esta disposición se traduce en que el encargado del registro civil consular no puede solicitar el criterio del registro civil central a la hora de inscribir un hecho registral. Debe aplicar la normativa vigente, en este caso, la instrucción de la DGRN y decidir, según los requisitos establecidos por la norma, si ese hecho es inscribible o no.

2. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular Función calificadora del Cónsul de acuerdo con la Instrucción de 5 de octubre de 2010 ¿Cómo se materializa?

44. Una vez establecido todo el marco de referencia, vamos a estudiar en este apartado cuales son los pasos concretos que se deberían seguir de acuerdo con esta disposición. El punto 1 de la disposición primera de la Instrucción establece el requisito que la filiación venga determinada por sentencia ju-

⁴² Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (BOE nº151 de 10 de junio de 1957).

⁴³ “*La regla contenida en el párrafo segundo del artículo 68 del Reglamento del Registro Civil es necesario partir de un concepto amplio de la figura del promotor de la inscripción que va más allá del padre o de la madre comitente y que se extiende a aquellos a quienes se refiere el hecho inscribible*”. I. HEREDIA CERVANTES, La inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación por sustitución: seis años desperdiciados en P. BENAVENTE MOREDA y E. FARNÓS AMORÓS (coord.): *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015. pág. 350.

⁴⁴ Real Decreto 1390/2007 de 29 de octubre por el que se aprueba el Reglamento de los Agentes consulares honorarios de España en el extranjero (BOE nº272 de 13 de noviembre de 2007). El RD 1390/2007 de Agentes consulares Honorarios de España en el extranjero prohíbe expresamente el ejercicio de esta función por un Cónsul Honorario. Las Agentes consulares honorarios son un gran apoyo al Servicio exterior del Estado, pero es tal la trascendencia de la función consular en materia registral, que la misma sólo puede ser ejercida por un funcionario de carrera.

⁴⁵ Este artículo se inscribe en la autonomía que tiene el encargado del registro civil a la hora de tomar sus decisiones, ya que “*la autoridad consular es un instrumento al servicio del Derecho, un cauce para la aplicación de la ley española a los españoles en el extranjero, como artífice de la cooperación internacional, en definitiva como misionero o mensajero del Derecho Internacional Privado*”. M. AGUILAR BÉNITEZ DE LUGO, *óp. cit.*, pág. 14.

dicial. *“La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”.*

45. Si la filiación no ha venido determinada por una sentencia judicial no se puede inscribir siguiendo el cauce de la instrucción de 5 de octubre. La norma es muy taxativa al respecto y el funcionario consular no tiene ningún margen de maniobra⁴⁶. En un principio, tenemos una sentencia judicial que se pretende que sea recibida por el ordenamiento jurídico español. Para ello se deberían aplicar las herramientas que nos facilita el DIPr. Es decir, dicha sentencia extranjera para poder ser reconocida en España debe de haber obtenido el correspondiente exequátur.

46. El punto 2 de la disposición primera de la Instrucción es muy claro al respecto. *“Salvo que resultara aplicable un Convenio internacional, la resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur”⁴⁷.*

47. Sin embargo la propia Instrucción permite al funcionario consular realizar un control incidental de la resolución, que dispense del requisito de exequátur y se pueda por tanto inscribir directamente la mencionada filiación en el Registro civil consular. Este margen de actuación que permite la norma, refleja el valor añadido del funcionario consular en el ejercicio de la función registral. Pudiendo dispensar a los interesados de un procedimiento bastante tedioso que dilataría en el tiempo la realización de la inscripción.

48. El punto 3 de la disposición primera determina exactamente lo siguiente: *“No obstante lo anterior, en el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente, como requisito previo a su inscripción, si tal resolución judicial puede ser reconocida en España”⁴⁸.*

49. La teoría del reconocimiento incidental se inscribe en la función del DIPr relativa al reconocimiento de decisiones extranjeras por parte del ordenamiento jurídico español⁴⁹. Su particularidad radica en que la decisión es invocada directamente ante la autoridad española, el Cónsul en el caso que nos ocupa.

50. Es conveniente mencionar que, el artículo 44.2 de la ley de cooperación jurídica civil internacional, establece el reconocimiento incidental de una decisión judicial extranjera por parte de juez español en el marco de un procedimiento civil y el artículo 59.2 recoge idéntica previsión para la inscripción registral en un registro de la propiedad, mercantil o de bienes muebles⁵⁰.

51. Por analogía, se puede extrapolar este reconocimiento incidental al que debe realizar el Cónsul como encargado del registro civil consular en los casos de gestación por sustitución. Además,

⁴⁶ La normativa es muy clara, la sentencia judicial es un requisito *sine qua non* para realizar la inscripción. De hecho la disposición segunda de la instrucción termina de la siguiente manera:

“En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”.

⁴⁷ El exequátur se encuentra regulado actualmente por la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica civil internacional de 30 de julio (BOE nº182 de 31 de julio de 2015).

⁴⁸ En este punto es conveniente recordar que la filiación debe de venir establecida por una sentencia judicial que haya sido dictada por un tribunal análogo a los españoles

⁴⁹ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia civil”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015) Vol. 7, nº2. Páginas: 158-187.

⁵⁰ Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica civil internacional de 30 de julio (BOE nº182 de 31 de julio de 2015).

este tipo de procedimientos, suelen tener también la consideración de procedimientos de jurisdicción voluntaria en los Estados receptores, tal y como señala la Instrucción.

52. En cualquier caso, la particularidad de todo este proceso radica en que se pretende inscribir en un registro español una resolución extranjera que determina una filiación respecto de unos padres de intención. Dicha resolución deja de lado a la mujer gestante que, de acuerdo con las premisas de nuestro derecho de familia, sería no sólo la madre biológica sino también la madre legal. La consecuencia jurídica de este tipo de inscripciones es de tal trascendencia que implica que el reconocimiento de las mismas sea un requisito ineludible para su inscripción.

53. Para ello, el funcionario consular tiene la obligación de conocer las estructuras básicas del ordenamiento jurídico del Estado receptor, al igual que cómo se articulan las principales instituciones del mismo. En base a dicho conocimiento, debe juzgar si es oportuno o no eximir a dicha resolución del requisito del exequátur.

54. La normativa otorga este margen de confianza al funcionario consular como consecuencia de todo el acervo de tratados internacionales y legislación doméstica española que configuran la función consular. Se está atribuyendo al Cónsul una autonomía de acción como puente entre el Estado que envía y el Estado receptor. Además de garante del ordenamiento jurídico español y concededor del ordenamiento del Estado receptor.

55. ¿Qué condiciones debe reunir la resolución extranjera para que ésta sea reconocida de forma incidental por el encargado del Registro civil consular? La instrucción determina también los elementos que se deben cumplir y que el funcionario consular debe determinar. Los mismos vienen desarrollados en la continuación del punto 3 de la primera disposición⁵¹. Dentro de estos puntos, el más complicado de verificar, por su componente subjetivo, sería el relativo a la vulneración del interés superior del menor y que la madre gestante haya prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria.

56. A mi juicio, la única manera de verificar este extremo es que cuando se promueva la inscripción, los padres de intención aporten junto con la resolución judicial, el contrato suscrito con la madre gestante. A la vista del mismo, el encargado del Registro civil consular pueda verificar que efectivamente se han prestado todos los consentimientos de forma libre, consciente y voluntaria. En este punto, puede surgir la preocupación de los padres de intención en torno a la confidencialidad de los datos de la gestante.

57. A estos efectos se debe recordar que los funcionarios consulares, al igual que toda la Administración General del Estado, se rigen por la Ley Orgánica de Protección de Datos⁵². Esta norma obliga al empleado público a manejar toda la información de carácter personal con la debida discreción con el fin de respetar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, recogido en el artículo 18.1 de la CE.

⁵¹ a) *La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*

b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

c) *Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.*

d) *Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.*

e) *Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado*

⁵² Ley 15/1999 de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal (BOE nº 298 de 14 de diciembre de 1999). Esta protección es reforzada todavía más con el nuevo Reglamento europeo de Protección de Datos.

58. Una vez comentados los requisitos materiales exigidos por la Instrucción. Debemos comentar un requisito formal, relativo al lugar donde se produzca el hecho registral inscribible. Puesto que dicha localidad se enmarcará en una circunscripción consular que determinará el Registro civil competente⁵³.

59. A la hora de promover la inscripción registral de esta filiación, es relevante que los padres de intención tengan claros qué pasos deben de seguir. En muchas ocasiones suele ocurrir que los padres de intención, no están inscritos en el Registro de Matrícula Consular porque no son residentes en la circunscripción y desconocen los procedimientos consulares de inscripción de actos registrales. Esta circunstancia también viene coadyuvada por la propia regulación en el Estado receptor de los contratos de gestación por sustitución.

60. El hecho de no estar inscrito como residente no es óbice para que se puedan realizar trámites consulares, ya que se permiten los mismos a los no residentes o transeúntes. Ahora bien, es importante subrayar que cualquier trámite consular y en concreto los relativos al registro civil, conlleva la observancia de una serie de requisitos que aconsejan que se disponga de varios días para su correcta ejecución.

61. No podemos olvidar que se desea inscribir una decisión extranjera que afecta a un menor de edad. Los mecanismos proporcionados por el ordenamiento se materializan en una mera instrucción que obliga al funcionario consular a actuar con una prudencia que, en última instancia, debe tener presente el interés superior del menor, a la hora aplicar el margen discrecional recogido en la Instrucción.

62. Por ello, sería aconsejable que los comitentes residieran en la circunscripción consular un tiempo suficiente para que, aunque no se inscriban en el registro de matrícula consular, se inscriban al menos como no residentes y concedan al registro civil consular el tiempo suficiente para realizar la inscripción correctamente⁵⁴.

63. Por su parte, la existencia de una resolución judicial que determine la filiación, coadyuva al funcionario consular a la hora de realizar el análisis previo. En concreto le permite verificar que aparentemente no haya habido una explotación de la mujer gestante, puesto que una autoridad judicial del Estado receptor ha confirmado que la gestante ha prestado su consentimiento de forma libre y voluntaria.

64. Este extremo resulta mucho más difícil de averiguar por el encargado del registro civil consular mediante una mera resolución administrativa. Por otro lado y como muy acertadamente recoge la propia exposición de motivos de la Instrucción, con la exigencia de la sentencia judicial se busca evitar el tráfico internacional de menores y en última instancia respetar el interés superior del menor tal y como dispone la CDN⁵⁵.

65. Finalmente, por lo que se refiere a la inscripción de dicha filiación en el libro de nacimientos. Cabe destacar que se realizará una doble inscripción de la filiación, en analogía a lo realizado en los

⁵³ Pongamos el caso concreto del Consulado General de España en Nueva York que tiene una circunscripción consular que cubre cinco estados: Nueva York, Nueva Jersey, Connecticut, Pensilvania y Delaware. La gestación por sustitución es considerada como delito penal en el estado de Nueva York por lo que no se podría inscribir una decisión proveniente de dicho estado, en cambio sí que se podría inscribir dicha filiación si hubiera sido determinada en el estado de Pensilvania. Por ejemplo en el caso de Estados Unidos donde España tiene 9 Consulados Generales incluyendo a Puerto Rico. Se debe verificar la distribución por estados entre los diferentes Consulados Generales, dándose el caso que un Consulado General pueda o no realizar estos trámites según el estado de procedencia de las resoluciones

⁵⁴ Los detalles concretos de este tipo de inscripción consular viene recogidos en la página web del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación. www.exteriores.gob.es

⁵⁵ Como bien señala parte de la doctrina a propósito de la sentencia, “*con tal exigencia se persigue controlar el cumplimiento de los requisitos de perfección y contenido del contrato respecto del marco legal del país donde se ha formalizado, así como la protección de los intereses del menor y de la mujer gestante*”. R. BAZ VICENTE: Aspectos Registrales civiles de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución en P. BENAVENTE MOREDA y E. Farnós Amorós (coord.): *Treinta años de Reproducción Asistida en España: una mirada interdisciplinar a un fenómeno global y actual*. Boletín Ministerio de Justicia. Madrid, 2015, pág. 272.

casos de inscripción registral de las adopciones y siguiendo lo dispuesto por el artículo 46 de la LRC. Se hace una primera inscripción de carácter transitorio en la que se incluye el origen biológico de la filiación y una anotación marginal que determina la filiación mediante un contrato de gestación por sustitución. Una vez realizada ésta, se procede a expedir el correspondiente asiento registral definitivo de la filiación mediante gestación por sustitución tal y como lo detalla la resolución judicial.

3. Inscripción de la filiación mediante gestación por sustitución en el Registro Civil consular cuando no hay sentencia judicial ¿Qué ocurre?

66. Ahora bien, el problema de este planteamiento radica en que muchos países que regulan y permiten la gestación por sustitución, determinan la filiación del nacido mediante un documento público de carácter registral o notarial. De ahí que se nos planteen la cuestión de qué opciones proporciona el ordenamiento jurídico español para registrar dicha filiación en los supuestos que no hay sentencia judicial.

67. En este punto veremos cómo se pueden inscribir este tipo de filiaciones, adelantando que sí es posible su registro, aunque cumpliendo una serie de requisitos previos ineludibles y figurando en todo caso, la madre gestante como madre legal del menor. Puesto que este tipo de inscripciones seguirán el procedimiento ordinario de inscripción registral de un nacimiento y concretamente, la disposición 10.2⁵⁶ de la Ley 14/2006.

68. En todo caso al regirse esta inscripción por el cauce ordinario, el artículo 167 del RRC dispone expresamente que en la inscripción constará la identidad de la madre. De acuerdo con esta premisa, la gestante es la madre legal y como tal deberá figurar en el libro registral de nacimientos.

69. Por otro lado, esta afirmación se completa con el apartado 10.3⁵⁷ de la misma norma legal. Por ello para que se pueda registrar la filiación y no figure como única progenitora legal la madre gestante, es esencial que al menos uno de los progenitores de intención, en el supuesto de familias formadas por personas del mismo sexo o el padre de intención en el caso de familias heterosexuales o monoparentales, haya aportado su material biológico. En estos supuestos y de acuerdo con el artículo 43 de la LRC, el padre no sólo podrá sino que estará obligado a promover esa declaración de nacimiento.

70. En este sentido figurará como padre, el progenitor que haya aportado el material biológico y como madre, la mujer gestante. El padre deberá reconocer su paternidad ante el Encargado del Registro civil de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 120 de nuestro Código Civil.

71. El recién nacido será inscrito como un hijo extramatrimonial. Esta mención constituye un anacronismo absoluto que responde al hecho que nuestro ordenamiento jurídico mantiene la diferencia formal entre hijo matrimonial y extramatrimonial, aunque materialmente las consecuencias jurídicas de la filiación son idénticas. Puesto que tras la aprobación de la Constitución de 1978 y a tenor de lo dispuesto por su artículo 39.2 complementado por el artículo 14, se terminaron las diferenciaciones legales al respecto. Tanto los hijos matrimoniales como los extramatrimoniales y los adoptivos gozan de los mismos derechos⁵⁸.

72. Es importante tener también presente que, aunque se aporte un documento que recoja la renuncia de la patria potestad por parte de la gestante, el Encargado del Registro civil consular siempre la inscribirá como madre legal porque así lo disponen nuestras normas registrales. Estando la mujer

⁵⁶ “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

⁵⁷ “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

⁵⁸ En este sentido el segundo párrafo del artículo 108 de nuestro Código civil dispone que:

“La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

gestante obligada por la previsión del artículo 110 del Código civil: “*el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad, están obligados a velar por los hijos menores y prestarles alimentos*”.

73. En estos supuestos, el otro progenitor de intención puede asumir la paternidad sobre el menor siguiendo la vía de la adopción. Para ello conviene también tener presente las disposiciones de nuestro ordenamiento en materia de adopción internacional (Ley 54/2007 de 28 de diciembre de adopción internacional, BOE nº312 de 29 de diciembre de 2007).

4. Recomendaciones Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación

74. En todo caso y a tenor de lo señalado, se insiste en la conveniencia de que los padres de intención contacten al registro civil consular donde se vaya a inscribir la filiación con el fin de conocer de primera mano qué requisitos solicitan.

75. Un elemento que facilita este contacto y que permite una primera aproximación, son las nuevas tecnologías y en concreto las páginas web que tiene cada Embajada y Consulado General de España. Vamos a señalar por ejemplo la del Consulado General de España en Moscú⁵⁹. Destaca también lo recogido en la página de la Sección Consular de la Embajada de España en Kiev complementa lo dispuesto por el Consulado General en Moscú⁶⁰. Por último destacaremos también la recomendación realizada por la Embajada de España en Astana (Kazajstán)⁶¹.

76. ¿Por qué se está insistiendo en la conveniencia de seguir las recomendaciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación así como de entrar en contacto con el Consulado General o Sección Consular de referencia? Con el fin de comprender mejor este extremo, se va a exponer un caso real que tuvo lugar en el Consulado General de España en Moscú y que terminó con una sentencia de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid.

77. Concretamente nos estamos refiriendo a la sentencia 209/2017 de 13 de marzo del 2017 de la sala de lo contencioso del TSJ de Madrid, que desestimó un recurso interpuesto por unos padres de intención contra el Consulado General de España en Moscú⁶².

78. El 28 de marzo de 2016, el Consulado General de España en Moscú deniega la solicitud de concesión de un salvoconducto a un menor nacido en Rusia mediante gestación por sustitución cuyos supuestos de padres de intención son de nacionalidad española. En base a la previsión del artículo 8 del RD 116/2013⁶³. A tenor de dicho artículo se puede claramente observar que los supuestos que habilitan

⁵⁹ http://www.exteriores.gob.es/Consulados/MOSCU/es/Consulado/Paginas/Articulos/20150630_NOT1.aspx (consulta 10.4.2018). “*En consecuencia, se desaconseja claramente iniciar un proceso de este tipo por no tener cabida en el ordenamiento jurídico español. Las Autoridades españolas no pueden hacerse responsables de las promesas y afirmaciones hechas por agencias privadas, que realizan fuera de España una actividad no amparada por la Ley española. Tampoco se puede asegurar que el tratamiento que se da a las madres gestantes sea bueno. En este contexto, el Consulado General de España en Moscú, siempre dentro del marco legal vigente, no asumirá responsabilidades derivadas de un negocio jurídico nulo de pleno derecho que desaconseja realizar*”.

⁶⁰ <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/KIEV/es/Embajada/ServiciosConsulares/Servicios%20consulares%20en%20Kiev/Registro/Paginas/Nacimientos.asp> (consulta 10.4.2018). “*Finalmente se advierte y se informa que esta sección consular es conocedora de que en los últimos meses se han venido produciendo estafas y engaños por parte de las denominadas clínicas de Reproducción asistida y las personas vinculadas a este tipo de negocios (irregularidades en el proceso, falta de informes, falta de transparencia y principalmente mala praxis médica), que como se reitera, no están permitidos en España*”.

⁶¹ <http://www.exteriores.gob.es/Embajadas/ASTANA/es/Embajada/ServiciosConsulares/Paginas/Adopciones.aspx> (consulta 10.4.2018). “*Antes de iniciar cualquier contacto en relación a maternidad subrogada en Kazajstán o de tomar ninguna decisión, se ruega a todo español que pida información en: emb.astana@maec.es*”

⁶² Vid M. P. GARCÍA RUIZ, “Gestación subrogada: estado legal y jurisprudencia de la cuestión”. *Revista de Jurisprudencia*. 1 de diciembre de 2017.

⁶³ El Real Decreto 116/2013 de 15 de febrero (BOE nº47 de 23 de febrero de 2013) regula la expedición de pasaportes provisionales y salvoconductos y el artículo mencionado dispone lo siguiente: “1. Todos los ciudadanos españoles tienen derecho a que se les expida un salvoconducto si precisan desplazarse a España y carecen de pasaporte ordinario o provisional...2. Las

la concesión de un salvoconducto tanto a ciudadanos españoles como extranjeros por parte de la oficina consular están muy tasados por la normativa que se acaba de mencionar.

79. El fundamento de derecho 6º de la sentencia hace referencia a la instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN⁶⁴. Recordando la necesidad de una resolución judicial que determine la filiación mediante esta técnica. Finalmente este fundamento de derecho concluye de la siguiente manera: *“la situación en que ahora se encuentran los recurrentes y el menor, lejos de ser sorpresiva, pueden ser prevista e incluso premeditada debiendo, por consiguiente, ser ahora asumida”*.

80. Por otro lado, el TSJ utiliza la reciente jurisprudencia del caso *Paradiso y Campanelli*, al final de su fundamento de derecho 7º⁶⁵. No se debe olvidar que los Cónsules españoles no dejan de ser funcionarios públicos vinculados por el artículo 103 de la CE que exige *“sometimiento pleno a la ley y al derecho”*. Esta observancia escrupulosa del ordenamiento se inscribe también en el principio del interés superior del menor, cuyo bienestar será en última instancia la consideración primordial.

IV. Conclusiones

81. A lo largo de estas líneas hemos podido constatar cómo la filiación que debe acreditarse tras una gestación por sustitución se ha convertido en una realidad social en España, a pesar de la previsión del artículo 10 de la Ley 14/2006. Especialmente a raíz de su regulación favorable en múltiples países y la posibilidad de su utilización por “familias de intención” extranjeras.

82. Sin embargo, no se debe olvidar que le recién nacido tiene una serie de derechos inherentes a su dignidad humana, los derechos humanos. Que en el caso de los menores se han materializado en la CDN y en el CEDH y configuran el principio del interés superior del menor. Además el TEDH ha dictado varias resoluciones, donde no se vislumbra un criterio jurisprudencial definido, más allá del bienestar del menor como baremo para juzgar la actuación de los poderes públicos.

83. España es un país que se inscribe dentro del grupo de naciones más escrupulosas en el ámbito de la tutela, protección y salvaguarda de los derechos humanos. Por todo ello, nuestro ordenamiento, atendiendo al principio del interés superior del menor, ha tenido que hacer frente a las filiaciones mediante gestación por sustitución suscritas en el extranjero, utilizando para ello las herramientas del DIPr.

84. Todas estas reflexiones se han materializado en la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010 destinada a inscribir en el registro civil consular la filiación mediante gestación por sustitución suscrita en el extranjero. La instrucción es muy taxativa sobre dos extremos, por un lado la exigencia que la filiación venga determinada en una sentencia judicial y por otro la facultad que tiene el funcionario consular para dispensar o no de la exigencia de exequátur y realizar un mero reconocimiento incidental.

Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas... podrán expedir salvoconductos a extranjeros cuya protección internacional haya sido asumida por España.... Asimismo... podrán expedir salvoconductos para promover el traslado del o de los solicitantes de protección internacional a España...3. La autorización para la expedición del salvoconducto a un extranjero, en los casos que se mencionan en el apartado anterior, estará sometida a informe previo favorable de la Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior”.

⁶⁴ *“la repetida Instrucción exige... la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por el Tribunal competente. Con tales bases, la repetida Instrucción pretende dar eficacia en España a una inscripción producida en un Registro Civil extranjero que determina la filiación de un menor respecto de dos personas de nacionalidad española, por lo que la determinación de la filiación propiamente dicha y su eficacia se deriva de la resolución judicial exigida por la repetida instrucción”*.

⁶⁵ *“... no puede concluir la Sala este recurso sino que, conforme a la doctrina más reciente del Tribunal Europeo, la aducida vulneración del artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debe también ser rechazada”*.

85. El problema de este planteamiento radica en que toda la responsabilidad del hecho registral recae sobre el encargado del registro y ni la instrucción, ni ningún otro instrumento del ordenamiento proporcionan algún tipo de solución, frente a las múltiples particularidades, supuestos y excepciones que se presentan en la realidad cotidiana del trabajo consular.

86. Por todo ello se crea un cuello de botella en esta materia sobre la que se ha intentado proporcionar una serie de pautas y consejos que puedan hacer más llevadera la inscripción no sólo para el funcionario consular sino también para los padres de intención.

87. En cualquier caso, desearía terminar este trabajo señalando que no se puede estigmatizar a las familias de intención que utilicen la gestación por sustitución. Ahora bien, estas ilusiones no se pueden cumplir a cualquier precio ya que está en juego la vida de un menor y por ello se deben seguir los cauces establecidos. Que obviamente no son los mejores, pero son los instrumentos con los que se cuenta a día de hoy y citando a Tito Livio: *“En un pueblo libre, es más poderoso el imperio de la ley que el de los hombres. Ninguna ley puede contentar a todos”*.⁶⁶

⁶⁶ <http://citasmíticas.com/categorias/derecho/3> (consulta 30.5.2018).

IMPLEMENTACIÓN DEL CONVENIO DE ESTAMBUL EN LA REFUNDICIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS Y SU REPERCUSIÓN EN LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

THE IMPLEMENTATION OF THE ISTANBUL CONVENTION IN THE RECASTING OF THE BRUSSELS II BIS REGULATION AND ITS IMPACT ON THE INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION

CARMEN RUIZ SUTIL*

Profesora titular de Derecho internacional privado

Universidad de Granada

ORCID: 0000-0001-5063-1845

Recibido: 14.07.2018 / Aceptado: 30.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4392>

Resumen: Los instrumentos internacionales en materia de sustracción ilícita de menores no ofrecen respuestas satisfactorias a las situaciones motivadas por la violencia de género, lo que pone de relieve el fracaso de los mecanismos articulados para ello. En estos momentos, se está revisando en la UE el Texto de Refundición del Reglamento (CE) número 2201/2003, donde se presta una especial atención a la cuestión de la sustracción de menores por uno de sus progenitores. Por otra parte, a pesar de la profusión de normativas y medidas existentes para la lucha contra la violencia de género y la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia de género, no se está llevando a cabo a cabo la implementación ansiada en los instrumentos internacionales concernientes a la sustracción internacional de menores. Particularmente, en situaciones intraeuropeas, analizaremos el “retorno seguro” de las y los menores sustraídos expuestos a un grave riesgo en contextos de violencia de género/doméstica, regla general impuesta en el actual art. 11.4 del Reglamento Bruselas II bis. En este trabajo se propondrá soluciones para una restitución con medidas de seguridad a la luz del ordenamiento jurídico español, teniendo presente la existencia de instrumentos europeos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, entre los que se encuentra la Orden Europea de Protección.

Palabras clave: menores expuestos a la violencia de género/doméstica; sustracción internacional de menores; Convenio de Estambul; Texto de Refundición del Reglamento Bruselas II bis; retorno seguro y la Orden Europea de Protección.

Abstract: International instruments with regards to international child abduction do not present satisfactory answers to the gender based violence situations. This highlights the failure of its mechanisms. The Recasting Text of the Regulation (CE) 2201/2003 is being currently revised in the EU, and a special attention is drawn to the issues related to child abduction by one of the parents. Moreover, despite the

* (ruizsuti@ugr.es). Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación I+D+i que lleva como título “Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante”, con código DER2016-75573-R

myriad of rules and measures existing in the field of fight against gender based violence and despite the adherence of the EU to the Istanbul Convention to prevent and fight violence against women, the implementation coveted for in the international instruments on international child abduction is not achieved. We will analyze, particularly in the intra-European situations, the “safe return” of children exposed to high risks in contexts of domestic violence/Gender based violence (GBV), as a general rule established by the current article 11.4 of the Brussels II Bis Regulation. In this paper, we will propose solutions to a return accompanied by security measures in light of the Spanish Legal system, taking into account the existence of European instruments of mutual recognition of penal decisions in the EU such as the European Protection Order.

Keywords: children exposed to gender based violence/domestic violence; international child abduction; Istanbul Convention; Text of Recasting the Brussels II bis Regulation; safe return and the European Protection Order.

Sumario: I. Introducción; II. Precisa implementación del Convenio de Estambul en la normativa sobre sustracción internacional de menores: 1. Menores expuestos a la violencia de género en el Convenio de Estambul y su repercusión en los textos europeos sobre sustracción internacional; 2. El impacto del Convenio de Estambul en la legislación española sobre sustracción internacional de menores. III. Interconexión de la violencia de género y el grave riesgo para la no restitución en situaciones europeas: 1. El grave riesgo de las y los menores en escenarios de violencia de género; 2. Aspectos relevantes del Texto de Refundición en el tratamiento de la sustracción internacional de menores y la violencia de género; IV. El retorno seguro y la violencia de género en el contexto europeo: 1. La “restitución segura” ante la violencia de género; 2. La Orden Europea de Protección para un retorno seguro de las víctimas y de los hijos e hijas sustraídos cuando concurre violencia de género; V. Conclusiones.

I. Introducción

1. En la Unión Europea (en adelante UE) se viene comprobando que la naturaleza transnacional de los procedimientos de sustracción ilícita de menores y la importancia del factor tiempo, junto con el delicado tema de la violencia de género y su repercusión en los hijos e hijas, dificultan soluciones que garanticen el verdadero interés superior de las y los niños sustraídos en todos los casos. El aumento considerable de situaciones en las que las mujeres víctimas de la violencia machista ejercida por su pareja o ex pareja se ven obligadas a huir con sus hijos e hijas, seguramente movidas por el miedo y por la falta o desconocimiento de mecanismos que garanticen el auxilio en el país de su residencia habitual¹, nos indica que los sistemas diseñados para combatir la sustracción internacional y la lucha contra la violencia de género están fracasando.

2. Actualmente, las instituciones de la UE, en el marco del procedimiento legislativo especial con base jurídica del art. 81.3 del TFUE², vienen revisando la propuesta de modificación del Reglamen-

¹ En concreto, los casos de traslado ilícito del menor llevados a cabo por el titular del derecho de custodia por causas de violencia de género van en aumento, tal y como ya se ha expuesto por M. KAYE, “The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 1999, 13, pp. 191-212; M. H. WEINER, *International child abduction and the escape from domestic violence. Fordham Law Review*, 2000, 69, pp. 593-706. También en H. BALE, “Taking Flight—Domestic Violence and Child Abduction”, *Current Legal Problems*, Volume 70, Issue 1, 1 December 2017, Pages 3–16, <https://doi.org/10.1093/clp/cux001> (consultado 20 de junio de 2018), donde se explica que el perfil de la persona que sustrae a los y las menores ha ido cambiando. Sobre esta metamorfosis sociológica véase el Consejo de Europa en Repport “Cross-border parental responsibility conflicts”, Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development, Doc. 14435, de 30 de octubre de 2017; P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 12-16.

² Art. 81.3 TFUE, “No obstante, lo dispuesto en el apartado 2 de este precepto, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario....”.

to (CE) número 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)³. Este Texto de Refundición presta atención a determinados aspectos de los procedimientos relacionados con menores, en particular, los relacionados con la sustracción internacional. Ello nos obliga a examinar si las modificaciones sustanciales presentadas van a contribuir a reforzar la seguridad jurídica y garantizar el interés de la o del menor, incluidos los de naturaleza tan dolorosa, como cuando concurre violencia de género o doméstica.

3. Existen investigaciones que verifican que la “no devolución” del hijo o de la hija al país de su residencia habitual solo prospera cuando el maltrato físico se ejerce directamente sobre la persona menor, pero no si la violencia es perpetrada exclusivamente sobre la madre, aunque aquellos sean testigos presenciales⁴. Este tipo de experiencias ponen en jaque el funcionamiento actual del principal instrumento internacional en materia de sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁵ (en adelante CLH 1980). En ocasiones, dicha convención se convierte en arma legal para que el cónyuge maltratador ejerza mayor control sobre la víctima. En retenciones o desplazamientos ilícitos de menores entre países europeos, el Reglamento (CE) n° 2201/2003, del Consejo de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante RBr. II bis), es el que otorga soluciones encaminadas a priorizar el regreso del o de la menor al país de su residencia habitual, garantizado el principio de confianza entre Estados miembros.

4. Además de estos instrumentos, algunos países de la UE, entre ellos España, se encuentran vinculados al Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011⁶ (en adelante Convenio de Estambul), nacido al amparo del Consejo de Europa, y que también ha sido firmado por la Unión⁷, aunque falta su ratificación. Lo relevante es que obliga a los actuales Estados contratantes del Convenio de Estambul a la protección y defensa de las y los hijos de las víctimas de la violencia de género a través de la adopción de medidas civiles (art. 31), sin bien, ninguna de sus disposiciones quedan vinculadas a los instrumentos internacionales en materia de responsabilidad parental y de sustracción internacional de menores.

5. De ahí que con el presente estudio se pretenda determinar hasta qué punto es necesario interconectar las soluciones establecidas en el Convenio de Estambul y las instauradas en la normativa internacional de sustracción internacional de menores con el objetivo de proporcionar respuestas más satisfactorias y garantistas cuando concurren situaciones de violencia de género. Y es que se corre el riesgo de dar lugar a escenarios materialmente injustos si, en la aplicación de dichos textos internacionales, no se atiende ni al contexto ni a la realidad que comporta dicha violencia estructural.

³ Véase el documento [COM\(2016\)411 final](#), Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición).

⁴ Vid. T. LINDHORST and J. L. EDLESON, *Battered women, their children, and international law – The unintended consequences of the Hague Child Abduction Convention*. 2012, Amherst, NH: Northeastern University Press. Un estudio sobre las sustracciones parentales en Estados Unidos demuestra que en al menos la mitad de los casos de secuestro parental, la violencia doméstica tiene una presencia relevante, en J. CHIANCONE, L. GIRDNER & P. HOFF, “Issues in resolving cases of international child abduction by parents”, *Juvenile Justice Bulletin*, 2001, en <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/ojdp/190105.pdf> (consultado 2 de junio de 2018). Vid. S. YAMAGUCHI and T. LINDHORST, “Domestic Violence and the Implementation of the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Japan and U.S. Policy”, 2016, *Journal of International Women's Studies*, vol. 17, Issue 4, pp. 15-30, en esp. pp. 18 y 19. <http://vc.bridgew.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1883&context=jiws> (consultado el 19 de mayo de 2018).

⁵ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1980.

⁶ Para España, BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014. Véase <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?desktop=true>

⁷ En Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (COM(2016)0109 – 2016/0062(NLE)).

6. Por otra parte, en este trabajo nos planteamos si la Orden Europea de Protección (en adelante OEP), como mecanismo de reconocimiento mutuo de decisiones penales en la UE para proteger a la víctima de violencia de género y a sus hijos o hijas, resulta un recurso adecuado para un retorno seguro al país de la residencia habitual cuando el motivo de la huida de dicho lugar fue la violencia de género. En aras a la aplicación coherente de la legislación de la Unión, vincularemos las diversas normativas existentes, tanto penales como civiles, que afecten al interés de la o del menor sustraído en escenarios de violencia de género o doméstica.

II. Precisa implementación del Convenio de Estambul en la normativa sobre sustracción internacional de menores

1. Menores expuestos a la violencia de género en el Convenio de Estambul y su repercusión en los textos europeos sobre sustracción internacional

7. En el ámbito internacional, y desde la óptica de los derechos humanos⁸, existe un marco jurídico tendente a proteger a la mujer víctima de la violencia en el seno de la pareja o de la familia. Esta normativa es el resultado del empeño de los organismos internacionales creados el pasado siglo XX⁹ para plasmar una realidad acuciante y arraigada en un contexto general de discriminación sistémica contra la mujer y otras formas de subordinación¹⁰. Para combatirla, se proclama una vida sin violencia de género, siendo un auténtico derecho subjetivo, donde su incumplimiento debe generar consecuencias jurídicas en los Estados¹¹.

8. La Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer de 1979¹² y, en particular, la Cuarta conferencia mundial sobre la mujer, celebrada en Beijing, del 4 al 15 de septiembre de 1995¹³, han supuesto el reconocimiento y conciencia a nivel internacional sobre el significado de la violencia de género, especialmente la que se manifiesta en el ámbito familiar como estrategia de dominación del hombre hacia la mujer y su estrecha vinculación con la discriminación de sexo. Esta violencia no sólo afecta mundialmente a un gran número de mujeres, sino que también es soportada directa o indirectamente por sus hijos o hijas, tal y como recogen en las recomendaciones y decisiones del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer de Naciones Unidas (CEDAW).

9. En esta dirección, la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989¹⁴ (en adelante CNUDN) y sus Protocolos facultativos han expresado su preocupación por el impacto de las distintas formas de violencia, especialmente la de género y su exposición, al repercutir en su desarrollo integral¹⁵. Esta inquietud se ha visto reflejada en el art. 19 CNUDN, al afirmar

⁸ Vid. J. M^a. GIL RUIZ, “Derechos humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la Violencia de Género”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2005, núm., 22, pp. 53-82. Véase el manual de Naciones Unidas, *Los derechos de la mujeres son derechos humanos*, en http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-14-2_SP.pdf (consultado el 17 de junio de 2018).

⁹ Vid. G. GALLEGU SÁNCHEZ, “Marco jurídico internacional de protección de la mujer víctima de violencia”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2017, núm. 2, (EDB 2017/506744, www.elderecholefebvre.com).

¹⁰ Naciones Unidas. Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. *Informe del Secretario General, A/61/122/Add.1, 6 de julio de 2006*, p. 118.

¹¹ Sobre este derecho véase a J. F. LOUSADA AROCHENA, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2014, 48, pp. 31-48, en esp. pp. 46 y 47.

¹² España ratificó esta Convención mediante Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983 (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984). Para un repaso de dicha normativa véase E. Díez PERALTA, “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *REDI*, 2011, núm. 2, vol. LXIII, pp. 87-121; M. C. DÍAZ DE TERÁN VELASCO, “La transversalidad de género. Valoraciones a partir de algunos documentos de Naciones Unidas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 2015, vol. 31, pp. 323-347.

¹³ Ver la plataforma de Pekín en <http://beijing20.unwomen.org/es/about>.

¹⁴ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁵ El Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, singularmente, la Observación general núm. 13 de 2011 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia y, particularmente, las observaciones finales hechas a España, en esp. párr. 61.

que los Estados tendrán que hacer todo lo posible para proteger a las y los niños que han vivido estas situaciones y ofrecerles una atención específica. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento¹⁶, la ONU no ha logrado que se asevere explícitamente que la violencia de género afecta al interés superior de las y los menores, cuando el origen de su traslado ilícito fue debido a dicha violencia estructural¹⁷.

10. El Parlamento Europeo también viene solicitando a los Estados miembros y a la Comisión Europea que introduzcan la perspectiva de género en todas sus políticas, en particular en aquellas potencialmente relacionadas con la sensibilización y detección de la violencia hacia las mujeres, así como en las relativas a la protección y salvaguarda de la integridad de estas víctimas. Precisamente, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹⁸, plasma la necesidad de dispensar una protección específica a las y los menores en escenarios de violencia de género, debido al elevado riesgo de victimización reiterada. De igual modo ha quedado reflejada en el Considerando K de la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de febrero de 2014, sobre recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres¹⁹.

11. Junto a las iniciativas del Parlamento, otras instituciones de la UE, en el ámbito de sus competencias, han adoptado instrumentos sobre reconocimiento mutuo de medidas de carácter penal²⁰, con la finalidad de que a la víctima de violencia, especialmente la de género o doméstica, se le asegure su protección ante el traslado a cualquier Estado miembro. Por un lado, se aprueba la Directiva 2011/99/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección²¹ (en adelante OEP), traspuesta al ordenamiento español por la Ley 23/2014 de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea²² y, por otro, el Reglamento UE núm. 606/2013, de

¹⁶ Véase NN.UU., *Ocultos a plena luz. Un análisis estadístico de la violencia contra los niños*, 2014, en <http://www.un.org/es/publications/publip152.shtml> (consultado el 25 de mayo de 2018), donde se reconoce que: "Con frecuencia, el desarrollo de los niños que han sido objeto de abusos graves o de abandono es inadecuado, y tienen dificultades de aprendizaje y desempeño escolar. También pueden tener bajos niveles de autoestima y sufrir depresión, lo que, en el peor de los casos, puede ser motivo de que adopten conductas de alto riesgo y comportamientos autodestructivos. Similares consecuencias pueden sufrir los niños que presenciaron episodios violentos. Los niños que crecen en hogares o comunidades violentas tienden a interiorizar esas conductas violentas como manera de resolver disputas y a repetir esas pautas de violencia y abuso contra sus cónyuges e hijos".

¹⁷ Vid. A. POWELL & S. MURRAY, "Children and domestic violence: Constructing a policy problem in Australia and New Zealand", *Social & Legal Studies*, 2008, 17 (4), pp. 453-473.

¹⁸ DOUE L 315/57, de 14 de noviembre de 2012. Esta Directiva ha sido traspuesta al ordenamiento español en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015).

¹⁹ DOUE C 285/2, de 29 de agosto de 2017.

²⁰ Las medidas de protección otorgadas por los Estados miembros pueden ser de Derecho administrativo, penal o civil por su naturaleza y su duración, ámbito de aplicación y procedimientos de aprobación varían entre los Estados miembros. El proyecto «*Epogender*» y sus *manuals* están disponibles para poder consultar el análisis comparativo de la legislación y práctica de los Estados miembros afectados por la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección en lo que respecta a las medidas de protección de las víctimas de la violencia de género. Véase también M. DE HOYOS SANCHO, "El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea. La Directiva 2011/99, el Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán", *Revista de proceso y derecho penal*, 2015, núm. 38, pp. 63-105; *id.*, "La orden de protección a las víctimas de la violencia de género", *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Valladolid, 2009, pp. 521 y ss. Un análisis comparado con los sistemas italiano, portugués, alemán y austriaco puede encontrarse en los capítulos que R. CABRERA MERCADO (COORD.), *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de la violencia de género*, Madrid, 2011, pp. 93 y ss., en http://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/Proyecto_Apoyo_Asoiacion_Juristas/Analisis_Medidas_Mejorar_Proteccion_Policia_Judicial_Victimas_violencia_Genero.pdf. (consultado el 20 de junio de 2018).

²¹ DOUE L 338/2, 21 de diciembre de 2011 que instituye un mecanismo entre los Estados miembros que permite el reconocimiento de las órdenes de protección dictadas como medidas de Derecho penal. El beneficiario de una orden de protección de Derecho penal dictada en un Estado miembro, puede solicitar una orden de protección europea con un procedimiento simplificado y acelerado, debe concedérsele protección a través de la nueva medida de protección adoptada por el Estado miembro al que viaja o se desplaza. En España se ha traspuesto en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014).

²² BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014. Sobre dicha normativa véase T. FREIXES Y L. ROMÁN (DIRS.), *La orden europea de protección. Su aplicación a las víctimas de violencia de género*, Tecnos, Madrid, 2015, en http://158.109.137.58/epogender2/images/news/Libro/LA_ORDEN_EUROPEA_DE_PROTECCION.pdf (consultado el 13 de junio de 2018).

12 de junio de 2013²³ sobre el reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil²⁴. Este tipo de regulación implica el rápido y fácil reconocimiento en toda la UE, merced a un simple procedimiento de certificación, de las órdenes de alejamiento, protección y restricción emitidas por la autoridad competente. Con dicho sistema, la víctima de violencia de género que ha sustraído ilícitamente a sus hijas o hijos podría acompañarles ante una decisión obligada de retorno al país de la residencia habitual. Sin embargo, nos preocupa la inoperante coordinación y comunicación entre los Estados miembros durante la ejecución de una OEP. Desde el Parlamento Europeo, se viene demandando a los países de la UE que mejoren y potencien conjuntamente dicho procedimiento, además de las necesarias acciones transfronterizas simultáneas, puesto que generaría más eficiencia²⁵. En todo caso, tendremos ocasión de analizarlo en el epígrafe dedicado a las medidas de seguridad para un retorno seguro.

12. Al margen de esta legislación de la Unión, tal y como hemos anunciado, existe otro texto internacional que vincula a España en este ámbito: el Convenio de Estambul, una aportación regional europea del Consejo de Europa para la lucha contra la violencia contra la mujer y las niñas, alcanzando su aplicación a la protección de los hijos e hijas de las víctimas de la violencia de género o doméstica. Precisamente, el Parlamento Europeo insiste a la UE que se adhiera a dicha convención y solicita a los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho que lo ratifiquen, asignando recursos financieros y humanos suficientes para ponerlo en práctica.

13. Lo destacable del Convenio de Estambul es el empleo de una noción amplia de la violencia, que incluye cualquier variedad de violencia hacia la mujer incluida la doméstica, extensión conceptual que viene siendo criticada por parte de la doctrina española²⁶. Estas definiciones se encuentran recogidas en los apartados a, b, y d del art. 3 del Convenio, que distingue entre “violencia contra las mujeres”²⁷, “violencia doméstica”²⁸ y “violencia contra las mujeres por razones de género”²⁹. Y es que, en los distin-

²³ DOUE L 184/4, de 29 de junio de 2013, normativa que debe aplicarse a las medidas de protección dictadas en un Estado miembro con el objeto de proteger a una persona cuando existan motivos fundados para considerar que su vida, su integridad física o psíquica, su libertad personal, su seguridad o su integridad sexual están en peligro.

²⁴ Hay que llamar la atención con el título de este Reglamento, ya que la terminología utilizada en él puede suscitar equívocos. Dicho instrumento no regula el reconocimiento de medidas de protección “en materia civil” en el sentido del Derecho privado, sino que para el ordenamiento español son medidas de protección penal derivadas de la comisión de un hecho delictivo. Por ejemplo, se refiere a las medidas cautelares o como parte de la pena, tales como prohibiciones o limitaciones de libertad de movimiento o de comunicación del maltratador en relación con la víctima. En otros ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, este tipo de medidas se adoptan en el orden procesal civil e, incluso, pueden ser de naturaleza administrativa asistencial. De ahí la pertinencia de regular su reconocimiento mutuo y ejecución en otros Estados miembros a través de un instrumento normativo de la UE diferente al del reconocimiento de medidas judiciales dictadas desde el orden penal, y con fundamento en el 81 TFUE, y no en el 82 TFUE, que es el relativo a la cooperación penal.

²⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de abril de 2018, sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección (2016/2329(INI)).

²⁶ Algunas voces doctrinales españolas consideran que la confusión terminológica entre la violencia de género y doméstica desactiva el componente destructor del moderno Derecho antidiscriminatorio, lo que supone un paso atrás en la lucha por la erradicación de la discriminación estructural de la violencia de género. El nuevo Derecho antidiscriminatorio y de antisubordinación exige romper con una estructura de trabajo desfasada de funcionamiento del fenómeno jurídico, y de los criterios básicos de igualdad centrados en un contexto individual, que no estructural y grupal. Esta tarea ardua apenas se acaba de acometer desde el Derecho y desde el pensamiento crítico del Derecho. Sobre la temática véase J. M^º. GIL RUIZ, “La mujer del discurso jurídico: una aportación desde la teoría crítica del Derecho”, *Quaestio Iuris*, 2015, vol. 8, núm. 3, pp. 1441-1480, en esp. p. 1474; Id., “La Filosofía del Derecho: Entre un nuevo Derecho amenazado y una ciencia jurídica desfasada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2014, vol. XXX, pp. 241-270, en esp. pp. 243-244; Id., “Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2012, núm. 92, pp. 17-55; M. A. BARRÈRE, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1997; Id., “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, 2010, núm. 87-88, pp. 240-241.

²⁷ “... todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

²⁸ “... todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”.

²⁹ “... toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”.

tos Estados participantes, uno de los problemas detectados en la protección de las víctimas de violencia de género es la inexistencia de un marco conceptual particular. De cada normativa estatal se infiere una diversidad de nociones, de las que dependen a su vez los ámbitos de protección sustantivos y subjetivos³⁰. En todo caso, se debería partir de una concepción de violencia de género que se caracterice por el género de la persona contra la que se ejerce y no por el ámbito en el que se produce³¹. No obstante, a pesar del riesgo que conlleva la equiparación de los términos violencia de género o conyugal/pareja o violencia doméstica, desde el punto de vista de las situaciones privadas internacionales, se consideraría aconsejable utilizarlos indistintamente. La expresión “violencia doméstica” en algunas normativas estatales se usa para referirse predominantemente a la “violencia conyugal” o a la “violencia en la pareja”. Igualmente, dicha terminología aparece en los informes realizados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En todo caso, lo verdaderamente relevante es si esta violencia machista repercute en las y los hijos que son objeto de sustracciones internacionales y si el Convenio de Estambul va a contribuir a la armonización de los niveles de protección para estas víctimas. Justamente, en el Considerando X de la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Unión Europea del Convenio de Estambul³², se vuelve a confirmar que “...*los menores no tienen que verse expuestos directamente a la violencia para ser considerados víctimas, ya que la violencia doméstica también genera consecuencias traumáticas en quien la presencia*”.

14. Por otro lado, el art. 1 del Convenio de Estambul establece un mecanismo de cooperación internacional desarrollado en los arts. 62 a 64 de dicho texto³³ para que los Estados parte queden obligados a celebrar acuerdos de cooperación en materia civil y penal, a fin de prevenir, combatir y perseguir todas las formas de violencia hacia las mujeres y proteger y asistir a las víctimas; investigar los delitos, aplicar las sentencias y las órdenes de protección, denunciar desde el país de residencia hechos cometidos en otro Estado parte, y dar asistencia judicial en materia de extradición o de ejecución de sentencias civiles o penales dictadas en otro Estado (art. 62). Del mismo modo, los países participantes deben transmitir información con agilidad sobre el riesgo de una persona y a asegurarse de que sean adoptadas las medidas de protección apropiadas en el país donde se encuentra la víctima. De esta forma, el otro Estado parte podrá prevenir, entablar o perseguir los procedimientos pertinentes en relación con los delitos establecidos en el Convenio de Estambul (arts. 63 y 64). Sin duda, esta vía de cooperación desde ambos ámbitos favorecerá el eje vertebrador para combatir la violencia de género transnacional entre los Estados participantes.

15. En relación a la temática estudiada, lo relevante viene determinado en el apartado primero del art. 31 del Convenio de Estambul, que insta a los gobiernos a legislar para que “en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en su ámbito de aplicación”. Asimismo, el apartado segundo del mismo precepto reconoce que se debe proporcionar seguridad a las víctimas y a sus hijas e hijos en el ejercicio del derecho de visita o custodia, cuando a estas personas menores y sus derechos se les pongan en peligro. La implementación de este precepto en el sistema del CLH de 1980 podría derivar en que, entre los motivos de oposición al retorno inmediato de los y las menores, se pudiera invocar la violencia de género/doméstica³⁴. Si ello no es posible, prestaremos atención a lo dispuesto en el art. 31 del Convenio de Estambul para reinterpretar el art. 13 del CLH 1980 de forma extensiva, subsumiendo en su ámbito de aplicación las situaciones de

³⁰ T. FREIXES Y L. ROMÁN (DIRS.), *La orden europea de protección...*, *op. cit.*, pp. 46-50.

³¹ J. M^a. GIL RUIZ, “Catarsis del derecho ante la subdiscriminación”, J. M^a. GIL RUIZ (coord.), *El Convenio de Estambul como marco del Derecho antisubdiscriminatorio*, Madrid, Edit. Dykinson, 2018, pp. 23-28 (en prensa).

³² P8_TA(2017)0329, en <http://www.europarl.europa.eu/>

³³ Vid. G. GALLEGO SÁNCHEZ, “El Convenio de Estambul. Su incidencia en el sistema español de lucha frente a la violencia contra la mujer”. *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 2015, núm. 2 (EDC 2015/195775, www.elderechofebvre.com).

³⁴ Sobre esta cuestión, vid. M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, P.-V. CANO-MAÍLLO REY (Dir.), *Los juicios rápidos. Orden de protección: análisis y balance*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 131-181.

violencia que sufre la madre y la repercusión negativa en las y los hijos³⁵. Desde nuestro punto de vista, dos conclusiones se pueden extraer del art. 31 del Convenio de Estambul en relación a la sustracción de menores originada por la violencia machista: 1) la autoridad de origen que sea parte del Convenio de Estambul y que resulte competente para resolver los temas de responsabilidad del menor quedará obligada por lo preceptuado en el art. 31 si en dicho asunto existen episodios de violencia de género; 2) también queda vinculada a lo dispuestos en dicho precepto la autoridad requerida de un Estado participante que tenga que decidir sobre el retorno de la o del niño cuando se acredite violencia de género. En dicho procedimiento se deben adoptar todas las medidas de seguridad que estén a su alcance, principalmente si la resolución definitiva va encaminada al retorno seguro al país de la residencia habitual.

16. En estos momentos, uno de los grupos políticos que conforma el Parlamento Europeo plantea la posibilidad de implementación de lo dispuesto en el Convenio de Estambul en la reforma del Texto de Refundición del RBr. II bis³⁶. En este sentido, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)³⁷ introduce ciertas enmiendas, como las de los considerandos 17 y 18, que atienden a los casos excepcionales de violencia de género o doméstica. Sin embargo, opinamos que interesaría implementar el Convenio de Estambul, haciendo referencia expresa al mismo tanto en los considerandos como en los articulados del Texto de Refundición que definitivamente se adoptara. Esta técnica no resulta extraña, ya que en el actual RBr. II bis incorpora ciertos preceptos del CLH 1980 en el articulado sobre sustracción internacional de menores. El paraguas normativo del Convenio de Estambul debe estar presente en la reforma del RBr. II bis, instrumento marco en materia de familia y menores. Esta integración podría reducir, e incluso, erradicar las sustracciones ilícitas de menores originadas como consecuencia de la violencia de género, aunque para ello es necesaria una verdadera voluntad política en la prevención y lucha contra la violencia de género y, sobre todo, la implantación de un marco jurídico coherente que proteja a estas víctimas en todos los ámbitos.

2. El impacto del Convenio de Estambul en la legislación española sobre sustracción internacional de menores

17. En España, la violencia de género viene ocupando un lugar importante en el debate social y mediático, impulsando una avalancha de reformas legislativas encaminadas a erradicar esta lacra de devastadoras consecuencias personales, familiares y sociales. La Ley integral 1/2004 representó un avance en la protección a las víctimas de violencia de género, si bien su puesta en marcha no ha tardado en revelar sus lagunas y carencias³⁸, hecho que ha originado su inmediata revisión para ser ajustada a las

³⁵ En este sentido *vid.* M^a V. CUARTETO RUBIO, “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cizur Menor, Civitas, 2014, p. 88; P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores”, A. FIGUERUELO BURRIEZA (Dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Granada, Comares, 2014, pp. 73 y 75.

³⁶ En la elaboración de la refundición del RBr. II bis, existe una opinión de la ponente <Deputada> Soledad Cabezon Ruiz (PSOE) emitida en la comisión de peticiones para la comisión de Asuntos Jurídicos, de 15 de mayo de 2017, 2016/0190 (CNS) con el objetivo de implementar lo contenido en el Convenio de Estambul en el nuevo texto del RBr. II bis. La propuesta parte del considerando 17 del Texto de Refundición, que dispone: “*En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que las autoridades de un Estado miembro que no sean competentes para conocer del fondo del asunto adopten medidas provisionales, incluidas las protectoras, por lo que se refiere a la persona o a los bienes de un niño que se encuentren en ese Estado miembro o, en caso de violencia doméstica o de género, con arreglo a la definición del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul)*”. El Considerando 18 va en esta línea: “*Merece una atención especial el hecho de que, en casos excepcionales, como los de violencia doméstica o de género, las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor pueden no ser la autoridad más apropiada para conocer del asunto de responsabilidad parental*”.

³⁷ P8_TA-PROV(2018)0017, en <http://www.europarl.europa.eu> (consultado el 5 de julio de 2018).

³⁸ Para el legislador español, la violencia de género es entendida como aquella manifestación de discriminación y desigualdad originada por la relación de poder del hombre sobre la mujer, cuando ha sido ejercida por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o por quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia (art. 1 de la Ley integral 1/2004). Y es que la categoría violencia de género escogida por la normativa interna española es heredera de

necesidades más apremiantes derivadas de esta problemática. Particularmente, existe una convicción de que la violencia de género no solo afecta a las mujeres, sino también a sus hijas o hijos que son, en la mayoría de las ocasiones, instrumentalizados para seguir perpetuándola. En consecuencia, el legislador español se le plantea la necesidad de dar una respuesta legislativa acorde con esta realidad.

18. La Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor y las previsiones del Código Civil en esta materia, fueron entonces el principal marco regulador de los derechos de los y de las menores de edad. Sin embargo, resultaron insuficientes ante los importantes cambios sociales y la repercusión de la violencia de género en aquellos y aquellas, por lo que se reclamaba una mayor protección jurídica para dar cumplimiento efectivo al art. 39 de la Constitución española y a las normas internacionales ya mencionadas.

19. El Protocolo Básico de Intervención contra el Maltrato Infantil de 2014³⁹ reconoció que la exposición de las y los menores a la violencia de género es una forma del maltrato infantil, lo que reclama una atención especializada. De esta afirmación se hizo eco el preámbulo de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴⁰, al disponer que “*la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma*”⁴¹. Del mismo modo, el art. 11.2 apartado i) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia⁴² recoge que uno de los principios rectores en materia de menores es el amparo por parte de los poderes públicos contra toda forma de violencia, incluido el maltrato físico o psicológico, los castigos físicos humillantes y denigrantes, el descuido o trato negligente [...] y la violencia de género en el ámbito familiar. Esta Ley ha tenido el mérito de reforzar la lucha contra la violencia de género, garantizando los derechos de los colectivos más vulnerables, en particular, el de menores. Para ello se propone un marco jurídico de intervención de las autoridades públicas ante situaciones de violencia de género que les puedan afectar (art. 11 y art. 12 de dicha normativa). Así, el art. 1 de la Ley integral 1/2004⁴³ reconoce, en su nuevo apartado segundo, que el daño causado a las y los niños por exposición a violencia familiar es un perjuicio directo al menor⁴⁴. Se trata, por tanto, de una respuesta que sintoniza con otras legislaciones estatales modernas en Derecho comparado⁴⁵ y que acaba repercutiendo en la Ley

significados asignados desde diversos ámbitos y saberes extrajurídicos: psicología, sociología, politología, antropología, teorías feministas, que debe ser asumido y “traducido” por la dogmática jurídica. En consecuencia, son todas aquellas agresiones que se producen en el ámbito privado en el que el agresor, generalmente varón, tiene una relación de pareja con la víctima.

³⁹ Véase el *Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar: actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género*. Madrid. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, <http://www.msssi.gob.es/biblioPublic/publicaciones/home.htm> (consultado el 26 de mayo de 2018).

⁴⁰ BOE núm. 175, de 23 de julio de 2016.

⁴¹ Particularmente, se aclara que esta forma de violencia afecta a los menores, no solo porque condiciona su bienestar y desarrollo, llegando a causarles incluso serios problemas de salud, sino también porque los convierte en un instrumento para que el maltratador ejerza su dominio y violencia sobre la mujer, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer.

⁴² BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

⁴³ La Disposición final tercera de la Ley 8/2015 es la encargada de introducir la modificación del art. 1 de la Ley integral 1/2004.

⁴⁴ Por tanto, se entiende por víctima directa “a toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito”. Dentro de este concepto quedan los y las menores que viven en entornos de violencia de género, dada las alteraciones que para su desarrollo supone la exposición a la violencia, superando así el concepto de víctima indirecta que establecía la Ley 1/2004 para los y las menores que no sufrían agresiones. Sobre el concepto de víctimas directas e indirectas véase J. L. MANZANARES SAMANIEGO, “Estatuto de la víctima: Comentario a su regulación procesal”, *Diario La Ley*, 2014, núm. 8351 (LA LEY 4596/2014, www.laleydigital.laley.es).

⁴⁵ El Derecho inglés reconoce que si un niño presencia o escucha violencia doméstica, el menor deberá ser protegido. El significado de daño a un menor comprende, por tanto, las “deficiencias sufridas por ver o escuchar los malos tratos ocasionados a otra persona” (modificación introducida en la Ley sobre niñez de 1989 [Children Act 1989, Section 31(9) (b)] por la Ley de Adopción y Niños de 2002 (Adoption and Children Act 2002). Dicha normativa está disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/section/31>. Asimismo, la Ley sobre Violencia Doméstica de Nueva Zelanda de 1995 (New Zealand Domestic Violence Act n. 86, 1995), contiene en su Parte 1, la sección 3(3)(a) y 3(3)(b) la definición de abuso psicológico de un niño

4/2015 del Estatuto de la víctima del Delito, cuando reconoce como víctimas a las y los menores que se encuentran en un entorno de violencia de género para que accedan a los servicios de asistencia, de apoyo y se adopten medidas de protección (art. 10). Estos cambios se deben, fundamentalmente, a la adaptación de la legislación interna española a los dictados del Convenio de Estambul.

20. Más allá de los principios y del contenido de las reformas operadas en 2015, el reconocimiento de las y los hijos como víctimas directas de la violencia de género obliga a que la autoridad judicial competente se pronuncie sobre la pertinencia de la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento, entre otras, la orden de protección, la salida del domicilio, alejamiento, la suspensión de comunicaciones, la patria potestad o la custodia y el régimen de visitas del inculpado con sus descendientes (art. 544 *quinquies* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)⁴⁶.

21. La falta de conexión de los traslados ilícitos de menores con la violencia machista se evidencia, una vez más, en el procedimiento interno vigente en España en procesos de sustracción internacional de menores. Concretamente, en el Capítulo IV bis del Título I del Libro IV de la LEC, integrado por los arts. 778 *quáter* a 778 *sexies*, bajo la rúbrica “medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional”⁴⁷, Dicho proceso no contiene remisión alguna a la normativa que regiría para la restitución en relación a un menor expuesto a la violencia de género y si el procedimiento podría quedar bajo la competencia especial del Juzgado de Violencia de género. Actualmente, dicho juzgado es el órgano competente para la problemática del secuestro internacional de menores, siempre que la violencia de género fuese cometida en España o, si no es así, se den el resto de los presupuestos del art. 23.4 l) de la LOPJ. Su competencia se basa en los arts. 87 ter 2 d) de la LOPJ y 44 de la Ley integral 1/2004, en relación con la transcendencia del asunto civil vinculado a la medida de retorno del hijo de la víctima y siempre que se cumplan el resto de presupuestos del punto 3 del art. 87 ter de la LOPJ. Ello queda confirmado, entre otros, en el AAP de Madrid de 31 de marzo de 2015⁴⁸, donde se estima la competencia objetiva de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer para el conocimiento de un procedimiento sobre sustracción internacional de menores. Cuando se decida abordar una reforma acorde con la medida que se ha incorporado en el pacto de Estado de lucha contra la violencia de género⁴⁹, estos juzgados especiales podrían atribuirse la competencia en los asuntos civiles y penales derivados de restitución ilícita de menores que tengan como origen la violencia de género. Para ello será necesario reformar la competencia de los tribunales españoles mediante LOPJ, Ley Enjuiciamiento criminal y civil, con el fin de lograr una adecuada protección a la mujer y a sus hijos, de acuerdo con lo que viene establecido en el Convenio de Estambul.

22. En definitiva, la protección de la legislación material española en relación a la experiencia victimizante de las y los menores en situaciones de violencia de género⁵⁰ deja mucho que desear en situaciones de sustracción internacional. El mandato de la normativa interna española, particularmente el art. 1 de la Ley integral 1/2004, obliga a considerarlos como víctimas directas de la violencia de género,

comprende: “a) ocasionar o permitir que el niño vea o escuche el abuso físico, sexual o psicológico ocasionado a una persona con la que el niño tiene una relación doméstica; b) pone al niño o permite ponerlo en un verdadero riesgo de ver o escuchar que se produce ese abuso”. El texto normativo está disponible en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1995/0086/latest/DLM371926.html> (consultado 17 de septiembre de 2017).

⁴⁶ Véase el gran trabajo de análisis jurisprudencial y doctrinal sobre la repercusión de la violencia de género en menores de P. REYES CANO, “La suspensión del “derecho de visitas” en contextos de violencia de género: resistencias patriarcales”, M^a. GIL RUIZ (coord.), *El Convenio de Estambul como marco del Derecho antisubordinador*, Madrid, Edit. Dykinson, 2018, pp. 203-244, esp. pp. 214-218 (en prensa). A. DÍAZ VELÁZQUEZ, “Violencia de género y guarda y custodia compartida”, Ed. Jurídica Sepín, agosto 2017, en <https://www.sepin.es>.

⁴⁷ Este nuevo procedimiento ha sido introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015). Véase Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

⁴⁸ (EDJ 2015/57382, www.elderecholefebvre).

⁴⁹ Según Ponencia que estudia la elaboración de estrategias contra la violencia de género, constituida en el seno de la Comisión de Igualdad. XII Legislatura, BOCGE, Senado, núm. 131, de 28 de julio de 2017.

⁵⁰ Dicha experiencia se puede consultar en el Informe llevado a cabo por Amnistía Internacional (2015). *España. Informe al Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de la ONU*, p. 7.

correspondiendo a los jueces competentes su interpretación a la hora de apreciar si existe grave riesgo en la restitución al contexto paterno, barajando medidas más aptas para hacer efectivo un retorno seguro o, en su caso, denegarla si no se lograra tal fin.

III. Interconexión de la violencia de género y el grave riesgo para la no restitución en situaciones europeas

1. El grave riesgo de las y los menores en escenarios de violencia de género

23. El CLH de 1980 es el principal texto internacional para dar protección a las y los menores sustraídos que articula mecanismos para su pronta restitución al lugar de la residencia habitual a través de la cooperación internacional de autoridades centrales⁵¹. Su aplicación es complementada por otros dos textos internacionales: el RBr. II bis y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, hecho el 19 de octubre de 1996⁵² (en adelante CLH 1996), cuya intervención dependerá de si el traslado del o de la menor es dentro de Estados miembros de la UE que aplican el RBr. II bis o, en su caso, entre Estados participantes del CLH 1996⁵³ y no vinculados a dicho instrumento europeo⁵⁴. Por tanto, en este trabajo dejaremos a un lado estas últimas situaciones para centrar la problemática de los desplazamientos o retenciones ilícitas entre Estados participantes del Reglamento.

24. Ni el RBr. II bis ni el CLH 1980 contienen respuesta expresa en relación con la sustracción internacional de menores originada por una situación de violencia de género⁵⁵. La única referencia transversal a la cuestión la encontramos en el art. 13.b) CLH 1980 cuando establece la posibilidad de no restitución del o de la menor que ha sido expuesto a un peligro grave físico o psíquico o si, de cualquier otra manera, se da una situación intolerable⁵⁶.

25. En la práctica, esta excepción viene siendo utilizada con el objetivo de dilatar el proceso, como pueda ser la integración del menor en el país donde ha sido retenido para que no sea devuelto. El uso fraudulento del art. 13.b) CLH 1980 ha provocado que las verdaderas situaciones de grave riesgo para las y los hijos de las víctimas de la violencia de género queden desprotegidas⁵⁷.

⁵¹ Existen distintos instrumentos internacionales que contienen normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable, de reconocimiento y ejecución de decisiones, así como mecanismos de cooperación entre autoridades centrales en relación a la temática de la responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, como el Convenio Europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980, sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias sobre custodia de los hijos, del que España forma parte (*BOE* núm. 210, de 1 de septiembre de 1984. Por otra parte, para España también está vigente el Convenio con Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997 (*BOE* núm. 150, de 24 de junio de 1997).

⁵² *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

⁵³ *Vid.* P. LAGARDE, *Informe explicativo del CLH 1996*, Texto adoptado por la XVIII Sesión, Oficina permanente de la Conferencia de La Haya, Holanda, 1996, párrafo 46. También A. BORRÁS, “Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores (30 de octubre a 9 de noviembre de 2006)”, *REDI*, 2006, núm. 2, pp. 1110-1116; *Id.*, “Consejo sobre los Asuntos Generales y la Política de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (7-9 de abril de 2010)”, *REDI*, 2010, núm. 1, pp.323-329.

⁵⁴ Véase el art. 61 del RBr. II bis, establece la respuesta sobre una posible colisión con las reglas del CLH 1996.

⁵⁵ Los redactores del Convenio pensaron en evitar otros supuestos diferentes. Véase el Informe explicativo del Convenio de La Haya de 1980 realizado por la profesora E. Pérez Vera.

⁵⁶ El «grave riesgo», el «daño físico o psíquico» y la «situación intolerable» son los conceptos clave del art. 13.b) del CLH 1980. Sobre estos conceptos véase, entre otros, R. S. PAZ LAMELA, “Causas de no restitución del menor en los supuestos de sustracción internacional (Análisis a través de la jurisprudencia reciente)”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2013, núm. 17, pp. 675-685. En general, sobre la interpretación de este precepto, *cf.* P. BEAUMONT and P. McELEVAY, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford University Press, 1999, pp. 135-176.

⁵⁷ Desde hace tiempo, el art. 13.b) CLH 1980 es utilizado como «paraguas» de la violencia doméstica. Por ello, la Conferencia de La Haya considera que debe tratarse el tema, pero no hay acuerdo sobre lo que expresamente debe hacerse. La Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya así lo vienen reconociendo. *Vid.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre

26. La Comisión especial de La Haya viene alertando del insuficiente reconocimiento en el ámbito judicial de los efectos nocivos de la violencia de género sobre las y los niños cuando los malos tratos estén dirigidos primordialmente a su madre y el impacto que ello produce en el retorno al lugar de residencia habitual⁵⁸. A pesar de que este organismo internacional no se planteó revisar el CLH 1980, si es consciente de sus carencias y de las necesidades de adaptación a los cambios sociales⁵⁹, tal y como ocurre con la existencia y los efectos aterradores de la violencia machista⁶⁰.

27. En el marco de mejoras de la aplicación del CLH 1980, la Comisión especial ha elaborado algunas recomendaciones, declaraciones, principios generales y/o guías de buenas prácticas, propugnando también el uso de potenciales *hand books* o *bench books*⁶¹. Entre estas acciones destaca el Proyecto o Propuesta de Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13.b) del CLH 1980⁶², elaborado por la

sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, de 1 a 10 de junio de 2011”, *REDI*, 2011, vol. LXIII, núm. 2, pp. 315-318; *Id.*, “Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños, 2ª parte, del 25 al 21 de enero de 2012”, *REDI*, 2012, vol. LXIV, núm. 2, pp. 308-309. Toda la documentación relativa a la reunión y, en particular, sus conclusiones y recomendaciones pueden consultarse en www.hcch.net, en «trabajos en curso» y «conclusiones y recomendaciones». Según N. GONZÁLEZ MARTÍN el abuso de esta excepción permite una desvirtualización de la naturaleza de la normativa internacional, en donde: por una parte, los padres pueden buscar dilaciones indebidas a través de la regla de excepcionalidad del plazo de un año invocando la adaptabilidad del menor a su nuevo entorno (art. 12, párrafo segundo) o la manipulación o falsedad de un grave riesgo, como la violencia doméstica (art. 13.b), dejando indefensos aquellos casos que sí merecen dicha invocación y protección y, por otra parte, los órganos judiciales competentes para resolver sobre la restitución, se decantan por aceptar excepciones a destajo, quizás con una tendencia o inercia hacia la protección doméstica de quienes sustraen o son sustraídos al coincidir, en un número importante de casos, con sus orígenes nacionales, es decir, quienes sustraen lo suelen hacer al territorio del cual se consideran connacional con la idea de que un tribunal nacional emitirá una decisión a su favor. *Vid.* N. GONZÁLEZ MARTÍN, “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *REEI*, 2015, núm. 29, pp. 268-304.

⁵⁸ Tal y como afirma el documento sobre la “violencia doméstica y familiar y el grave riesgo de la excepción del art. 13.b) del CLH 1980 (Prel. Doc. No 9 de mayo de 2011), en <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf> (consultado el 20 de junio de 2018). Afirmación expuesta en las sesiones previas a la Séptima Reunión de 12 de julio de 2017 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento de la Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996 protección de los menores, que incluye, entre otras, aseveraciones cada vez más frecuentes de la violencia doméstica y familiar planteada bajo la grave defensa del riesgo grave hacia el menor, en <https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>. Asimismo, se reconoce el creciente número de alegaciones de violencia intrafamiliar en procesos de sustracción internacional de menores en el marco de lo previsto en el art. 13.b) del CLH y el art. 11.b de la Convención Interamericana, por lo que se impone su ponderación a la luz de los objetivos de los Convenios, tal y como se afirma en el “Encuentro de Punto de Contacto y Enlaces sustracción internacional, Cartagena de Indias, 15-17 diciembre 2014, en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=c50d1fb9-ee64-464b-bd40-703977886bb2&groupId=10124 (consultado el 1 de junio de 2018).

⁵⁹ *Vid.* E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *REEI*, 2018, núm. 35, en <http://www.reei.org/>

⁶⁰ Véase Doc. pré. N° 9 de la Comisión Especial “Violence conjugale et familiale et l’article 13 ‘risque grave’ exception dans le fonctionnement de la Convention de La Haye 1980 sur les aspects civils de l’enlèvement International d’enfants: Document de réflexion”, <https://assets.hcch.net/docs/582a0181-c82c-4398-988d-4e7bf469f9de.pdf> (consultado el 27 de junio de 2018).

⁶¹ *Vid.* F. J. FORCADA-MIRANDA, “Carencias, Necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, 2016, núm. 68-2, pp. 337-346; *Id.*, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”, *Bitácora Millennium DIPr.*, 2016, núm. 3; *Id.*, “Recent Spanish Developments in International Family Law. *International Family Law Journal*”, 2016, vol. 1, pp. 11-12; *Id.*, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, 2015, Madrid, Sepin, D. L.

⁶² *Vid.* Doc. Pre. N° 3 de junio de 2017, en <https://www.hcch.net>, (consultado el 20 de mayo de 2018). El objetivo de esta Guía es promover una mayor coherencia en la aplicación e interpretación del art. 13.b), de conformidad con los objetivos del CLH 1980, teniendo en cuenta interpretación, conclusiones y recomendaciones anteriores de las Comisiones Especiales de la Conferencia de La Haya. Particularmente, el documento se divide en tres secciones. La sección 1 se refiere a las circunstancias de la letra b) del apartado 1 del art. 13, que explican las relacionadas con la violencia doméstica y el abuso de menores, junto con lo que puede tener efectos directos e indirectos sobre un niño. La sección 2 trata de otras aseveraciones de este precepto que se relacionan directamente con la situación del niño al regresar. La sección 3 comparte escenarios de casos referidos a las posibilidades del regreso del progenitor con el niño o, cuando se argumenta que dicha situación de devolución es un grave riesgo para el niño o lo coloca en una situación intolerable.

Oficina permanente de la Conferencia de La Haya⁶³. Dicho Proyecto forma parte del trabajo previo a la 7ª Reunión de la Comisión especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y de 1996⁶⁴, que tuvo lugar durante octubre de 2017⁶⁵.

28. Una de las cuestiones de mayor interés afrontadas en dicho documento es determinar si la violencia de género/doméstica es la ejercida sobre la o el menor o también lo es la practicada contra su madre, a pesar de que directamente no vaya encaminada hacia su prole. La Comisión Permanente de la Conferencia de La Haya parte de consideraciones emitidas por expertos, quienes han observado el daño psicológico que conlleva tanto el maltrato físico y psicológico ejercitado directamente al o la menor, como cuando existe violencia de género en el ámbito familiar⁶⁶. Ahora bien, este organismo declara que no se trata de una presunción automática, pues la violencia sobre la pareja y las secuelas en las o los hijos, y los riesgos futuros asociados deben evaluarse en cada caso concreto a partir de las pruebas aportadas. Sobre este punto, tanto UNICEF⁶⁷ y *Save the Children*⁶⁸, como un sector de la doctrina⁶⁹ y especialistas afirman que los malos tratos ejercidos sobre la madre perturban negativamente al o la menor en igual medida que los malos tratos ejercidos directamente sobre él o ella. En consecuencia, si esta realidad es asumida, la violencia de género sufrida por la progenitora supondrá un grave riesgo para el regreso de los y de las menores sustraídos en tales situaciones.

29. El documento preliminar de la Guía de Buenas Prácticas sobre la aplicación del art. 13.b) CLH 1980⁷⁰ sugiere una lista no exhaustiva de factores y circunstancias, que pueden permitir identificar situaciones de violencia contra los y las menores, teniendo en cuenta que se trata de procesos normalmente expeditivos⁷¹. Estos factores podrán ser considerados por los jueces a la hora de valorar el grave

⁶³ “The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention, October 2017”, en <https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>. (consultado el 1 de junio de 2018).

⁶⁴ Tal y como podemos comprobar en los trabajos preparatorios de la 7ª reunión de la Comisión Especial de octubre de 2017, que se puede consultar en <https://assets.hcch.net/docs/0a0532b7-d580-4e53-8c25-7edab2a94284.pdf>, donde también hacen alusión a la guía del art. 13.b) del CLH 1980.

⁶⁵ Véase el web de la Conferencia de La Haya “Violence conjugale et familiale et l'article 13 «risque grave» exception dans le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants: document de réflexion”, Doc. pré. No 9, établi par le Bureau Permanent, mai 2011 en <https://assets.hcch.net/docs/ce5327cd-aa2c-4341-b94e-6be57062d1c6.pdf> (consultado 17 de mayo de 2018).

⁶⁶ La guía utiliza los términos violencia doméstica y familiar por ser la definición más utilizada en el ámbito judicial y abarcar toda una gama de comportamientos abusivos dentro de la familia. A menos que se indique lo contrario, la guía utiliza el término "violencia doméstica" o "violencia familiar" en este sentido amplio. Estos términos incluyen, por ejemplo, los abusos físicos, psicológicos y financieros, que pueden ir dirigidos hacia el menor, lo que sería maltrato infantil; y / o hacia la pareja o el cónyuge (a veces referido como "abuso conyugal" o "violencia de pareja") y / a otros miembros de la familia. Puede hacerse una distinción entre la violencia indirecta y directa con respecto a los menores, donde la primera es la violencia doméstica de un padre a la madre u otros miembros de la familia y que puede afectar al menor, dependiendo de las circunstancias del caso.

⁶⁷ La organización UNICEF insiste en que como maltrato se deben considerar "también los efectos indirectos de la violencia familiar sobre los niños, en [https://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1\(1\).pdf](https://www.unicef.org/lac/Informe_Mundial_Sobre_Violencia_1(1).pdf), p. 69, donde se habla de la exposición a la violencia de pareja en el hogar y efectos en niños.

⁶⁸ Véase AA.VV. (2012). *Manual de atención para los niños y niñas de mujeres víctimas de violencia de género en el ámbito familiar realizado por Save the Children*, <https://www.savethechildren.es/publicaciones/> (consultado el 17 de mayo de 2018).

⁶⁹ Vid. R. LAPIEDRA ALCAMÍ, “La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA (DIR.), *Secuestros de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, 2008, Madrid, Iustel, pp. 189- 218, en esp. p. 215; L.M. RODRÍGUEZ OTERO, “Menores víctimas de la violencia de género: propuesta de proyecto educativo”, *Revista internacional de Trabajo social y Ciencias Social*, 2013, núm. 6, pp. 71-95; L. CANTERA, *Maltrato infantil y violencia familiar de la ocultación a la prevención. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo en El Salvador*, 2002, en http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/cd26/maltrato_infantil.pdf (consultado el 18 de junio de 2018); A. Mª PÉREZ DEL CAMPO, “Las otras víctimas de la violencia de género”, *IV Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género: Madrid, 16 y 17 de noviembre de 2011*, Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género (España), en www.poderjudicial.es/cgpj/es/temas/violencia doméstica y de género (consultado el 18 de junio de 2018); D. AGUILAR REDONDA, “La infancia víctima de violencia de género”, *III Congreso del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género*, Madrid 23 de octubre 2009, en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia doméstica y de género (consultado el 18 de junio de 2018).

⁷⁰ Véase Doc. Pre. N° 3 de junio de 2017, el Anexo 3 sobre la dinámica de la violencia doméstica, normas internacionales relativas a la violencia doméstica y la violencia contra menores, pp. 115 y ss., en <https://www.hcch.net>.

⁷¹ Más sobre el tema véase E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor...”, *loc. cit.*, pp. 8-14.

riesgo en el retorno y la dinámica de la violencia de género. De gran utilizada es el desarrollo que aparece en la Guía de las pruebas específicas de las que podrá valerse la autoridad requerida en los procesos de sustracción ilícita de menores⁷², tales como, el acceso a la información de acciones judiciales pendientes contra el padre; informes policiales; registros de consulados o embajadas; informes de refugios (casa de acogida) para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia; establecimiento de comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de esta violencia, si se dictaron órdenes de protección o si hubo acciones judiciales como consecuencia de la constatación de dichas conductas delictivas. Asimismo, podrán acompañarse al proceso los correos electrónicos o cualquier otro tipo de mensajería (*whatsApp*, mensajes de texto al móvil, redes sociales...) donde se constaten amenazas o el maltrato psicológico hacia la víctima)⁷³.

30. No obstante, resulta difícil que la Guía pueda convertirse en la respuesta para salvaguardar a las víctimas de la violencia de género/doméstica y la difícil elección del retorno de las y de los menores sustraídos en dichas circunstancias⁷⁴. En estos asuntos, echamos en falta acciones encaminadas a la reforma del art. 13.1 b) del CLH 1980 para introducir soluciones más sensibles y acordes a los conflictos planteados por la violencia machista. A pesar de ello, lo más significativo es confirmar que la Conferencia de La Haya es consciente de la especial atención que hay que prestar a este tipo de violencia estructural y su incidencia en la sustracción internacional de menores⁷⁵.

31. En el contexto europeo, tras la entrada en vigor del RBr. II bis, la excepción al retorno acogida por el art. 13.1 b) del CLH 1980 es casi inaplicable en situaciones de sustracción de menores entre Estados participantes, al indicarse que la o el menor expuesto a un peligro grave físico/psíquico o situación intolerable debe ser devuelto si se demuestra la adopción de medidas adecuadas (art. 11.4 RBr.II bis). Con la finalidad de procurar soluciones propias que sean acordes al proceso de integración europea⁷⁶, se consagra el principio de retorno inmediato, a pesar de la demostración del grave riesgo que pueda sufrir la o el menor⁷⁷. Ciertamente, en el contexto europeo, la aplicación de la excepción del art. 13.1 b) del CLH 1980 cobra extraordinario interés cuando las y los menores son trasladados ilícitamente a causa de una situación de violencia de género/doméstica, toda vez que el art. 11.4 RBr. II bis parece obviar que el secuestro de menores, en no pocas ocasiones, puede venir motivado por estas delicadas circunstancias⁷⁸. Al no tenerlas en cuenta, se facilita en gran medida que la o el menor sea retornado al medio donde se encuentra su exposición al peligro. Para paliar dichas situaciones, el legislador de la UE impone adoptar medidas adecuadas para garantizar la protección de la o del menor una vez tomada la decisión de ser restituido, pero ni las describe ni tampoco indica cuáles deben ser las autoridades encargadas para ello. Pese a la profusión de instrumentos jurídicos y medidas específicas de lucha contra la violencia de género en la UE⁷⁹, echamos en falta su implementación en materia de sustracción internacional de menores.

⁷² Véase Doc. Pre. N° 3 de junio de 2017, pp. 76 y ss., en <https://www.hcch.net>

⁷³ Véase E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La oposición al retorno del menor secuestrado...", *loc. cit.*, pp. 9 y ss.

⁷⁴ Como también afirma H. BALE, "Taking Flight—Domestic Violence and Child...", *loc. cit.*

⁷⁵ Opinión también resaltada E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La oposición al retorno del menor secuestrado...", *loc. cit.* pp. 8 y ss.

⁷⁶ *Vid.* I. REIG FABADO, "El traslado ilícito de menores en la unión europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2018, Vol. 10, N° 1, pp. 610-619, en esp. p. 615; *Id.*, "Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de La Haya de 1980", en LLORIA GARCÍA, P. (COORD.). *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*. Madrid. Iustel, 2008, pp. 220-228.

⁷⁷ *Vid.* P. McELEVAY, "The New Child Abduction Regime in the European Community: Symbiotic Relationship or Forced Partnership?", *Journal of Private International Law*, 2005, pp. 5-34.

⁷⁸ La doctrina ya viene alertando de esta problemática [M. H. WEINER, "International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence", *Fordham Law Review*, 2000, vol. 69, pp. 593-706, disponible <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss2/6/>, (consultado el 7 de junio de 2018); M. KAYE, "The Hague Convention and the flight from domestic violence...", *loc. cit.*, pp. 191-212, aunque faltan estadísticas específicas sobre sustracción internacional de menores y violencia de género. No obstante, sí se aprecia un incremento en el ámbito judicial español de casos se alega el no retorno basado en el art. 13.1 b) del CLH 1980 con motivo de la violencia machista sufrida por la progenitora sustractora. Para un estudio de la jurisprudencia española en este sentido véase C. RUIZ SUTIL, "El enfoque de género en la sustracción internacional de menores", J. M^º. GIL RUIZ (coord.), *El Convenio de Estambul como marco del Derecho antisubordinador*, Madrid, Edit. Dykinson, 2018, pp. 245-275 (en prensa).

⁷⁹ Véase el epígrafe número 2 de este trabajo o la obra de J. M^º. GIL RUIZ, "Nuevos instrumentos vinculantes para una ciencia de la legislación renovada: Impacto normativo y de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2013, 47, pp. 15-42.

32. Como consecuencia de ello, subsisten aspectos negativos que dificultan la localización del interés superior del o de la menor en estas especiales circunstancias, como la ausencia de conexión de la violencia de género con la excepción del grave riesgo del art. 13.1 b) LH 1980⁸⁰, la imprecisión de la prueba de la violencia de género⁸¹ en estos procesos tan sumarísimos y la consideración del hijo o hija como víctima directa de los malos tratos y su impacto en la devolución al país de residencia habitual⁸². Si comprobamos algunas decisiones españolas, como en el Auto de la AP de Barcelona de 23 de abril de 2012⁸³, dicha Sala se centra en que para fallar la no restitución del o de la menor no basta con una mera referencia a una situación de riesgo o perjuicio si fuese devuelto, sino que ha de ser particularmente probada⁸⁴, a pesar de poder demostrar la violencia de género. En similar sentido, un nutrido grupo de resoluciones dictadas por nuestras autoridades judiciales obligan al retorno del o de la menor sustraído ilícitamente a España, por no considerarlo víctima directa de los malos tratos ocasionados a su progenitora. Esta jurisprudencia, pese a que, por un lado, considera que una situación de violencia de género “*crea un clima censurable y negativo que no beneficia a los hijos*”, y que, “*la gravedad de los insultos e injurias del padre hacia la madre puede influir negativamente en el menor*”, por otro lado, entiende que para demostrar este extremo resulta necesario un estudio psicológico pormenorizado imposible de aportar en estos procesos debido a su celeridad⁸⁵.

⁸⁰ B. HALE, “Taking Flight—Domestic Violence and Child Abduction”, *Current Legal Problems*, Volume 70, Issue 1, 1 December 2017, pp. 3–16, <https://doi.org/10.1093/clp/cux001>, describe una serie de escenarios en los que es posible que se establezca la excepción del art. 13.1.b) cuando se alega violencia de género o doméstica.

⁸¹ En el Derecho interno español, la condición de víctima de violencia de género es una de las reformas polémicas que introduce el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género (BOE núm.188, 4 de agosto de 2018), donde el art. 23 de la Ley integral es objeto de modificación con una doble finalidad. Por una parte, para concretar y ampliar los títulos judiciales habilitantes para acreditar la condición de víctima de violencia de género; y, por otra parte, para establecer otros títulos no judiciales habilitantes para los casos en los que no hay denuncia y, en consecuencia, tampoco existe procedimiento judicial abierto. La ampliación de los mecanismos de acreditación de las situaciones de violencia de género se basa, entre otras cuestiones, en el art. 18.3 del Convenio de Estambul, que exige no supeditar la protección de las víctimas de violencia de género al ejercicio por parte de aquéllas de acciones legales ni a la declaración contra el autor. Hasta este momento, se operaba con una orden de protección a su favor expedida por el correspondiente Juzgado de Violencia sobre la Mujer o de Primera Instancia e Instrucción) con arreglo al art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; con un Informe del Ministerio Fiscal cuando se indique que existen indicios de que la demandante es víctima de violencia de género; con una sentencia condenatoria; con una resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género que concluye el procedimiento penal, archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento o encontrarse el imputado en paradero desconocido o el sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado. Al art. 23 de la Ley integral se le añade el siguiente párrafo: “también podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos”.

⁸² Vid. C. VAQUERO LÓPEZ, “Matrimonio y maternidad: cuestiones de derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 439-465, esp. pp. 460-465, donde defiende que la solución del litigio con dicha perspectiva plantea un importante problema de prueba, cuya valoración exige una formación específica desde esta óptica.

⁸³ (EDJ 2012/138274, www.elderecholefebvre.com).

⁸⁴ Véase el FJ 1, donde finalmente, no se demostró el grave riesgo del o de la menor y se decide su restitución a Inglaterra.

⁸⁵ Dichos argumentos han sido recogidos en las respuestas otorgadas a las solicitudes de restitución procedentes de Estados vinculados o no por el RBr. II bis, tal y como se puede verificar en la SAP de Alicante de 20 de enero de 2016 (EDJ 2016/91058, www.elderecholefebvre.com), donde en su FJ 5 se expone que: “la existencia de adveración sobre la denuncia en España de violencia del padre sobre la madre y puesto que todas las denuncias habían sido archivadas” ocasionó que el órgano competente estimara la restitución de los menores a Chile. En la SAP de Málaga, de 30 de abril de 2015 (EDJ 2015/222469, www.elderecholefebvre.com) se señala en su FJ 2: “...incluso sin desconocer que en el matrimonio constituido entre la demandada (hoy apelante) y su esposo han existido algunos episodios de violencia doméstica, no estima que los mismos sean de la entidad suficiente para impedir el retorno, al no constar que los episodios protagonizados por el padre les afectasen directamente a los menores, todo ello sin desconocer lo negativo que para los menores supone presenciar episodios de violencia en el seno familiar”. En la SAP de Baleares, de 9 de mayo de 2016 (EDJ 2016/87715, www.elderecholefebvre.com) se aportó el expediente de violencia familiar tramitado en un tribunal de Argentina y del que no se pudo inferir el requisito exigido en el art. 13.b) CLH 1980 para justificar la no devolución del o de la menor. La SAP de Las Palmas, de 25 de julio de 2016 (EDJ 2016/297445, www.elderecholefebvre.com) afirma que la madre es quien tiene la carga de acreditar que, con la restitución del o de la menor a Bélgica, el menor va a sufrir un grave riesgo físico o psíquico o se expondrá a una situación intolerable. No se admite, *a priori*, que los malos tratos sufridos por la madre sean un riesgo psíquico para el hijo e hija, aunque dichos actos delictivos se hayan ocasionado en presencia del o de la menor (FJ 2). La SAP Las Palmas de 9 febrero de 2017 (EDJ 2017/93957, www.elderecholefebvre.com), en su FJ 2 dispone que: “*aunque*

33. El impacto de la violencia de género en decisiones de retorno tampoco ha sido considerado en la STC (Sala 2ª), de 1 febrero de 2016⁸⁶, incluso cuando se había admitido un episodio violento concreto (FJ 3) y donde existían varias denuncias por violencia de género de la madre contra el padre, tanto en España⁸⁷ como en Suiza. En esta oportunidad, el TC optó por acogerse al motivo recogido en el art. 12 del CLH 1980 para fallar el retorno de una menor a Suiza, tras considerar que había quedado integrada en España debido a las dilaciones del procedimiento de restitución⁸⁸. En todo caso, el Alto tribunal ha malgastado una oportunidad única para trazar algunas directrices sobre la incidencia de la violencia de género en la aplicación del art. 13.b) del CLH 1980, al margen de la eventual situación de integración de la hija en nuestro país (FJ 10)⁸⁹. Ciertamente es que el elemento de integración de la menor en España ha sido concluyente para la decisión de no retorno, teniendo presente que para su interpretación se aplicaba CLH 1996, por ser Suiza el país de residencia habitual anterior de la menor⁹⁰.

34. Como observamos, aún perviven flecos en relación con las decisiones de retorno y la valoración del grave riesgo en los y las menores cuando concurre violencia de género. Este panorama origina un difícil ajuste entre la acreditación de estos hechos delictivos y la alegación del motivo de grave riesgo del o de la menor para su retorno. La falta de interconexión entre ambos extremos ocasiona que las

indirectamente pueda admitirse a priori el riesgo psíquico de la menor de presenciar malos tratos de palabra o de obra sobre su madre, decíamos quién tiene la carga de acreditar dicha excepción es quien la opone y dicha prueba no existe y no existe porque esta Sala no puede convertirse en un órgano penal que determine si efectivamente la madre o la menor ha sufrido daños físicos, coacciones, injurias o maltrato de palabra y obra que haya repercutido y vayan a seguir repercutiendo a su vez en la integridad psíquica de la hija, aportando una denuncia que no consta haya prosperado en Letonia y todo ello obviamente sin perjuicio de lo que puedan adoptar las autoridades judiciales letonas tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil en el que deberá resolverse si concurren o no circunstancias que justifiquen el cambio de domicilio". En la Sentencia núm. 754/16 del juzgado núm. 3 de Primera instancia de Granada, de 14 de diciembre de 2016 y en la posterior SAP de Granada núm. 152/2017, de 21 de abril de 2017 (resoluciones facilitadas por la amabilidad de Francisca Granados, Asesora del Centro de la Mujer de Maracena, en Granada), se condena a la inmediata restitución a Italia de los hijos menores sustraídos, a pesar de probar la violencia de género mediante una sentencia penal española. Dicha situación se argumenta en la resolución de primera instancia en los siguientes términos: "...entre los progenitores existen episodios de violencia de género, pero que no consta que afectasen directamente a los hijos, todo ello sin desconocer lo negativo que para los menores supone presencias la violencia en el seno familiar" (FJ 2).

⁸⁶ (EDJ 2016/2237, www.elderecholefebvre). El Auto recurrido descarta la existencia de riesgo para la menor de forma imprecisa, sin concretar los datos en que se basa, aunque entrar a valorar hechos pendientes ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer, donde el padre de la menor está imputado y ha reconocido los malos tratos. Dicha resolución es comentada particularmente C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "El interés superior del menor: la integración en el nuevo medio", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, vol. 8, N° 2, 77-91.

⁸⁷ Ante las denuncias formuladas por la madre contra el padre por violencia de género, el Juzgado de Violencia contra la mujer es el órgano competente por los malos tratos cometidos en España.

⁸⁸ FJ 10, el TC reconoce que, "...el procedimiento se promueve trascurridos apenas tres meses desde que tuvo lugar el hecho que le da origen. Su definitiva terminación, sin embargo, hasta la resolución del recurso de apelación, se retrasa a abril de 2015, lo que supone que desde los hechos acaecidos en agosto de 2013 hasta la finalización del procedimiento han transcurrido casi veinte meses. En este prolongado periodo de tiempo, y sin olvidar la corta edad con que cuenta la menor (seis años en la actualidad), resulta patente que ha podido producirse una plena integración de la niña en su nuevo medio, lo que es necesario, en todo caso, valorar, a fin de hacer efectivo el principio de superior interés de la menor. En consecuencia, la situación de integración de la menor, por exigencia del principio de interés superior de la misma, imponía una valoración, omitida en la resolución impugnada, que ponderase el conjunto de circunstancias como la edad, el entorno y la convivencia habitual, incrementada con la presencia de un nuevo miembro en el contexto familiar y la escolarización desde el año 2013 de la niña en España, lo que genera el reconocimiento de la insuficiencia de motivación en la resolución impugnada que es inherente al contenido constitucional del art. 24.1 CE".

⁸⁹ Aunque no proceda valorar la integración del o de la menor en el procedimiento de restitución sustanciado en el ámbito del CLH de 1980, al no haber transcurrido el mencionado plazo de un año en el sentido de su art. 12, no significa que dicha integración no merezca ser tomada en consideración en el ámbito de otro procedimiento. Así, con independencia de las causas de la falta de celeridad, no cabe negar que la permanencia del o de la menor en el país de la sustracción durante ese tiempo puede estar provocando su integración en dicho país.

⁹⁰ Hay que tener presente que según el art. 7.b) CLH 1996, el período de un año empieza a contar a partir de la fecha en que la persona, institución u organismo que tenga los derechos de guarda conozca o debiera haber conocido el paradero del niño. En su caso, si fuese aplicable el art. 12.2 CLH 1980, la fecha en la que se produjo la sustracción es la que empieza a contar para que trascurra el plazo de un año y no ordenar la restitución si se demuestra que el niño está integrado en su nuevo ámbito. Sobre el tema, véase P. LAGARDE, *Informe explicativo del CLH 1996*. Texto adoptado por la XVIII Sesión, Oficina permanente de la Conferencia de La Haya, Holanda, 1996. Para jurisprudencia y comentario respecto de la interpretación del término "integrado" en el art. 12(2) CLH 1980, véase la Base de Datos sobre Sustracción de Niños - INCADAT: www.incadat.com.

autoridades judiciales, en raras ocasiones, emitan una decisión de no restitución. De hecho, la solución mayoritaria otorgada por los jueces españoles se ajusta al retorno inmediato, tal y como ordenan los instrumentos internacionales, sin abordar una respuesta implementada en relación a la violencia machista. Desde el ámbito jurisprudencial, echamos en falta un análisis más reposado de cómo debe admitirse en dichos procedimientos la existencia de violencia machista y su repercusión en los hijos e hijas y asegurar una resolución que garantice un entorno “libre de violencia”.

2. Aspectos relevantes del Texto de Refundición en el tratamiento de la sustracción internacional de menores y la violencia de género

35. El capítulo III del Texto de Refundición dedica una sección específica para la situación de las y de los niños que han sido sustraídos ilícitamente (arts. 21 a 26 del Texto de Refundición). Nos llama la atención que dicha normativa entre a detallar, sobre todo, los aspectos procesales de la sustracción internacional y el retorno. Entre las nuevas obligaciones destacan la concentración de la competencia en los casos de sustracción de menores en un número limitado de tribunales, acompañada de una especialización⁹¹; la posibilidad de recurrir una sola vez la orden de restitución (art. 25.4); la previsión de un período máximo de 18 semanas en todas las fases de la sustracción internacional (arts. 23.1), incluida la fase de ejecución (art. 32.4)⁹²; la invitación de manera explícita a que el juez examine si una orden de restitución debe declararse provisionalmente ejecutable, sin perjuicio del cualquier posible recurso, teniendo en cuenta el interés del o de la menor (art. 25.3) o la promoción del recurso a la mediación, vigilando que esta vía alternativa de solución de controversias no se convierta en un elemento dilatorio del proceso (art. 23.2). La última Resolución legislativa del Parlamento sobre el Texto de Refundición de 18 de enero de 2018 añade el apartado 5bis al art. 25 para requerir al juez que haya ordenado la decisión de retorno que la comunique a la autoridad central del Estado miembro de residencia habitual, así como la fecha en la que surtirá efecto.

36. En cualquier caso, en este epígrafe prestaremos atención a varias modificaciones introducidas para sopesar su influencia en el tratamiento de las sustracciones de menores en contexto de violencia de género y el grave riesgo de su retorno al país de la residencia habitual.

37. En primer lugar, si comparamos las correcciones impuestas por el Texto de Refundición a la aplicación del art. 13.b) del CLH 1980, evidenciamos que la nueva formulación del art. 25 mantiene una respuesta similar al vigente 11.4 RBr. II bis. Al mantener el mecanismo generalizado del retorno inmediato, se sigue sin atender debidamente a las situaciones de violencia de género⁹³. La doctrina viene sosteniendo que para responder de forma más adecuada se debería incluir una referencia expresa a la violencia de género/doméstica o, en su caso, establecer la imposibilidad de retornar cuando la sustracción venga originada por la violencia machista⁹⁴, planteamientos que de momento no han sido incorporados en el art. 25 Texto de Refundición. Únicamente, este precepto se dedica a reforzar la cooperación

⁹¹ Tal y como prevé el considerando 26 del nuevo texto. Según E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Refundición del Reglamento Bruselas II bis; de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, 2017, núm.1, vol. 69, pp. 139-165, en esp. p. 143, nota 11, la especialización de los juzgados deriva de la Guía de Buenas Prácticas del CLH 1980 del año 2003 y que el actual art. 778 *quarter* (2) de la LEC viene a confirmarlo.

⁹² Según el considerando 27 del nuevo texto, cuando las autoridades centrales inicien o faciliten el inicio de procedimientos judiciales para la restitución de un menor, deberán garantizar que el expediente elaborado para tales procedimientos se complete en un plazo de seis semanas, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible. A fin de permitir a la autoridad central requerida cumplir este plazo, la autoridad central requirente deberá ponerse en estrecho contacto con el solicitante y responder sin demora a cualquier solicitud de información adicional o documentos que falten procedentes de la autoridad central requerida.

⁹³ La doctrina viene criticando en similar sentido el vigente art. 11.4 RBR. II bis. *Vid.* K. TRIMMINGS, *Child Abduction within the European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 144.

⁹⁴ Véase K. TRIMMINGS, *Child Abduction...*, *op. cit.*, pp. 149-155. M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 6, 2006, pp. 179-194, pp. 190-192, en esp. p. 194 sostiene que la redacción del art. 11.4 del RBr. II bis permite superar la debilidad de los *undertakings* al ofrecer también medidas de protección al progenitor sustractor que ha huido de la violencia.

internacional entre autoridades, particularmente la adopción de las medidas cautelares o provisionales y en el derecho a oír la opinión del o de la menor en dicho procedimiento.

38. Ahora bien, si el legislador de la UE decidiera a afrontar la violencia de género en la regulación de la sustracción internacional de menores, tal y como requiere el Convenio de Estambul, una de las posibles modificaciones se encaminaría a que las autoridades de la residencia habitual de la o del menor puedan declinar su competencia a favor de las autoridades del Estado donde se halle retenido ilícitamente, dada la vulnerabilidad de las víctimas para afrontar un regreso al país donde se encuentra el presunto agresor⁹⁵. Evidentemente, esta solución excepcionaría las reglas contempladas en el CLH 1980 y en el actual RBr. II bis, en las que únicamente resulta competente la autoridad de origen de la residencia habitual para cualquier aspecto derivado de la responsabilidad parental. En este sentido, es interesante el punto de vista del Juez canadiense Chamberland que apuesta por el aplazamiento de la restitución hasta que las autoridades de la residencia habitual se pronuncien sobre la custodia⁹⁶, siempre se logre acreditar que la huida al extranjero fue motivada por la violencia de género.

39. La apuesta por la transferencia de la competencia en situaciones difíciles aparece recogida en el considerando 18 de la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de enero de 2018, sobre el Texto de Refundición, donde se insiste en que *“Merece una atención especial el hecho de que, en casos excepcionales, como los casos de violencia doméstica o de género, las autoridades del Estado miembro de la residencia habitual del menor pueden no ser la autoridad más apropiada para conocer del asunto. La autoridad competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, puede remitir el asunto a la autoridad de otro Estado miembro que esté mejor situada para conocer el asunto. Ahora bien, en este caso se debe recabar en primer lugar la aprobación de la autoridad a la que se remitió la competencia, ya que, una vez que ha aceptado examinar el asunto, no puede remitirla a su vez a una tercera autoridad. Antes de proceder a una transferencia de competencia, es fundamental examinar y tener plenamente en cuenta el interés superior del menor...”*. Si finalmente este considerando quedase aprobado en dichos términos, resultaría una postura firme por parte de la Unión en implementar la problemática de la violencia de género/doméstica en el instrumento europeo de referencia en materia de familia y menores. Lo cierto es que la violencia de género o doméstica todavía no se contemplan en los articulados relativos a la competencia judicial de la responsabilidad parental (art. 7 del Texto de Refundición) ni en los de sustracción internacional (art. 25 y siguientes del Texto de Refundición). La dificultad para la aprobación de este tipo de correcciones deriva del importante cambio que supondría la orientación conceptual del CLH 1980 y, sobre todo, la excepción al principio de confianza entre Estados miembros en beneficio del interés del o de la menor en escenarios de violencia de género.

40. En segundo lugar, otro de los aspectos relevantes es el derecho del niño o niña a ser oído⁹⁷, que implica escuchar sus deseos, sentimientos y opiniones para que sean valorados en el contexto de una decisión de retorno al país de origen⁹⁸. El actual art. 11.2 RBr. II bis dispone que los tribunales pueden dar audiencia a la persona menor durante el proceso en caso de aplicarse los art. 12 y 13 del CLH 1980, a menos que no se considere conveniente, habida cuenta de su edad o grado de madurez. En el Texto de

⁹⁵ Vid. M. H. WEINER, “International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence”, *Fordham Law Review*, 2000, vol. 69, pp. 593-706, disponible <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss2/6/> (consultado el 7 de junio de 2018).

⁹⁶ Vid. J. CHAMBERLAND, “Violencia doméstica y sustracción internacional de niños: algunas pautas de reflexión. Enfoque especial: el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños”, *Boletín de los Jueces*, vol. X, 2005, pp. 42-47.

⁹⁷ El art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño; el art. 3, art. 6 b), párrafo segundo de la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños; el art. 11.2 del RBr. II bis, entre otros articulados, han establecido una obligación de analizar los deseos y sentimientos del niño y tomarlos debidamente en cuenta en ciertos procesos judiciales relacionados con el niño, considerando la edad y la madurez del niño.

⁹⁸ Cuestión ya manifestada por HCCH, *Guía de buenas prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Cuarta parte-Ejecución*, 2010, pp. 31-34, en <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/publications2/guides-to-good-practice>.

Refundición, la audiencia se refuerza con las modificaciones previstas en los arts. 20 y 24, donde se distingue entre dar la oportunidad de ser oído (en condiciones de formarse un juicio propio y expresar sus propias opiniones) y la importancia que debe dar el juez a la opinión de los o de las menores, en atención a su edad y madurez. Ambos aspectos deben consignarse tanto en la resolución, como en su certificado anejo de ejecutividad (art. 53.5), de manera que la autoridad que haya instado el reconocimiento de una resolución dictada en otro Estado miembro no podrá negarse a reconocerla por el mero hecho de que la audiencia del o de la menor no se formalizara conforme sus propias normas procesales⁹⁹.

41. En este sentido, el Considerando 19 del Texto de Refundición recomienda que en la exploración del o de la menor sea efectuada por profesionales cualificados, que posean la capacitación y los conocimientos especializados adecuados y su alcance en los procedimientos de restitución internacional, a fin de detectar indicios de traumatismo o posible manipulación o represalias¹⁰⁰. Dicha especialización debe alcanzar a la valoración del grave riesgo en la devolución cuando consta la existencia de una situación de violencia de género. Desde nuestro punto de vista, el dictamen pericial que puede exigir el juez español conforme al art. 299.1 párrafo 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la hora de resolver el retorno en estas delicadas circunstancias, podría ser realizado por los equipos especialistas e interdisciplinarios en violencia de género, con la finalidad de valorar su alcance en dicha decisión, al margen de si se entrara a enjuiciar ante nuestras autoridades el delito de violencia de género. La invocación del art. 13.1 b) del CLH 1980 en estos especiales entornos debe conducir a tener en cuenta la seguridad y el bienestar de la persona menor¹⁰¹.

42. En tercer lugar, tenemos que ocuparnos del “mecanismo de última palabra o segunda instancia” y el impacto nocivo que ocasiona a los casos de sustracciones internacionales motivados por la violencia de género. Actualmente, la autoridad del Estado de origen puede revisar la decisión de no devolución de la o del menor (apartados 6 a 8 del art. 11 RBr. II bis), sistema que viene siendo muy cuestionado¹⁰². Tal y como viene denunciando un sector doctrinal español¹⁰³, este tipo de respuestas articuladas en la normativa de la UE son fruto de la consecución de determinados fines comunitarios, aventurando la consecución del interés superior del o de la menor. La propuesta de refundición del RBr. II bis introduce algunas mejoras dicho mecanismo de segunda instancia¹⁰⁴. Entre ellas, facilitar la comunicación entre las autoridades implicadas, incluso a través de las autoridades centrales y la Red judicial europea (art. 26.2 del Texto de Refundición). También obliga a la traducción de la resolución adoptada por la autoridad que deniega la restitución (art. 26.2 del Texto de Refundición), debiendo especificar el motivo de excepción del CLH 1980 en el que se fundamenta la resolución de no retorno (art. 26.1 del Texto de Refundición).

⁹⁹ Tal y como señala la propuesta de Reglamento Br. II bis COM (2016) 411 final, pp. 4 y 5, donde se reconoce que en este aspecto surgen dificultades por el hecho de que los Estados miembros disponen de normas divergentes que regulan la audiencia del menor.

¹⁰⁰ Conclusiones y Recomendaciones de la Sexta Reunión de la Comisión Especial de la Conferencia de La Haya, Doc. Pre. N° 14 de noviembre de 2011 a la atención al funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños, en <https://www.hcch.net>.

¹⁰¹ El Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13.b) CLH 1980 recomienda que el menor sea entrevistado por individuos con la capacitación y los conocimientos especializados adecuados para escuchar a menores, ya sea un juez, un perito u otra persona y, de ser posible, con conocimientos y entendimiento del alcance de los procedimientos de restitución y debería también tener conocimientos especializados en la materia de alegación del grave riesgo, como por ejemplo en violencia de género y sus efectos en los niños. Véase Doc. Pre. N° 3 de junio de 2017, pp. 50 y 51, en <https://www.hcch.net>.

¹⁰² Tal y como expone E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La oposición al retorno del menor...” *loc. cit.*, pp. 17-19. Al respecto del proceso de elaboración de este mecanismo y la falta de fundamento de las medidas adoptadas puede verse K. TRIMMINGS, *Child Abduction...*, *op. cit.*, pp. 25-69; en lo relativo a la efectividad del mecanismo, muy críticos P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, “Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)-(8) proceedings across the EU”, *Journal of Private International Law*, 2016, vol.12, pp. 211-260.

¹⁰³ *Vid.* RODRÍGUEZ PINEAU, E. (2004). El nuevo Reglamento Comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental. *Diario La Ley*, n° 5944, año XXV, 30 enero, Ref.º D- 25, pp. 1 – 18, p. 3, en <http://www.laley.net>.

¹⁰⁴ Estos términos aparecen en E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento...”, *op. cit.*, p. 145; ID., “La oposición al retorno del menor...”, *loc. cit.*, pp. 21-22.

43. El Estado de la residencia habitual del menor, por su parte, que examina la custodia teniendo en cuenta el interés superior de las o de los menores¹⁰⁵, si recibe las reclamaciones oportunas dentro del plazo fijado, deberá también argumentar las razones y las pruebas en las que se fundamentó la originaria resolución de denegación del retorno emitida por la autoridad requerida (art. 26.4 del Texto de Refundición). Una vez dictada la resolución sobre custodia y que ordene la restitución del menor, ésta será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del Capítulo III, con el fin de garantizar la inmediata restitución del menor¹⁰⁶, sin necesidad de pronunciamiento jurisdiccional para ello (art. 26.4 último inciso del Texto Refundido), salvo la emisión del certificado correspondiente del art. 53.6 del Texto de Refundición¹⁰⁷. Esto puede ocasionar un cierto desconcierto a la autoridad del Estado requerido que decide no restituir a la o al menor por ser expuesto a una situación de grave riesgo motivada por la violencia de género. Dicha autoridad quedará obligada a ejecutar la última resolución de retorno y devolver al menor al país de su residencia habitual. No obstante, es posible abrir una vía de oposición a la ejecución de dicha resolución de retorno en el Estado requerido, si concurre alguno de los motivos contemplados en el art. 38.1, apartados d) y f) del Texto de Refundición¹⁰⁸, como cuando la ejecución de la decisión de retorno fuese incompatibles con otra resolución dictada con posterioridad en el Estado requerido¹⁰⁹, como podría ser el caso de recaer una sentencia basada en violencia machista.

44. El sistema de oposición a la ejecución es aún más detallado y ampliado en el art. 40.2 del Texto de Refundición¹¹⁰, que otorga la vía del rechazo al retorno cuando sea contrario al orden público del Estado miembro donde se halle el menor, siempre que se base en una de las siguientes razones: “ a) *el menor, con edad y madurez suficiente, se opone a tal punto a la resolución, que la ejecución sería manifiestamente incompatible con el interés superior del menor; b) desde el momento en que se dictó la resolución, otras circunstancias han cambiado de tal manera que su ejecución sería manifiestamente incompatible con el interés superior del niño*”, como por ejemplo una enfermedad grave sobrevenida de la persona menor o si recayera una sentencia de violencia machista y se la coloca una situación intolerable¹¹¹. Ahora bien, si la denegación de la ejecución se fundamenta en las objeciones de la o el menor al regreso, las autoridades competentes del Estado miembro de ejecución deberán adoptar todas las medidas pertinentes destinadas a prepararlo para su vuelta al país de origen. Para ello, se establece la

¹⁰⁵ Véase el considerando 30.

¹⁰⁶ Véase la STJUE de 1 de julio de 2010, en el Asunto C-211/10 PPU, D. Povse contra M. Alpage (ECLU: EU: C-2010:400, <http://curia.europa.eu>), donde se aclara que, entre otras cuestiones, para que una resolución dictada en virtud del apartado 8 del art. 11 resulte ejecutiva en relación con la restitución de un menor no es necesario que haya procedimientos incoados sobre la custodia del menor ante el órgano jurisdiccional de origen. El art. 40 del RBr. II bis establece la aplicación de la Sección 4 “a la restitución de un menor a tenor de una resolución judicial que requiera dicha restitución, con arreglo al apartado 8 del art. 11”. La fuerza ejecutiva se extiende a la restitución del menor y se produce cuando el órgano judicial del Estado de origen extiende el correspondiente certificado, contenido en el anexo VII del *Reglamento 2201/2003*, que viene a legitimar la extensión de los efectos de una decisión nacional en los demás Estados comunitarios al margen de un procedimiento de ejecución. Lo que circula por el territorio es el certificado de la decisión y no la decisión en sí misma. Ello significa que la parte que invoque la ejecución de la resolución deba presentar, junto al certificado, copia de la resolución que demuestre que la misma reúne los requisitos necesarios para determinar su autenticidad. Asimismo se acompañarán, siempre que hayan sido necesarias, las medidas adoptadas por el órgano jurisdiccional o por las autoridades para garantizar la protección del menor tras su regreso al Estado de la residencia habitual.

¹⁰⁷ Véase el considerando 23 del RBr. II bis.

¹⁰⁸ Motivo ya existente en el actual art. 47.2 último inciso del RBr. II bis.

¹⁰⁹ En relación con la sustracción internacional de menores resulta especialmente interesante la STEDH de 24 de abril de 2003, asunto *Silvestre contra Austria* (EDJ 2003/7765, www.elderecholefebvre), que analiza un supuesto en el que el considerable lapso de tiempo transcurrido desde que se produjo el desplazamiento ilícito ha supuesto para la menor un cambio relevante de circunstancias, al haber perdido todo contacto con el padre, mientras que sus lazos con la madre y parientes maternos se han fortalecido. Así, el retorno de la menor la expondría a serios daños psicológicos. El TEDH admite que un cambio en los hechos puede justificar excepcionalmente la no ejecución de una orden de retorno definitiva. Sin embargo, llama la atención que ese cambio no debe derivar de la ineficacia o dilatación de la administración de justicia del Estado a la hora de adoptar las medidas para facilitar la ejecución de la orden de retorno.

¹¹⁰ Véase el considerando 37 de la propuesta del texto refundido.

¹¹¹ Con la actual legislación, el TJUE, en el Asunto C 211/10 PPU, D. Povse y M. Alpage, ECLU: EU: C-2010:400, párrafos 80-83, en <http://curia.europa.eu>, excluye la consideración de alegación de circunstancias sobrevenidas ante el juez del Estado requerido, permitiendo tal posibilidad solo ante el juez del Estado de origen.

cooperación entre las partes implicadas antes de denegar la ejecución, tal y como establece el art. 40.3 del Texto de Refundición.

45. Por consiguiente, comprobamos que el Texto de Refundición corrige el automatismo actual de ejecución de la decisión última de retorno cuando dicha ejecución vaya en contra del interés superior de la o del menor¹¹², con el riesgo de incrementar la desconfianza de los Estado miembros ante este tipo de soluciones y aumentar los plazos para el regreso de la o del menor.

46. En definitiva, existen varias propuestas establecidas en el Texto de Refundición que van a tener una repercusión en el tratamiento de las sustracciones de menores en contexto de violencia de género. Pese a ello, echamos en falta una verdadera implementación del Convenio de Estambul en las modificaciones del Texto de Refundición para hacer frente a la violencia machista, propuestas que dejan sin resolver cómo garantizar que una confianza impuesta ‘desde arriba’ en la cooperación entre autoridades y que sea trasladada a la protección efectiva de la o del menor sustraído¹¹³.

IV. El retorno seguro y la violencia de género en el contexto europeo

1. La “restitución segura” ante la violencia de género

47. Con el término restitución segura nos referimos a los supuestos en los que la o el menor acabe retornando cuando se alegue la excepción de grave riesgo del art. 13.1.b) del CLH 1980. A tal fin, deben establecerse medidas de seguridad y prevención para que el regreso se produzca sin exponerlo a situaciones de riesgo¹¹⁴, como las derivadas de la violencia de género o doméstica.

48. Tanto el actual art. 11.4 del RBr. II bis como el art. 25 del Texto de Refundición impiden que el Estado requerido resuelva con una decisión de no devolución, a pesar del grave riesgo, siempre que se hubieran adoptado las medidas adecuadas para garantizar el regreso del menor o de la menor al Estado miembro requirente. Al poner el acento en la adopción de medidas para asegurar el retorno, restringiendo el funcionamiento el art. 13.1.b) CLH 1980¹¹⁵, las soluciones deberían enfocarse desde este aspecto. Sin embargo, no se describen ni qué tipo de medidas, ni qué autoridad compete las adoptaría y las controlaría, ni cómo se articula un procedimiento a seguir¹¹⁶.

¹¹² Vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento...”, *op. cit.*, p. 151 y 152.

¹¹³ Compartimos la opinión de E. RODRÍGUEZ PINEAU. “La oposición al retorno del menor...”, *loc. cit.*, pp. 26 y 27.

¹¹⁴ Véase I. REIG FABADO, “El traslado ilícito de menores en la Unión...”, p. 616, que entra a analizar las medidas de retorno seguro en el ámbito de aplicación del CLH 1996.

¹¹⁵ BARNETT, A., “Eight Letters...”, *cit.* p. 9

¹¹⁶ Véase J. HOLLIDAY, “The Rights of the Child. Amending Brussels Ila”, *International Family Law*, 2015, pp. 38-39, p. 39, que plantea la posibilidad de utilizar medidas como las previstas en el art. 11 del Convenio de La Haya de 1996, solución que también sostiene H. VAN LOON, “The Brussels Ila Regulation: towards a review?”, *Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens*, Workshop for the JURI Committee, 2015, pp. 178-207, en especial 294 y 197, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf). En todo caso, la falta de medidas adecuadas en los procesos de restitución ya ha empezado a ser apreciada por la STEDH núm. 1437/09 de 12 de julio de 2011, en el asunto Sneersone y Kampanella contra Italia (disponible en HUDOC Case-Law Search en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-436>, consultado el 22 de mayo de 2018). La cuestión principal versaba específicamente sobre las denominadas «medidas adecuadas» a efectos del art. 11.4 RBr. II bis, que se consideraron insuficientes por parte del tribunal letón que dictó el retorno. El TEDH observa que las distintas sentencias de los tribunales italianos en relación a la custodia solicitada por el padre han fracasado en apreciar y atender a los riesgos identificados por las autoridades letonas en caso de que se produjera la restitución del menor. Los tribunales italianos nunca se refirieron a los daños potenciales de la salud psíquica de menor si fuese devuelto, perjuicios que fueron identificados en los pertinentes informes periciales. Por otra parte, la vivienda propuesta por el padre en Italia no ha sido inspeccionada ni por los tribunales italianos ni por otro tipo de autoridad o persona para asegurarse de que era un hogar adecuado para un niño pequeño. Todo esto hace pensar al TEDH que los tribunales italianos no cumplieron con una correcta evaluación de las dificultades que el menor podría encontrarse en Italia. Por tanto, el TEDH consideró que en la decisión italiana de retorno hubo una falta de motivación, por lo que violaba el art. 8 del CEDH. En todo caso, el TEDH ha establecido que, una vez que se haya constatado la ilicitud del traslado, las autoridades de un Estado parte del CLH 1980 tienen el deber de

49. La única referencia a las posibles medidas de regreso viene contemplada en la Guía práctica de aplicación del RBr. II bis¹¹⁷, donde se indica que deben formalizarse con carácter previo, sin ser suficiente la simple enunciación genérica de las mismas, pudiendo recabar ayuda de la autoridad central del Estado de origen¹¹⁸ para comprobar su veracidad y el alcance protector en el Estado requirente.

50. Desde el punto de vista práctico, dichas medidas de protección necesitan el apoyo tanto de las autoridades del Estado de origen como las del país de destino, tal y como ya se recoge en el art. 25 del nuevo Texto de Refundición, a fin de optimizar la efectividad del retorno del o de la menor. Asimismo, sigue siendo posible los compromisos (*undertakings*)¹¹⁹ realizados por las partes para que el regreso sea más eficaz y satisfaga la finalidad de protección de la persona menor¹²⁰.

51. El enfoque completo para formalizar un regreso seguro es atender también la posición de la progenitora maltratada que secuestra a sus hijos e hijas para huir de la violencia¹²¹. A menudo, la articulación de medidas adecuadas para el regreso seguro de todas las víctimas demuestra ser esencial para convencer a la madre, constituyendo una solución válida cuando el Estado requirente trate la cuestión de la violencia de género con un nivel “similar” de protección al del Estado requerido. No obstante, esta vía puede llegar a ser inapropiada, dado el carácter de especial vulnerabilidad de la víctima en relación a la intimidación a la que se puede ver sometida, sobre todo cuando el presunto maltratador tiene la (merecida) reputación de no respetar las órdenes de los tribunales¹²². Asimismo, existe un debate doctrinal sobre el alcance de las medidas para el retorno cuando comprendan la protección de la progenitora sustractora en casos de violencia de género, porque el Reglamento únicamente las enfoca para la persona menor¹²³. Incluso se cuestiona algunas de ellas, como el otorgamiento de una vivienda de acogida para garantizar un retorno libre de violencia de género, ya que surge la duda de si ello se ajusta al ámbito civil del RBr. II bis¹²⁴. En todo caso, recordemos que estas medidas pervivirán hasta que el órgano jurisdiccional competente en materia de responsabilidad parental concrete las definitivas (art. 25.5 del Texto de refundición). Lo cierto es que descubrir qué medidas de protección están disponibles en el Estado de origen y

emplear los medios adecuados y efectivos para asegurar la restitución del menor. Su incumplimiento constituye una violación del art. 8 (respeto de la vida familiar) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹¹⁷ Véase Comisión Europea, *La Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, 2013, pp. 48-49, en [file:///C:/Users/ACER1/Downloads/brussels_ii_practice_guide_es\(3\).pdf](file:///C:/Users/ACER1/Downloads/brussels_ii_practice_guide_es(3).pdf) (consultada el 20 de junio de 2018).

¹¹⁸ En todo caso, el marco normativo actual, la implementación de estas medidas en el Estado de retorno queda garantizada en el art. 55, apartado b) RBr. II bis en relación a la cooperación internacional para los casos de responsabilidad parental.

¹¹⁹ En este sentido, *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores”, *VVAA, Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 640-653, esp. p. 646; *ibidem*, “Nota” a la SAAP Baleares de 23 de abril de 2003, *REDI*, vol. 56, nº 1, 2004, p. 359. P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia...*, *op. cit.*, p. 91, sostiene que la adopción de este “*undertaking*” presupone un grado de desconfianza en las autoridades del Estado de origen que no se compadece con los principios de Derecho comunitario.

¹²⁰ M. KAYE, “The Hague Convention and the Flight from Domestic Violence...”, *loc. cit.*, pp. 198-202. Por el contrario, P. RIPLEY, “A Defence of the Established Approach to the Grave Risk Exception in the Hague Abduction Convention”, *Journal of Private International Law*, vol. 4, 2008, pp. 443-477, en esp. pp. 464-465, sostiene que una interpretación estricta del art. 13.1.b) sigue siendo necesaria, aunque tal vez sea preciso reforzar el sistema de ejecución de las medidas adoptadas para proteger al menor que es devuelto a su Estado de origen, en particular incorporando medidas de protección al progenitor que no desea volver, así como el papel de la Autoridad Central conforme al art. 7(h) del Convenio. También M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género...”, *loc. cit.*, pp. 190-192, propone mantener la interpretación estricta del art. 13.1.b) pero ofrece como alternativa para los casos de violencia familiar la vía del art. 20 CH 1980.

¹²¹ C. BRUCH, “The Unmet Needs of Domestic Violence Victims and their Children in Hague Child Abduction Convention Cases”, *Family Law Quarterly*, 2004, vol. 38, pp. 529-545, 535.

¹²² *Vid.* J. CHAMBERLAND, “Violencia doméstica y sustracción internacional de niños: algunas pautas de reflexión...”, *loc. cit.*, pp. 42-47.

¹²³ P. BEAUMONT, L. WALKER, J. HOLLIDAY, “Parental responsibility and international child abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *International Family Law Journal*, 2016, pp. 307-318, en esp. p. 314, entienden que podría salvarse esta limitación interpretando de manera generosa el considerando 29 al entender que las medidas que se adoptan sobre el menor incluyen también al progenitor.

¹²⁴ P. WELLER, “Die Reform der EuEheVO”, *IPrax*, 2017, pp. 222-231, p. 226

si serán efectivas una vez haya regresado la progenitora y su prole mejoraría la tarea de las autoridades implicadas en el retorno seguro¹²⁵.

52. La legislación española tampoco tiene una respuesta para la adopción de medidas de regreso de menores sustraídos y expuestos a la violencia de género. Una solución sería acudir al actual art. 158, apartado 4, 5 y 6 del Código civil, reformado por la Ley 8/2015 de protección de la infancia y adolescencia, ya que se podrán otorgar medidas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un expediente de jurisdicción voluntaria. La actuación al amparo del este precepto debe regirse bajo los criterios del interés del o de la menor, la urgencia y la inminencia de un peligro o perjuicio, pudiendo limitar su uso a los supuestos que exijan esa respuesta tuitiva y urgente, de tal manera que sin la concurrencia de tales requisitos o premisas no debe acudir a la vía de dicho precepto.

53. Desde nuestro punto de vista, el retorno de las y los hijos en casos de violencia de género no puede quedar minimizado a la mera existencia de medidas de protección, porque ello no garantiza el interés superior de la persona menor¹²⁶. Poner el foco únicamente en las medidas de protección para la restitución obviando la problemática vinculada a la violencia machista favorece la posición del maltratador¹²⁷ cuando, de verificarse su existencia, la decisión podría estar fundada en el no regreso de las víctimas¹²⁸.

2. La Orden Europea de Protección para un retorno seguro de las víctimas y de los hijos e hijas sustraídos cuando concurre violencia de género

54. En España, cuando la sustractora fundamenta la violencia de género como causa de la huida del Estado de la residencia habitual, si no ha iniciado los trámites en el país de origen, debe denunciarla, a pesar de que en la mayoría de las ocasiones, nuestras autoridades no posean competencia para juzgar el delito de malos tratos ocasionado en el extranjero. Ante esta denuncia de malos tratos, los juzgados y tribunales españoles tienen una serie de obligaciones que se configuran como el estatuto de seguridad para la víctima y sus hijos e hijas y que, en este epígrafe, trataremos de exponer.

55. El art. 1 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima se convierte en significativo para abordar la temática, ya que dispone que: “las disposiciones de esta Ley serán aplicables, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 17, a las víctimas de delitos cometidos en España o que puedan ser perseguidos en España, con independencia de su nacionalidad, de si son mayores o menores de edad o si disfrutaban o no de la residencia legal”. Del precepto se desprende que esta normativa se aplica a las víctimas que se hallen en España, a pesar de que los malos tratos se suscitaren en otros países de la Unión, estableciéndose una excepción frente a la territorialidad que rige la materia penal.

56. En consecuencia, la sustracción internacional de menores podría quedar resuelta por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer¹²⁹ cuando la huida del extranjero se debiese a la violencia de género y

¹²⁵ R. SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013, p. 270.

¹²⁶ P. BROWN AND J. MEIER, “Eight Letters Submitted to the U.S. State Department and the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law about a Draft Guide for Article 13(1) (b) and Related Draft Documents that were circulated for comment prior to the October 2017 meeting of the Seventh Special Commission on the 1980 Hague Child Abduction Convention at The Hague”, disponible en <https://law.ucdavis.edu/faculty/bruch/files/Letters-re-Hague-Convention.pdf>, p. 4/27.

¹²⁷ A. BARNETT, “Eight Letters Submitted to the U.S. State Department and the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law about a Draft Guide for Article 13(1) (b) and Related Draft Documents that were circulated for comment prior to the October 2017 meeting of the Seventh Special Commission on the 1980 Hague Child Abduction Convention at The Hague”, disponible en <https://law.ucdavis.edu/faculty/bruch/files/Letters-re-Hague-Convention.pdf>, “Eight Letters...”, p. 19.

¹²⁸ P. LUCAS, “Eight Letters Submitted to the U.S. State Department and the Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law about a Draft Guide for Article 13(1) (b) and Related Draft Documents that were circulated for comment prior to the October 2017 meeting of the Seventh Special Commission on the 1980 Hague Child Abduction Convention at The Hague”, disponible en <https://law.ucdavis.edu/faculty/bruch/files/Letters-re-Hague-Convention.pdf>, p. 6/70.

¹²⁹ Hay algún autor está en desacuerdo con tal posibilidad. Véase a F. J. Forcada Miranda, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr.*, 2016, núm. 3, en <http://www.millenniumdipr.com/>.

ésta se denunciara ante la autoridad española. Sin embargo, en la actualidad, esta solución únicamente sería factible si la violencia de género se ocasiona en territorio español o, si no fuese así, se cumplieran los rigurosos presupuestos del art. 23.4 l) LOPJ¹³⁰. No obstante, una vez formulada denuncia por la víctima de violencia de género y solicitadas medidas cautelares y/o limitativas de derechos en la orden de protección, el Juzgado específico¹³¹ estará obligado a admitir la denuncia y, en todo caso, resolver sobre dichas medidas por *mor* de lo establecido en el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento criminal¹³². Esta misma autoridad solucionará los problemas derivados de la atribución de la competencia territorial (art. 544 ter, tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹³³).

57. A pesar de que las autoridades españolas zanjen no dar curso a la investigación por falta de jurisdicción y trasladen la denuncia al tribunal extranjero donde ocurrieron los hechos delictivos conforme dispone el art. 17 de la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima¹³⁴, quedan obligadas a la consideración del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su remisión a los arts. 544 bis y art. 544 ter del mismo cuerpo legal. Por tanto, el juzgado puede adoptar medidas de alejamiento e incomunicación y, en su caso, orden de protección. Evidentemente, si el presunto agresor se encuentra en el extranjero, no podrá comparecer, lo que justificaría el que no se otorgue ninguna medida de alejamiento *ex* art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque nada impide las de incomunicación, más aún si la víctima y sus hijos terminan por regresar al país donde aquél se encuentra.

58. En cuanto a las medidas referentes a los hijos o hijas, el art. 544 *quinquies* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal¹³⁵ dispone que caben emitir las siempre que “exista riesgo o posible desamparo de una o un menor...”. Tenemos que tener presente que la Ley integral 1/2004, tal y como ha quedado redactada por la Ley 8/2015 de protección de la infancia, en su disposición final tercera y siempre que un juzgado conozca de un asunto de violencia de género, obliga a resolver las cuestiones de la patria potestad, de custodia, de régimen de visitas y estancias o las comunicación con el otro progenitor, según los arts. 62.2 de dicha Ley integral¹³⁶. En ordenamiento jurídico español, todo menor hijo o hija de mujer maltratada pasa a ser víctima directa de violencia de género a los efectos de la Ley Integral.

argumenta que tras la entrada en vigor el 23 de julio de la Ley 15/2015, si se admitiera que un Juzgado de Violencia puede conocer de este tipo de procesos, el autor considera que se rompería la lograda concentración de la competencia en España en materia de sustracción internacional, se iría contra la voluntad del legislador de 2015 y se impondría un veto no deseado a la operativa de la mediación en estos casos. Además, entre las materias civiles competencia de los juzgados de violencia parece clara la no inclusión de estos procesos en la Ley 1/2004.

¹³⁰ Conforme a la redacción dada por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014).

¹³¹ En los casos que los Juzgados de Violencia sobre la mujer no ejerzan funciones de guardia, serán competentes los Juzgados de Instrucción que realicen la guardia. La posible competencia excepcional del Juez de Instrucción de Guardia del lugar donde se presente la Orden de Protección está clarificada en la Circular de la FGE nº 6/11.

¹³² Mediante el art. 13 Ley de Enjuiciamiento criminal se obliga al juzgador, dentro de las conocidas como primeras diligencias, a proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, con medidas a adoptar una vez formulada denuncia y durante la tramitación del procedimiento, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley.

¹³³ Que dispone: “...*En caso de suscitarse dudas acerca de la competencia territorial del juez (en relación a la violencia de género), deberá iniciar y resolver el procedimiento para la adopción de la orden de protección el juez ante el que se haya solicitado ésta, sin perjuicio de remitir con posterioridad las actuaciones a aquel que resulte competente*”.

¹³⁴ Artículo traspuesto conforme dicta el mismo precepto de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

¹³⁵ El art. 544 *quinquies* fue introducido por el apartado catorce de la disposición final primera de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, por tanto, es posterior a la última modificación del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que fue redactado por el artículo primero de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (*BOE* núm. 183, de 1 agosto de 2003).

¹³⁶ Que dispone que: “En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente deberá pronunciarse, en todo caso, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo, especialmente sobre las recogidas en los artículos 64, 65 y 66, determinando su plazo y su régimen de cumplimiento y, si procediera, las medidas complementarias a ellas que fueran precisas”.

59. Consideramos, por tanto, que interponer denuncia por un hecho delictivo cometido en la UE, en los términos del art. 17 del Estatuto de la Víctima, exige previamente la puesta en marcha de un primer juicio de valor sobre la competencia territorial y, una vez determinada esta, se asume el procedimiento como propio o, en su caso, remitir el asunto a la autoridad extranjera competente. Posteriormente, se debe entrar en si los hechos en sí son subsumibles en tipo delictivo, porque en otro caso sería rechazado a través del oportuno sobreseimiento. Es ahí donde debe operar el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, por ende, valorar la situación de la víctima y sus hijos o hijas y la necesidad de medidas de seguridad. Al juzgador se le debe de aportar, junto con la denuncia, elementos suficientes para poder enjuiciar la imposición de dichas medidas, que son meramente cautelares y que serán revisadas por el órgano que resulte competente en la UE cuando la víctima y su prole se trasladen al extranjero. Se trataría de una especie de garantía *in itinere*, con una duración mínima mientras que transcurre el tiempo entre la interposición de la denuncia, la determinación de la competencia territorial y la recepción definitiva del procedimiento por el órgano que resulte competente.

60. Una vez dictadas estas medidas cautelares, atendiendo a que la víctima y sus hijos e hijas acaben regresando al Estado miembro donde se encuentra su residencia habitual, la autoridad española aconsejará a las personas protegidas que presenten su solicitud de OEP antes de salir del territorio del Estado de emisión (art. 130 de la Ley 23/2014)¹³⁷. Tratándose de nuestro derecho interno, el título habilitante de una medida de protección, cuando es una medida cautelar, podría venir dado con arreglo a la legislación vigente por alguna de las siguientes resoluciones: a) un auto de medidas cautelares del art. 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: prohibición de residir, acudir a determinado lugar, aproximarse o comunicarse con una persona; b) una orden de protección de las reguladas en el art. 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; c) un auto de medidas de protección adoptadas al amparo de lo dispuesto en los arts. 62 y siguientes de la Ley integral 1/2004¹³⁸. De todos modos, de no ser así y cuando la víctima salga del país sin el dictado de la OEP, ésta podrá formular su solicitud en el Estado de ejecución ante los órganos judiciales competentes.

61. En los procesos de restitución de los menores expuestos a la violencia de género, la solicitud de la OEP tiene por finalidad asegurar que las medidas de protección sean continuadas en el Estado donde va a regresar la víctima y su prole¹³⁹, si bien se refieren únicamente a las de naturaleza penal¹⁴⁰. En todo caso, en relación a las medidas civiles adoptadas por la autoridad española según el art. 544

¹³⁷ La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, sobre la Orden Europea de Protección ha motivado la publicación de la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE núm. 282, de 21 de noviembre de 2014) y de la Ley Orgánica 6/2014 de 29 de octubre complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por las que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2014), modifico de nuevo el art. 87 ter de la LOPJ para incluir la letra g) en el párrafo 1 y atribuir la competencia a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer para la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley, entre los que se encuentra la Orden Europea de Protección. En este sentido, hay que tener en cuenta también el Reglamento 606/2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, se ha previsto como complementario a la Directiva 2011/99/UE. La existencia de dos instrumentos normativos distintos, una Directiva y un Reglamento, con mecanismos de reconocimiento distintos, aunque persiguen una misma finalidad y utilizan los mismos medios, resulta confusa. La originaria razón de desdoblamiento de las respuestas normativas deriva de las diferentes tradiciones jurídicas que parten normas europeas (naturaleza penal; civil o administrativa).

¹³⁸ Véase C. CUETO MORENO, "La orden europea de protección. Su transposición en el proyecto de ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea", *Revista de derecho constitucional europeo*, 2014, pp. 221-260.

¹³⁹ Sobre la puesta en práctica de la orden de protección europea véase FREIXES, T. Y ROMÁN, L. (DIRS.) (2015). *La orden europea de protección...*, op. cit., www.epogender.eu; NAVAS BLÁNQUEZ, J. J. (2017). La víctima de violencia de género en el espacio judicial. *Revista Violencia sobre la Mujer*; en <http://www.ajfv.es/wp-content/uploads/2017/05/BOLET%C3%8DN-VIOLENCIA-MAY-17.pdf> (consultado el 2 de junio de 2018).

¹⁴⁰ El art. 5 de la Directiva, dispone: a) la prohibición de entrar en determinadas localidades lugares o zonas definidas en las que la persona protegida reside o frecuenta; b) la prohibición o regulación de cualquier tipo de contacto o por cualquier tipo de medio con la persona protegida, y c) la prohibición o reglamentación del acercamiento a la persona protegida a una distancia menor de la indicada en la medida. En todo caso, la Directiva consta de 42 considerandos, muy útiles para interpretar y poner en contexto el contenido de los siguientes 25 artículos. *Vid.* más ampliamente T. FREIXES Y L. ROMÁN (DIRS.), *La orden europea de protección...*, op. cit., www.epogender.eu

quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, éstas tendrán que ser reconocidas mediante otros instrumentos, como es el RBr. II bis (art. 20). Este tipo de medidas avalan más seguridad en el retorno y no debe significar tener que dilatar el procedimiento de restitución, aunque nunca se debería anteponer la cuestión temporal al interés superior del o de la menor en un retorno seguro.

62. La solución que se acaba de presentar puede mejorar el bienestar y la seguridad de las víctimas ante la decisión obligada de regreso de las y de los hijos sustraídos al país de la residencia habitual, siempre que la orden de protección española como la europea se haga valer¹⁴¹ o sea conocida por la autoridad judicial que tenga competencia en materia de sustracción internacional de menores¹⁴².

IV. Conclusiones

63. Los debates sociales y jurídicos abiertos sobre los supuestos de sustracción internacional de menores en los que concurra una situación de violencia de género obligan a reflexionar críticamente sobre los motivos y/o reticencias de reconocer a este tipo de casos como violencia de género. Máxime teniendo en cuenta que, desde la entrada en vigor del Convenio de Estambul, el concepto de violencia contra las mujeres abarca también la protección de sus hijas e hijos, reconociéndoles el estatuto de víctimas de la violencia machista, incluso cuando son meramente testigos de dicha violencia estructural.

64. El sistema de resolución instaurado en el CLH 1980 tiene graves inconvenientes cuando la sustracción se produce en un contexto de violencia doméstica o de género, puesto que no permite valorar adecuadamente la protección del o de la menor en este escenario. La Conferencia de La Haya asume que esta problemática no ha sido abordada con precisión, aunque reconoce que ha de ser solventada con prontitud para alcanzar soluciones que promuevan una apreciación más uniforme del motivo más invocado para rechazar el retorno de los menores, como es el art. 13.1 b) CLH 1980.

65. Respecto a los desplazamientos ilícitos de menores realizados entre Estados miembros, el principal escollo viene derivado de la restricción en la aplicación del art. 13.1 b) CLH 1980, debido a la imposición del art. 11.4 RBr. II bis. Las autoridades requeridas de los Estados miembros se ven obligadas a adoptar decisiones de retorno, incluso cuando constatan el grave riesgo de las y los hijos expuestos a la violencia de género, siempre que se adopten las medidas adecuadas para un retorno seguro. A su vez, el mecanismo de última palabra instaurado en los arts. 11.6 y 11.8 RBr. II bis no arroja luz a la compleja realidad de la violencia de género y el secuestro ilícito de la o del menor, ya que la autoridad del país de origen puede terminar obligando a su regreso, incluso cuando previamente se decidió la no restitución. Todo ello refleja la obsesión por la consecución de espacio de libertad, igualdad y seguridad jurídica en el marco de la UE, sin reparar en la vulnerabilidad de las y los menores en contextos de ataque a la mujer.

66. En estos momentos, existe un procedimiento de revisión para la aprobación de un nuevo Texto de Refundición del RBr. II bis, en el que seguimos advirtiendo la falta de implementación entre lo dispuesto en el Convenio de Estambul y las soluciones contenidas en materia de sustracción internacional de menores. Ello provoca que reaparezca en repetidas ocasiones la tensión entre la protección del interés superior de la o del menor expuesto a la violencia de género y el refuerzo de la confianza mutua en el espacio judicial civil europeo. A pesar de esa falta interconexión, existen ciertas propuestas que pueden disminuir los riesgos que conlleva el procedimiento de sustracción ilícita de menores que trae su causa en la violencia de género, aunque no son suficientes. En todo caso, en estos momentos

¹⁴¹ La orden de protección podrá hacerse valer ante cualquier autoridad y Administración pública (art. 544 ter, apartado 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

¹⁴² Para ello, debería consultarse el Registro Central para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica, donde se inscriben las penas y medidas de seguridad impuestas en sentencia por delito; medidas cautelares y órdenes de protección acordadas en procedimientos penales en tramitación, en contra alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

seguimos prestando atención al proceso de tramitación del Texto de Refundición para comprobar si se refuerza -con independencia de si responde o no al anhelo de una mayor profundización en el proceso de integración- la protección integral de la o del menor sustraído con motivo de la violencia de género.

67. En el ordenamiento español, aún perviven flecos legislativos que mejoren la valoración del grave riesgo de las y los menores sustraídos en situaciones de violencia de género y el procedimiento para ser retornados. Este panorama origina que, desde el punto de vista de la jurisprudencia, se genere un difícil ajuste en los casos de violencia de género acreditada y la alegación del motivo de grave riesgo del o de la menor para su devolución. Desde nuestro punto de vista, la orden de protección europea puede ayudar a la víctima y a sus hijos e hijas a realizar un retorno más seguro al país que tendrá que decidir sobre los temas de responsabilidad parental y el impacto de la violencia de género. Los instrumentos europeos de reconocimiento mutuo de decisiones penales y civiles pueden generar una mejora de la situación.

68. En definitiva, consideramos necesaria la implementación del Convenio de Estambul en los textos europeos relativos a los procesos familiares y de menores. De esta manera sería más fácil romper la automaticidad de la restitución inmediata, generando garantías más precisas para las personas menores sustraídas por violencia de género/doméstica. Por ello, quedamos a la espera de la toma de decisiones contundentes por la UE y los Estados miembros para erradicar la patología de la huida de la madre con sus hijos e hijas por temor a los malos tratos.

HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA ADOPCIÓN SIMPLE EN EL DERECHO ESPAÑOL

TO THE RECOVERY OF SIMPLE ADOPTION IN SPANISH LAW

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

*Profesora Ayudante Doctora en Universidad San Jorge
Magistrado Suplente*

Recibido: 04.04.2018 / Aceptado: 25.04.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4393>

Resumen: En la actualidad, cobran fuerza nuevas tendencias que defienden el recurso a instituciones que, al mismo tiempo que proporcionan estabilidad, resultan menos rígidas que la adopción plena, entre las que se incluirían la adopción abierta y la adopción simple. El presente estudio analiza estas figuras, valorando las ventajas de una posible recuperación de la adopción simple en el Derecho español, en particular, desde la perspectiva del reconocimiento del derecho del adoptado a conocer sus orígenes y al desarrollo de su propia identidad. También se examinan los problemas que plantea la reintroducción de la adopción simple en España, a través del fenómeno de la adopción internacional, formulando soluciones a las cuestiones que suscita en la práctica su reconocimiento, aplicando el Convenio de La Haya de 1993 y el art.30 LAI.

Palabras clave: adopción internacional, adopción simple, adopción plena, conversión, Convenio de La Haya de 1993, ley de adopción internacional.

Abstract: At present, new trends are gaining strength, defending the recourse to legal institutions that, while providing stability, are less rigid than full adoption, including open adoption and simple adoption. The present study analyses these legal institutions valuing the advantages of a possible reintroduction of simple adoption under Spanish law. The right of the adopted child to know his origin and his right to develop his own Identity might be enhanced as well through simple adoption. This article also examines the problems raised by the reintroduction of simple adoption in Spain, through the phenomenon of intercountry adoption. This paper proposes some solutions to the recognition of simple adoption under the Hague Convention on adoption (1993), and under Article 30 of the Spanish Law on international adoption.

Keywords: intercountry adoption, simple adoption, plenary adoption, The 1993 Hague Convention, The Intercountry Adoption Act.

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación al concepto de adopción simple. 1.Punto de partida: Adopción simple frente a adopción plena. Notas distintivas. 2.Reflexiones acerca del concepto de adopción y su contexto actual en el Derecho sustantivo español. 3.¿Hacia una nueva adopción?. A. El acogimiento familiar permanente con funciones tutelares. B. La adopción abierta. C. Algunas consideraciones a favor de la recuperación de la adopción simple. III. La recepción de la adopción simple en la sociedad española. 1. La noción de adopción simple o no plena a los efectos de la LAI. A. La existencia de un vínculo de filiación y la relevancia del elemento extranjero. B. El contenido de la adopción simple o no plena en la LAI. C. Conclusiones acerca del concepto de adopción simple en la LAI. 2. Reconocimiento y efectos de las adopciones simples o no plenas: cuestiones prácticas. A. Adopción constituida al amparo del Convenio de La Haya de 1993. B. Adopción constituida al margen del Convenio de la Haya de 1993 3.Soluciones para que la adopción simple extranjera despliegue los efectos de una adopción regulada por el derecho español. IV. A modo de conclusión.

I. Introducción

1. Tratándose de la filiación adoptiva, no puede desconocerse que el régimen de la adopción en nuestro ordenamiento jurídico ha experimentado numerosas modificaciones, evolucionando desde una institución con efectos restringidos, conocida como adopción simple, hasta su configuración en la actualidad como instrumento de integración familiar. Como consecuencia de ello, en este momento, aplicando la filosofía imperante en materia de protección de menores, el Derecho positivo español regula un único tipo de adopción cuyos efectos resultan equivalentes a los de la filiación por naturaleza y se corresponden con los de la adopción plena.

2. Sin embargo, no podemos afirmar que la adopción simple constituya una institución extraña a nuestro sistema jurídico. Antes al contrario, se trata de una figura que se ha encontrado regulada tradicionalmente en el Derecho positivo español hasta su supresión por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción. Es importante señalar aquí, que, en virtud de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 21/1987, aún hoy, es posible encontrar adopciones simples formalizadas antes de la vigencia de dicha norma, que continúan desplegando los mismos efectos que les otorgaba el Código Civil con anterioridad a la citada reforma.

3. Más todavía, incluso, en nuestros días, ha surgido una corriente doctrinal que aboga por la recuperación de la institución de la adopción simple, como figura a medio camino entre la adopción plena y otras instituciones menos estables, como el acogimiento familiar, en tanto que pudiera tratarse de un instrumento de protección de menores y una forma de integración familiar, permanente e irrevocable, mucho más respetuosa con el interés del menor en aquellos supuestos en que la familia biológica no pudiera hacerse cargo del cuidado del niño de forma satisfactoria. Como muestra, baste mencionar el intento llevado a cabo por el legislador catalán para reintroducir dicha figura en el libro II del Código Civil de Cataluña, así como las propuestas formuladas en el marco de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas, en el Senado.

4. A esto se añade que la última reforma del Código Civil, llevada a cabo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, otorga nueva redacción al art.173.2, introduciendo en el apartado c) la figura del acogimiento permanente con funciones tutelares, que parece dejar la puerta abierta a una adopción más débil, y que, además, añade un nuevo párrafo cuarto al art.178 Cc, incorporando la institución de la adopción abierta, que permite el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el adoptado y su familia de origen y que deberá ser objeto de calificación.

5. Junto a ello, debe tenerse muy presente que el fenómeno de la adopción internacional ha tenido como consecuencia la reintroducción de la institución de la adopción simple en la sociedad española, debido a la distinta concepción de la adopción en los países de origen de los menores y en virtud del sistema de reconocimiento de pleno derecho del Convenio de la Haya 1993 y del art.30 LAI, que regula la eficacia en España de la adopción simple constituida por autoridad extranjera competente.

6. A la vista de las anteriores consideraciones, con carácter previo, deben tenerse en cuenta dos premisas esenciales, que establecen los fundamentos que definen en este momento el modelo de adopción:

- 1^a) El cambio de orientación que ha tenido lugar en el régimen de protección de menores, que en la actualidad consiste en proporcionar al menor una protección integral. Esto ha dado lugar a una transformación absoluta de la institución adoptiva, que, en el momento presente, se configura como un recurso de protección de menores cuyos principios rectores se sitúan en el interés del adoptando y en su completa integración en una familia adoptiva adecuada a las características del menor.

- 2^a) El auge que ha experimentado en las últimas décadas la institución adoptiva y muy especialmente, la adopción internacional, caracterizada por la presencia de elementos extranjeros que conectan la situación con distintos ordenamientos jurídicos, que, no en todo caso, regulan la figura de la adopción con idénticos efectos jurídicos.

7. Estos dos factores generan numerosos inconvenientes, habida cuenta que los efectos que produce esta institución en los países de origen de los adoptados pueden no corresponderse con los previstos por nuestro Derecho positivo. Ello se debe, principalmente, a la diferente concepción de la adopción en los diversos sistemas jurídicos.

8. En la práctica, los mayores problemas se plantean respecto de las adopciones transnacionales, que constituyen la hipótesis más habitual y en las cuales el elemento internacional pivota en torno al desplazamiento del menor, con ocasión de la adopción, desde el Estado de origen al Estado de recepción, donde residen los adoptantes. La cuestión es particularmente importante en relación con el sector de la validez extraterritorial de decisiones, pues podemos encontrarnos con adopciones claudicantes, válidas en el Estado de origen, pero cuya existencia y validez no se reconocerá en el Estado de recepción

9. En este punto, hay que señalar la concurrencia de distintos instrumentos legales aplicables, de entre los cuales cabe destacar el Convenio de La Haya de 1993 y la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional. Sin olvidar que el vigente régimen de la adopción se ha visto afectado por las reformas introducidas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, así como por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, normas éstas que presentan duplicidades y contrasentidos que resulta necesario abordar. A todo lo cual se suma la Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción, aprobada en 2017.

10. Todo ello, en definitiva, justifica la necesidad de identificar las posibles lagunas, contradicciones o defectos de la regulación vigente y proponer las oportunas soluciones a los problemas que se suscitan en la práctica jurídica. El estudio se abordará desde una doble perspectiva: la de la posible reincorporación de la figura de la adopción simple en el Derecho sustantivo español, en tanto que un buen conocimiento de dichas normas facilita en buena medida la comprensión de las disposiciones de la Ley Adopción Internacional, así como la de la reintroducción de esta institución en nuestra sociedad a través de la figura de la adopción internacional, lo que plantea dificultades desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado.

II.-Aproximación al concepto de adopción simple

11. Con carácter previo, partiendo del contenido y efectos de la institución de la adopción tal y como se regula en el Derecho español, muy brevemente se tratarán de precisar las notas distintivas que definen la figura de la adopción simple o menos plena, distinguiéndola, asimismo, de otras figuras de protección de menores que pudieran asemejarse a esta institución y que tienen su origen en las nuevas tendencias que consideran que el interés del menor requiere soluciones menos rígidas que las de la adopción plena.

1.Punto de partida: Adopción simple frente a adopción plena. Notas distintivas¹

12. Como se ha explicado, no todos los países establecen sistemas de adopción similares, sino que existen múltiples formas de regular la adopción, resultando que sus efectos pueden ser muy

¹ Para establecer la diferencia entre la adopción simple y la adopción plena se ha tomado como fuente principal la siguiente página web: <http://www.iss-ssi.org>. Servicio Social Internacional/Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia. Ficha de formación n°29.

diferentes.²No obstante, pese a la diversidad de regulaciones existentes, es posible distinguir dentro del concepto de adopción dos tipos de figuras, teniendo en cuenta sus características y efectos, cuales son la adopción plena, cuyo contenido se corresponde con la adopción que contempla nuestro ordenamiento jurídico, y la adopción simple o no plena, también denominada prohijamiento.

13. A la hora de distinguir ambas instituciones hay que partir de la base de que, por lo que a la adopción simple se refiere, ni tan siquiera es posible encontrar unos criterios uniformes que determinen claramente los perfiles de esta modalidad de adopción. Antes al contrario, los principios que informan tanto la adopción simple como la adopción plena se adaptan a los orígenes culturales, el contexto socio-político y la noción de familia vigentes en cada Estado, lo que, justamente, en múltiples ocasiones, originará conflictos en relación con el reconocimiento y efectos de tales adopciones en países distintos del de su constitución.

14. Con todo, a nivel de Derecho comparado, se han logrado delimitar dos criterios fundamentales a la hora de diferenciar la adopción simple de la adopción plena: la ruptura o la subsistencia del vínculo jurídico de filiación con la familia de origen y la revocabilidad o la irrevocabilidad de la adopción.

15. En cuanto al primero de los criterios, toma como punto de partida los vínculos jurídicos de filiación. Así, lo característico de la adopción plena es la total integración del adoptado en la familia adoptiva, incluyendo la familia extensa y la ruptura de los vínculos de filiación con la familia anterior. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta además que la adopción despliega igualmente efectos tanto respecto de los parientes del adoptante como en relación con los descendientes del adoptado, resulta lógico afirmar que, como regla general, el resultado de la adopción plena consiste en reemplazar la filiación de origen del adoptado, quien en virtud de la adopción ya no se encuentra vinculado con su familia anterior, respecto de la cual solo subsisten los impedimentos matrimoniales, pasando a formar parte de la familia adoptante con los mismos derechos y deberes que si de un hijo natural se tratase.

16. De otro lado, en la adopción simple, pese a instaurarse, en mayor o menor grado, vínculos de filiación entre el adoptando y los adoptantes, lo característico es que, habitualmente, esta institución sólo genera el parentesco entre ambos, sin que se amplíe la relación a los parientes de éstos y en contraposición, no se produce la ruptura de los vínculos de parentesco con la familia de origen.

17. Por lo que respecta al segundo de los criterios enunciados, toma en consideración el dato de la revocabilidad, de tal manera que una adopción es plena si es irrevocable, mientras que si es posible su revocación, podría calificarse como una adopción simple.

18. No obstante, aun cuando son dos los datos principales a tener en cuenta para diferenciar la adopción simple de la plena, en general, se suele dar primacía al primero de los criterios mencionados, es decir, a la persistencia o no de los vínculos jurídicos de filiación existentes entre el adoptando y su familia de origen. Ello, por cuanto el criterio de la revocabilidad no siempre resulta relevante para dis-

² Por ejemplo, en el ámbito del Derecho comparado, Estados como, entre otros, la República Argentina, Camerún, Costa de Marfil, o incluso en Europa, países tales como Francia, Bélgica, Italia o Alemania prevén en sus ordenamientos jurídicos instituciones que, aunque reciben nombres diferentes y presentan características distintas, resultan asimilables a la figura de la adopción simple. A título de curiosidad, cabe traer a colación el caso de la legislación francesa, que incorpora en el art.360 *Code Civil* previsiones en relación con la institución de la adopción simple, aunque admite también la modalidad de adopción plena en el art. 345 *Code Civil*. Del mismo modo, en los arts. 291 a 314 del *Codice Civile* italiano se atribuye los efectos de una adopción simple a la adopción de mayores de edad. En similares términos se pronuncia el Derecho alemán (arts.1767-1772 *BGB*), en tanto que prevé una clase de adopción que se asemeja a la adopción simple y que, en cualquier caso, no puede considerarse una adopción plena en el sentido del Derecho español, si bien, esta figura sólo rige en relación con la adopción de adultos. Y ello, por cuanto, aunque otorga al adoptado el estatus de hijo del adoptante, sin embargo, no conlleva el establecimiento de vínculos de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante. A este respecto, Vid. C. BENICKE, "L'adoption internationale en Droit allemande", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 55 N°4, Octobre-décembre 2003. págs. 789-802.; "L'adoption internationale en Droit allemande", *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°4, Octobre-Décembre 2003. pp. 789-802.

tinguir ambas instituciones, toda vez que es posible encontrar algunas regulaciones sustantivas en las cuales coinciden una adopción que, además de ser revocable, contempla la ruptura de vínculos con la familia anterior y otra figura en la que, pese a mantener dichos vínculos, permite la revocabilidad de la decisión de la adopción.³

19. En cualquier caso, hay que de dejar claro que la adopción plena constituye la regla general en la mayor parte de las legislaciones nacionales⁴, habida cuenta que la adopción simple, al permitir la coexistencia de vínculos jurídicos de filiación tanto con la familia adoptante como con la familia anterior, puede brindar una seguridad menor tanto en el ámbito jurídico como en los planos ético y psicoafectivo.

20. También debe advertirse que, aún en la normativa de la mayor parte de los países que regulan ambas instituciones, la tendencia actual es acoger la institución de la adopción plena como mejor vía para entablar una relación paternofamiliar, reservando la modalidad de la adopción simple o no plena a aquellos supuestos que resultan más excepcionales o complejos.⁵

2. Reflexiones acerca del concepto de adopción y su contexto actual en el Derecho sustantivo español

21. Para comprender el contexto actual, conviene recordar que la adopción es una ficción técnica creada por el Derecho positivo que a lo largo de la Historia ha ido asumiendo distintas finalidades. Se trata de una situación artificial, carente de todo fundamento natural y que ha evolucionado desde el fortalecimiento de la familia del adoptante, hasta la protección de menores desamparados.⁶

22. El origen de la figura de la adopción es muy remoto, alcanzando su máxima relevancia en la época romana, en la cual fue objeto de una extensa y exhaustiva regulación por el Derecho Romano.⁷ Sin embargo, paulatinamente, la institución adoptiva fue perdiendo relevancia, hasta llegar a la época de la Codificación, en la cual estaba en desuso y prácticamente había desaparecido⁸, siendo vista con desconfianza por el legislador por considerar que atentaba contra la familia matrimonial.⁹ Tanto es así, que en Francia se admitió esta institución en el *Code*, tras una intensa discusión y a propuesta del Consejo de

³ Existen regulaciones de Derecho material en las que se prevé, por una parte, una adopción que, además de ser revocable, contempla la ruptura de vínculos con la familia anterior y de otro lado, una institución en la que, pese a mantener dichos vínculos, se permite la revocabilidad de la adopción. Así, por ejemplo, en la legislación argentina, que contempla tanto la adopción simple como la adopción plena, la facultad de revocación se establece únicamente para el caso de la adopción simple (art.629 Código Civil y Comercial), mientras que la normativa rusa, si bien establece que la adopción es plena, permite la revocación en ciertos casos (Vid. <http://www.infojus.gob.ar> y http://iass.aragon.es/menores/menores_rusia.htm).

⁴ En este contexto, debe tomarse en consideración la legislación vigente en numerosos países latinoamericanos, tales como la República Dominicana, Guatemala o Méjico, en los cuales, hasta no hace tanto tiempo, se regulaba la adopción simple o no plena y que en la actualidad, ordenan preferentemente la adopción plena, contemplándola como el único tipo de adopción posible. Como muestra, puede citarse el caso de Méjico, cuyo Código Civil del Distrito Federal ha suprimido la adopción simple. En este sentido, Vid. O. MESA CASTILLO, en *Principales tendencias en el tratamiento jurídico a la institución de la adopción*, [http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/FAMILIA%20Y%20MENORES/FAMILIA/ARTICULOS%20DE%20LA%20Dra.%20OLGA%20MESA/Olga%20Mesa%201998%20\(2\).doc](http://www.fgr.cu/Biblioteca%20Juridica/FAMILIA%20Y%20MENORES/FAMILIA/ARTICULOS%20DE%20LA%20Dra.%20OLGA%20MESA/Olga%20Mesa%201998%20(2).doc), así como http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/038_DO_08abr13.pdf

⁵ Vid. I. BRENA SESMA, *Las adopciones en Méjico y algo más*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005 pág.38, donde se pone de manifiesto como en Méjico, el Código Federal y en los de otros Estados, se reservaba la adopción simple para los incapaces. Igualmente, en este sentido, Vid. “Adopción plena *versus* adopción simple: Las consecuencias jurídicas de la adopción”, *Ficha de formación n° 29*, Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR), Enero-2007, <http://www.iss-ssi.org/2009/assets/files/thematic-facts-sheet/esp/29.pdf>

⁶ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA en LACRUZ *et. alt.*, *Elementos de Derecho Civil*. Tomo IV, Madrid, Dykinson, 2002, p.389.

⁷ El propio término adopción viene del vocablo latino *adoptio* (*ad-*, *para-* y *optio*-elección), que a su vez proviene del verbo *arrogatio* (*ad* y *rogo*), que significa adoptar. Así se habla de *arrogare in locum filii*, que quiere decir adoptar como hijo. Vid. M.A.CALZADILLA MEDINA, *La adopción internacional en el Derecho español*, Madrid, Dykinson, , Tomo I, p 27

⁸ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *op.cit.*, p.390.

⁹ Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “La adopción, entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes” en *VV AA, Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, Barcelona, Ariel, 2000, p.180.

Estado. Con todo, la regulación que se llevó a cabo, fue poco precisa, además de rígida y compleja, con escasos efectos y sujeta a una serie de exigencias que dificultaban su utilización. Idénticas circunstancias se repiten en otros Códigos del s. XIX.¹⁰

23. En España, en la época decimonónica y al igual que en el resto de Europa, la figura de la adopción estaba en franca decadencia. Efectivamente, durante la etapa codificadora se repiten los mismos argumentos utilizados en Francia, siendo incorporada finalmente al Código Civil de 1889, después de que estuviera a punto de acordarse, casi por unanimidad, la ausencia de regulación de esta institución y ello con fundamento en que la adopción no formaba parte de las costumbres de nuestro país.¹¹

24. En cualquier caso, en su redacción original, el Código Civil, de acuerdo con la filosofía imperante en el siglo XIX, concebía la adopción únicamente en beneficio de los adoptantes. De este modo, se procuraba salvaguardar por encima de todo a la familia natural de los problemas derivados del abuso de esta figura, regularizando la institución de manera tal que la consideración principal fuera el derecho de las parejas sin descendencia a tener hijos y siempre poniendo como límites los intereses de la familia legítima. En cumplimiento de estos fines, el Código de 1889 elaboró la regulación legal de la institución adoptiva como una categoría unitaria, con efectos restringidos, que aunque conllevaba el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores de edad y permitía al adoptado usar, junto con el de su familia de origen, el apellido del adoptante, no contemplaba la ruptura de los vínculos de parentesco entre aquél y su familia biológica, ni tampoco concedía al adoptado derechos sucesorios en relación con la herencia del adoptante. O lo que es lo mismo, la institución adoptiva que recogía el Código Civil en su redacción original se correspondía con la figura de la adopción simple, objeto principal de este trabajo.

25. Igualmente, se ha puesto de relieve como la sociedad, poco a poco, fue evolucionando hacia una mayor preocupación en torno a los temas relativos a la infancia y a los menores, haciéndose más sensible a sus necesidades en cuanto representan la parte más débil y necesitada de protección. Junto a esto, se fue produciendo un cambio de orientación en el régimen de protección de menores hasta llegar a la etapa actual, en la que se busca la protección integral del menor, no sólo actuando en los estados de desamparo, sino también en aquellos casos en que es preciso normalizar su situación, todo ello con el fin de lograr la integración social del niño.¹²

26. Todas estas novedades contribuyeron a que esta figura fuera cobrando nuevamente fuerza, de manera que ya no podía hablarse de que la institución estuviera en crisis, en tanto que la adopción experimentó un notable auge a raíz de las dos Guerras Mundiales. Fue entonces cuando, debido a que muchos menores perdieron a sus familias, se produjo también una transformación en los fundamentos de la adopción, cobrando mayor importancia su función protectora. Por este motivo, pasaron a ser prioritarias aquellas medidas que no conllevasen el internamiento en centros de protección, puesto que la institucionalización había dejado de ser la solución más conveniente para los menores necesitados de amparo. En consecuencia, no bastaba con que los niños vieses satisfechas sus carencias materiales, sino que además requerían el cariño y las atenciones que les permitiesen una evolución psicológica y social adecuada.

27. Ello motivó una creciente participación del sector público en los procesos de adopción y en consecuencia, se fueron intensificando los controles, no solo a través de un desarrollo exhaustivo de la regulación nacional, sino también mediante la conclusión de Convenios de naturaleza internacional, que se articulan en torno a ciertos estándares jurídicos, de entre los cuales, cabe subrayar, el principio de interés del menor. En este sentido, hay que destacar diferentes normas que aluden a dicho principio,

¹⁰ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *op.cit.*, p.390

¹¹ Vid. F.GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, 1852. Tomo I, pág. 148, <http://fama2.us.es/fde/ocr/2007/concordanciasDelCodigoCivilT1.pdf>

¹² LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA, *op.cit.*, p.390.

¹² Para mayor información, consúltese, entre otros, R. FLUITERS CASADO, "Acogimiento y adopción", CDJ: Jurisdicción voluntaria. N°16, 1996, pp. 279-336

como el Convenio de NU sobre Derechos del Niño de 1989 y el Convenio de la Haya de 1993 en materia de Adopción Internacional.

28. Respecto a la responsabilidad de los Estados en los procesos de adopción, cabe reseñar que, hoy en día, la adopción se entiende como una medida social y legal de protección de la infancia y que como tal medida de protección, principalmente, debe tomar en consideración el beneficio del adoptado y el respeto a sus derechos fundamentales, lo que supone que el procedimiento se inicie en todo caso porque las circunstancias del niño así lo requieran, y no porque haya personas que pretendan adoptarlo.¹³

29. Esta nueva filosofía supuso un fortalecimiento de los valores del menor en su condición de persona, repercutiendo en la esfera jurídica hasta el punto de que el principio de interés del menor está presente en los ordenamientos jurídicos modernos como principio general del Derecho. El interés del menor pasó a ser asimismo el hilo conductor de la institución adoptiva en las legislaciones de los países occidentales, que comenzaron a promover una adopción en la cual desaparecieron otras motivaciones tradicionalmente presentes en esta figura, como lo fueron el sentido económico sucesorio y las connotaciones fraudulentas que podían perjudicar a la familia legítima.

30. Por lo demás, en España el principio del interés del menor se recogió especialmente en la Constitución Española de 1978¹⁴ y ha sido incorporado a la normativa tanto nacional como autonómica como valor primordial, a tomar en consideración en todas las actuaciones relativas a niños y adolescentes.¹⁵

31. Es evidente, entonces, que las circunstancias fueron cambiando y que en nada concuerda esta realidad con el concepto de adopción tal y como se recoge en el Código Civil de 1889, más preocupado por los deseos de los adoptantes que por las necesidades del adoptando. En consecuencia, se hizo necesaria una modificación del régimen original establecido en el Código con objeto de mejorar la situación jurídica de los menores, acentuando la esfera personal de la institución desde el punto de vista de su superior interés.

32. Enlazando con el análisis histórico, es posible afirmar que el *favor minoris* no sólo está presente en las sucesivas reformas del Código Civil desde 1889, sino que constituye el principal motivo de las mismas. Consecuencia de ello son dos consideraciones fundamentales:

33. Primeramente, el progresivo fortalecimiento de los vínculos de filiación entre el adoptado y los adoptantes, al mismo tiempo que se debilitan los vínculos entre el adoptado y su familia de origen. Lo mismo cabe decir de la irrevocabilidad de la adopción, en tanto que le proporciona la misma estabilidad

¹³ En cuanto a la mayor intervención de las Administraciones Públicas en el ámbito de la protección de menores, se habla incluso de “*administrativización*” o “*metamorfosis socializante*” del estatuto jurídico del menor, que venía siendo considerado propiamente como una cuestión de Derecho Privado. En este sentido, se pone de relieve que es la adopción la institución de protección de menores en la que en mayor medida ha incidido este incremento del control estatal, sobre todo, por lo que se refiere al procedimiento por el que se constituye la adopción y particularmente, respecto a la verificación de la adoptabilidad del menor declarado en desamparo y el certificado de idoneidad de los adoptantes. Vid. S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (I)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXXIII, Mayo-Junio 2007, Núm.701, pp. 950 y 951

¹⁴ El precepto clave tanto en materia de filiación, incluida la adoptiva, y de protección de menores, lo constituye el art.39 de la Constitución Española de 1978 (B.O.E. 29 diciembre 1978), toda vez que el mismo se hace eco del principio del interés del menor y habida cuenta que en dicho artículo se recoge la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación.

¹⁵ En este sentido, sirvan de ejemplo el art.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (B.O.E. 17 enero 1996), así como también, en el ámbito autonómico, el art. 3.3.a) de la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón (B.O.A. 20 julio 2001). Ello, sin olvidar que, en materia de adopción, el principio del interés del menor se encuentra expresamente recogido en el art.176 Cc y el art.2.1 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (B.O.E. 29 diciembre 2007). Especial mención cabe realizar a la inclusión de este principio en las normas relativas a la eficacia en España de las adopciones simples o no plenas internacionales y más concretamente, en el art.31 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional (B.O.E. 29 diciembre 2007), en el cual se contempla la excepción de orden público internacional

que comporta la filiación natural. Paradójicamente, el afianzamiento de los vínculos de filiación en el caso de la adopción plena, supuso el principio del fin de la adopción simple en nuestro ordenamiento jurídico.

34. Y en segundo término, el carácter residual que gradualmente fue adquiriendo la adopción simple, que culmina con la CE 1978, y su contribución a la posterior eliminación de esta institución mediante la adaptación de la legislación en vigor a dos preceptos clave: el art.14 y el 39.2CE.¹⁶ Así, en virtud de dichos preceptos, el legislador equiparó los efectos de la filiación por naturaleza y por adopción, en su forma plena, pero, sin extender esta correspondencia de efectos a la adopción simple. Esta interpretación fue avalada por el Tribunal Constitucional, que tras dejar sentado que todas las categorías jurídicas de filiación quedan equiparadas, entendió que los regímenes jurídicos de la adopción simple y la adopción plena no son comparables, toda vez que ésta última se encuentra provista de un contenido mayor y además es equivalente a la filiación por naturaleza.¹⁷

35. Con todo, la vigente regulación sustantiva de la adopción en España trae causa de las modificaciones incorporadas, de un lado, por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, y de otro, por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. A partir de aquí, el legislador español equipara los efectos de la filiación por naturaleza y por adopción (art.108 Cc), de tal forma que el vínculo que se origina tiene el mismo contenido, desde el punto de vista jurídico, que el derivado del parentesco biológico, con alguna excepción. Del mismo modo, hay que recordar que la normativa española prevé que, como consecuencia de la adopción, se produzca la extinción de vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior (art.178.2 Cc). Además, en nuestro ordenamiento jurídico la adopción es irrevocable (art.180.1 Cc). Esto resulta congruente con el art.39.2 CE (principio de igualdad de filiaciones), toda vez que la filiación biológica también es irreversible, a la par que concuerda con el principio de la integración familiar.¹⁸

36. Luego, hoy en día, el Derecho positivo español, aplicando la filosofía imperante en materia de protección de menores, regula un único tipo de adopción cuyos efectos se corresponden con los de la adopción plena y se configura como una medida de protección de menores, que debe ordenarse desde la perspectiva del interés del adoptando y su integración definitiva en una familia idónea que posibilite su desarrollo integral, idea ésta que también se encuentra recogida en la Ley de Adopción Internacional.

37. Esta última observación entronca, asimismo, con el que constituye el precepto clave del vigente régimen de la adopción: el art.176.1 Cc, que, para su válida constitución, ordena tener en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad, en el

¹⁶ Pese a todo, la primera reforma en profundidad de la institución no se efectuó hasta la Ley de 24 de abril de 1958, por la que se introdujo la institución de la adopción plena, si bien, conservando la figura de la adopción menos plena. El camino emprendido por la reforma de 1958 fue continuado por la Ley de 4 de julio de 1970, cuyo objetivo consistió en intensificar el vínculo adoptivo, dotando al interés del menor de mayor relevancia en relación con la constitución de la adopción. Igualmente, mantuvo la distinción entre la adopción menos plena, que ahora denomina simple, y la plena, reforzando los efectos de ambas instituciones y favoreciendo el acceso a la adopción plena. Ambos tipos de adopción convivieron hasta la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 21/87, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (B.O.E. 17 noviembre 1987), en la cual, se prevé un único tipo de adopción, con los efectos de la anteriormente denominada adopción plena y se suprime la figura de la adopción simple, siguiendo el mandato de los arts. 14 y 39.2 de la Constitución de 1978 (B.O.E. 29 diciembre 1978). Más en concreto, el art.39 CE, junto a otros preceptos, tales como los arts. 10 y 14 CE, inspirarán sobre manera las sucesivas reformas del Código Civil en materia de adopción y muy particularmente, las introducidas por las dos normas de las que trae causa la actual regulación de esta institución: la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (B.O.E. 17 noviembre 1987, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (B.O.E. 17 enero 1996).

¹⁷ STC 200/2001 de 4 de octubre (B.O.E. 6 noviembre 2001)

¹⁸ En cualquier caso, aún después de la entrada en vigor de la Ley 21/1987, en virtud de su Disposición Transitoria Segunda, las adopciones simples formalizadas antes de su vigencia continuaron desplegando los efectos que les atribuía el Código Civil con anterioridad a la citada reforma. La mencionada Disposición establece también una suerte de conversión o transformación de las adopciones simples en una adopción tal y como se regula en Derecho español desde la referida Ley.

momento de dictar la resolución judicial constitutiva de la adopción. Esto significa que, si bien, en virtud de la resolución judicial, se instituyen vínculos jurídicos de filiación entre la familia adoptante y el adoptando, la total integración y adaptación del menor en su nueva familia resultará más o menos favorable según se hayan observado los principios básicos establecidos en el art. 176.1Cc.

3. ¿Hacia una nueva adopción?

38. Como se ha puesto de manifiesto al introducir el objeto del trabajo, en el momento actual conviene prestar atención a las nuevas tendencias que van cobrando fuerza y que, sobre la base del interés del menor, defienden el recurso a figuras que, al mismo tiempo que proporcionan estabilidad, resultan menos rígidas que la adopción plena, entre las cuales se incluiría la institución de la adopción simple. Paradójicamente, se da la circunstancia de que en virtud de este mismo principio del interés del menor, que ahora se invoca, la adopción simple fue perdiendo fuerza hasta su completa supresión del Código Civil por la Ley 21/1987.

39. En nuestro país, la posibilidad de introducir la institución de la adopción simple fue abordada en la “Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas, en el Senado”, donde ya se indicó la oportunidad de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico figuras que facilitarían la estabilidad pero, sin la ruptura definitiva de los vínculos con la familia biológica, entre las que se citaban, junto con la adopción simple, el acogimiento permanente con funciones tuitivas y la adopción abierta.¹⁹ Del mismo modo, debe señalarse que en el momento en que se aprobó el Código Civil de Cataluña hubo un intento de recuperar la figura de la adopción simple, aunque finalmente esta idea se rechazó, al carecer de estudios sociológicos y jurídicos que permitieran sopesar la conveniencia de volver a regular esta institución y sus posibles efectos en la sociedad actual.²⁰

40. Igualmente, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, ha mostrado su preocupación por el auge que vienen cobrando estas nuevas instituciones y en este sentido, ha estudiado la problemática que plantea la regulación de la adopción abierta en los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes en el marco del funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional.²¹

41. Por este motivo, parece oportuno realizar una breve reseña de las figuras del acogimiento familiar con funciones tuitivas y de la adopción abierta, introducidas en nuestro Código Civil por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, así como de las conclusiones alcanzadas por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en relación con la adopción abierta, destacando las similitudes y diferencias de tales instituciones con la figura de la adopción simple. Al mismo tiempo, tampoco está de más introducir un análisis sociológico y psicológico de algunos de los argumentos que, junto con la perspectiva jurídica, podrían servir como justificación a la posible reincorporación de la modalidad de la adopción simple en nuestro Derecho positivo.

A) El acogimiento familiar permanente con funciones tutelares

42. En relación con la modalidad del acogimiento familiar permanente con funciones tutelares del nuevo art.173.bis.2. c) Cc, hay que reiterar que se planteó como una alternativa de integración defi-

¹⁹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, BOCG-Senado, IX Legislatura, núm.545, de 17 de noviembre de 2010

²⁰ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña (Enero 2011)*, Id. vLex: VLEX-381987926 , <http://vlex.com/vid/381987926>

²¹ Vid. Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por la Cuarta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, https://assets.hcch.net/upload/wop/adop-2015concl_es.pdf, y Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>.

nitiva y plena en un medio familiar ajeno que no comportase la completa ruptura de los vínculos con la familia de origen, de forma similar a como se contempla en otros países a través de la institución de la adopción simple.²²

43. La incorporación de fórmulas similares no resulta extraña a nivel de Derecho comparado y en este sentido, puede servir de ejemplo la *Special Guardianship* o tutela especial,²³ que surge como alternativa a la adopción plena, modelo que, tradicionalmente, se ha venido siguiendo en el Reino Unido y como contrapartida a la denominada *open adoption*, que está cobrando mucho auge en el mundo anglosajón, sin que, pese a ello, encuentre demasiada aceptación entre los adoptantes.²⁴

44. En cuanto a nuestra normativa de producción interna, hay que mencionar los arts.172 *ter* a 174 Cc, donde se regula la figura del acogimiento familiar. Se trata de una institución de guarda de menores que ha sido calificada por la doctrina como “cuasifamiliar”, toda vez que su contenido y efectos son más amplios que los previstos en los preceptos anteriores, que regulan la tutela y la guarda administrativa.²⁵ Ahora bien, aunque, al igual que la adopción simple o no plena, no comporta la ruptura de vínculos jurídicos de filiación con la familia de origen, también es cierto que el acogimiento familiar se configura como una institución de rango inferior a la adopción simple, habida cuenta que, a diferencia de ésta, no instituye un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado y en consecuencia, tampoco surge relación de parentesco alguno.²⁶

45. Sobre el acogimiento familiar hay que reseñar que, al igual que la adopción, se constituye en interés del menor²⁷ y con carácter subsidiario, para el caso de que aquél no pudiera reinsertarse en su propia

²² Vid. Comparecencia de la Directora General de Familia de la Consejería de Bienestar Social de la Comunidad Valenciana, D.^a Carolina Martínez García, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines*, BOCG-Senado, IX Legislatura, núm.545, de 17 de noviembre de 2010

²³ Vid. arts. 14A, B,C,D,E,F y G de la *Children Act 1989*, modificada en el sentido que establece el art.115 de la *Adoption and Act 2002*, del Reino Unido y que ha sido desarrollada por la *The Special Guardianship Regulations 2005*, modificada por la *The Special Guardianship (Amendment) Regulations 2016*

²⁴ A modo de justificación, se ha dicho que esta institución constituye un recurso adecuado para aquellos casos en los que la adopción no resulte aconsejable. En cuanto a su contenido, este tipo de tutela especial no conlleva una ruptura absoluta de las relaciones con la familia biológica, respecto de la cual se permite el establecimiento de un régimen de visitas, ni tampoco instaura un vínculo jurídico de filiación entre el guardador y el menor, aunque sí se constituye una relación permanente entre ambos. En virtud de esta tutela especial el guardador pasa también a ostentar la responsabilidad parental respecto de menor tutelado hasta que éste cumpla la edad de 18 años, de donde se deduce que la estabilidad y permanencia que comporta esta medida no presupone su carácter definitivo e irreversible. Más aún, cuando la *Special Guardianship* también puede quedar sin efecto en aquellos supuestos en que las autoridades competentes aprecien un cambio sustancial de las circunstancias que motivaron su constitución y siempre que el interés del menor así lo requiera. Sobre la *Special Guardianship*, Vid. www.direct.gov.uk/Parents/AdoptionAndFostering, *Your guide to Special Guardianship a new option for children needing permanent families*, https://www.frg.org.uk/images/Advice_Sheets/20%20-special-guardianship-for-birth-parents.pdf, y K. O'DONOVAN, “L'adoption dans le droit du Royaume Uni”, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 55 N°4, Octubre-décembre 2003, pp. 845-860. También resulta ilustrativa la *Guardianship Guidance Children Act 1989 The Special Guardianship Regulations 2005*, que puede consultarse en la siguiente página web, cuyo enlace se transcribe a continuación: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/236264/special_guardianship_guidance.pdf

²⁵ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA y otros, *Elementos de Derecho Civil*, IV Familia, Dykinson, Madrid,2002, pp.395. De igual modo, otros autores defienden que el acogimiento genera una “suerte de *status familiae*”, si bien, sin generar un *status filiae*, efecto éste que es rechazado por otro sector de la doctrina, toda vez que el acogimiento familiar no tiene como consecuencia la modificación del estado civil. En este punto, pueden consultarse, M.I. FELIU REY, *Comentarios a la ley de adopción*, Tecnos, Madrid, 1989, p.72 y M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, *La nueva adopción*, Civitas, Madrid, 1989, p.144

²⁶ Así lo recuerda MAYOR DEL HOYO, quien insiste en que el acogimiento familiar permanente y la adopción son instituciones diferentes, si bien presentan ciertas afinidades. Subraya esta autora la diversa “naturaleza, constitución y efectos”, así como regulación, de ambas figuras, haciendo hincapié en que el acogimiento no genera una relación paterno-filial, ni atribuye al acogedor la patria potestad respecto del acogido, el cual no ostenta los apellidos de aquél, ni tiene derecho a la pensión de orfandad en virtud del acogimiento. Vid. M.V.MAYOR DEL HOYO, “El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la Ley 26/20015, de 28 de julio” en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.246-247

²⁷ En este punto, parece oportuno advertir que, si bien el Código Civil admite la posibilidad de adoptar a personas mayores de edad o menores emancipados, de cumplirse los presupuestos del art.175.2, el sujeto pasivo del acogimiento regulado en los arts.172. *ter*, 173 y 173 *bis*, tal como pone acertadamente de manifiesto MAYOR DEL HOYO, se refiere exclusivamente a los meno-

familia. Así se deduce de los arts.172 *ter*.2 y del art.173 *bis* del Código Civil, estableciendo este último, incluso, la posibilidad de que el acogimiento familiar se formalice en la propia familia extensa del menor. Sin embargo, algún autor ha advertido que, en contraposición a la adopción, el acogimiento familiar parece haber sido planteado por el legislador español no como una situación de carácter definitivo, sino como una relación jurídica de naturaleza transitoria o provisional, que terminará, bien cuando el menor pueda reintegrarse en su núcleo familiar de origen o bien en el supuesto de que sea finalmente adoptado. Tanto es así, que una parte de la doctrina mantiene que el acogimiento no debe conllevar la suspensión de las relaciones con la familia anterior si resulta posible la reinserción del acogido en su familia de origen.²⁸

46. Sin embargo, no puede desconocerse que cuando la reintegración del menor no resulte factible y así lo aconsejen las circunstancias del acogido y su familia, el art.173 *bis*.2. c) Cc incorpora la posibilidad de que se decrete un acogimiento familiar permanente. En este punto y respecto al art. 173 *bis*. 2. c) Cc, algún autor pone el acento en que su razón de ser se encuentra en proporcionar al menor una solución estable en aquellos supuestos en que el recurso a la institución adoptiva no se considere conveniente o para los casos en que la adopción resulte difícil o no sea posible.²⁹ Tratándose de un acogimiento familiar permanente, nada impide que se establezca un régimen de visitas a favor de los padres u otros familiares del acogido, atendiendo a las particularidades del caso concreto y siempre que ello redunde en interés del menor.³⁰

47. Otra cuestión a tomar en consideración tiene que ver con el carácter permanente de esta modalidad de acogimiento, que no puede confundirse con la naturaleza definitiva e irreversible que comporta la adopción, toda vez que el acogimiento permanente finaliza cuando el interés del menor así lo requiera o en todo caso, cuando el acogido alcanza la mayoría de edad. Más bien, se trataría de identificar la nota de la permanencia con la estabilidad que conlleva el establecimiento de una medida que se constituye de manera indefinida, frente a otros tipos de acogimiento que se formalizan de manera temporal.³¹

48. En lo que se refiere al contenido y alcance del acogimiento, se puede afirmar que los derechos y deberes que conlleva su ejercicio se corresponden esencialmente con los que resultan inherentes a la patria potestad, conforme se regula en el art.154 Cc³², toda vez que según se desprende del art.173.1 Cc, el acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia³³ e impone al acogedor las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y proporcionarle una formación integral.

49. Junto a los anteriores derechos y deberes, cabe destacar que el último inciso del art.173 *bis* c) establece, para el caso de la modalidad de acogimiento familiar permanente y siempre que ello responda al interés del menor, la posibilidad de que la Entidad Pública solicite ante el Juez la atribución a los acogedores permanentes de aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades.

res de edad, ya sean españoles o extranjeros, quedando, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación los menores emancipados o habilitados de edad, así como los mayores con capacidad modificada. Para mayor información, puede consultarse, M.V. MAYOR DEL HOYO, “El nuevo acogimiento:...cit”, pp.220 y 221.

²⁸ Vid. LA CRUZ BERDEJO-RAMS ALBESA y otros, *op.cit.*, p.397

²⁹ Ténganse en cuenta que la adopción puede resultar complicada en el supuesto de menores de cierta edad o que presenten enfermedades, deficiencias, u otros problemas derivados de su particular evolución “personal y social”. Vid. M.V. MAYOR DEL HOYO, “Capítulo 10. El acogimiento...cit”, p. 246

³⁰ Vid. M.V. MAYOR DEL HOYO, “El nuevo acogimiento: cit, p.248

³¹ Así lo pone de relieve M.V. MAYOR DEL HOYO, “Capítulo 10. El acogimiento...cit”, p. 246

³² En el mismo sentido se pronuncia el art. 20 *bis*. 1.g) LOPJM, en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (B.O.E. 29 julio 2015) en relación con el apartado 2.1) del mismo artículo.

³³ Así lo establece también el art.21 *bis*. LOPJM, introducido por el legislador del 2015. Este dato resulta relevante, toda vez que la nota de la integración familiar tuvo como consecuencia la supresión de la regulación de la adopción simple del Código Civil, con fundamento en que en la mayor parte de los casos servía para fines no merecedores de protección, según el propio Preámbulo de la Ley 21/1987.

50. Con todo, tampoco puede perderse de vista que las causas prevista para el cese del acogimiento familiar, incluso en su modalidad de permanente, son más amplias que las establecidas para la extinción de la adopción en el art.180.2 Cc y además, no se exige que en todo caso el cese se acuerde mediante resolución judicial, siendo posible que se decrete por decisión de la Entidad Pública.³⁴

51. En este momento y a la vista del contenido y efectos de la figura del acogimiento familiar, parece oportuno señalar que, dado que la adopción simple o no plena no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, en sede de reconocimiento de resoluciones de adopciones extranjeras, por la Dirección General de Registros y del Notariado se vino realizando una calificación funcional de esta institución, equiparándola con un acogimiento familiar preadoptivo³⁵, con la finalidad de constituir una nueva adopción ante las autoridades españolas, sin que resultase necesaria la propuesta de la Entidad Pública competente, como prevé el art.176.2 Cc. Dicha equiparación se mantuvo hasta la reforma del 2015 en el art.30.4 LAI, en relación con la conversión de la adopción simple o no plena, pese a las críticas de que fue objeto la anterior doctrina del Centro Directivo, basadas en la degradación que sufría la institución de la adopción simple, que a diferencia del acogimiento, instauraba un vínculo de filiación entre el adoptado y los adoptantes.

B) La adopción abierta

52. Mención especial merece la novedad que introduce la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio), al incorporar un nuevo apartado 4 al art.178 Cc, en el cual se regula lo que en el Preámbulo se denomina “adopción abierta”.³⁶

53. Señala el Preámbulo de la mencionada Ley 26/2015 que la adopción abierta se encuentra regulada a nivel de Derecho comparado en países tales como Estados Unidos de América, Gran Bretaña, Austria, Canadá o Nueva Zelanda. Su régimen varía de unos ordenamientos jurídicos a otros, toda vez que en algunos Estados se establece a través de un “acuerdo privado entre las partes”, si bien bajo el control de la Entidad Pública, mientras que en otros sistemas jurídicos se requiere intervención judicial, tanto para confirmar la medida, como para una posible modificación o cese de la misma, tipología ésta que se asemeja más a la reglamentación que contempla el nuevo apartado 4 del art.178 Cc.³⁷

54. Concretando un poco más el panorama de Derecho comparado, hay que observar que, en la práctica, esta modalidad de adopción encuentra sus orígenes en los países anglosajones, siendo la fórmula más utilizada en los Estados Unidos de América.³⁸ Ello contrasta con la negativa de muchos

³⁴ . Específicamente, el art.173.4 Cc dispone: “*El acogimiento familiar del menor cesará:*

a) Por resolución judicial.

b) Por resolución de la Entidad Pública, de oficio o a propuesta del Ministerio Fiscal, de los progenitores, tutores, acogedores o del propio menor si tuviera suficiente madurez, cuando se considere necesario para salvaguardar el interés del mismo, oídos los acogedores, el menor, sus progenitores o tutor.

c) Por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor.

d) Por la mayoría de edad del menor”

² *Será precisa resolución judicial de cesación cuando el acogimiento haya sido dispuesto por el Juez.*

³⁵ Recuérdese que el vigente art.176 *bis* se refiere a guarda con fines adoptivos.

³⁶ Puede encontrarse una definición de adopción abierta en el Informe emitido por el CGPJ con ocasión del Anteproyecto de la Ley de la Infancia: “Se refiere a aquella adopción en que los padres biológicos y los padres adoptivos se conocen, comparten sus identidades, intercambian información y pueden comunicarse a lo largo de los años, manteniendo el adoptado relación con su familia de origen y especialmente, con sus hermanos biológicos”. Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia*, Madrid, 3 de octubre de 2014, p.85

³⁷ El CGPJ criticó que la única razón que se ofreció como justificación a su inclusión en el Anteproyecto de Ley de la Infancia fuera, justamente, la regulación existente en el ámbito del Derecho comparado. Vid. *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia*, Madrid, 3 de octubre de 2014, p.85

³⁸ Con anterioridad a la reforma del 2015, la DGRN tuvo ocasión de pronunciarse sobre una adopción de este tipo. Sirva de ejemplo la RDGRN n° 30/2014, de 14 octubre (LA LEY 245392/2014). Se trataba de una adopción constituida en los EEUU, respecto de dos menores nacidos en este país, por un ciudadano español y su esposa de nacionalidad estadounidense. La resolución dictada por las autoridades norteamericanas incluía unos convenios de contacto post-adopción de los interesados, en

de los países de origen de los menores a regular la institución de la adopción abierta, con fundamento en la exigencia del anonimato, recogida en sus leyes internas. Este es el caso de los Estados de América Latina y de la Europa del Este. Como tampoco existe esta figura en los ordenamientos de Asia y África, mientras que en Europa, cabe mencionar los avances legislativos experimentados en países como Finlandia, Alemania o Suiza.³⁹

55. Con todo, como ya se ha adelantado, el grado de apertura varía de unos ordenamientos jurídicos a otros, aún en aquellos países que contemplan una institución más flexible que la adopción plena. De este modo, en Alemania e Irlanda existe un tipo de adopción que se denomina semi-abierta o mediada, en la cual se facilita cierta información a la familia biológica sobre los padres adoptivos o se permiten algún contacto, a través de correspondencia, si bien, no se proporcionan datos personales acerca de los adoptantes. Por otro lado, las adopciones totalmente abiertas suelen llevarse mayormente a la práctica en aquellos lugares, como los Estados Unidos de América, donde se permiten las adopciones privadas, que, recuérdese, se encuentran prohibidas por el CH 1993, posibilitando el establecimiento de contactos directos entre el menor adoptado y la familia adoptiva con los padres biológicos. En este punto, conviene reseñar que, pese a la notoriedad que están alcanzando en los últimos años, las adopciones abiertas se vienen constituyendo desde hace mucho tiempo e incluso, es posible referir Estados, como es el caso de Nueva Zelanda o Canadá, en los cuales la adopción abierta no está prevista por su legislación, a pesar de que se trata de una práctica muy extendida.⁴⁰

56. En España, con anterioridad a la Ley 26/2015, se efectuó un tímido intento de apertura al introducir el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos en el art.12 LAI y el art.180. 5 Cc, al alcanzar la mayoría de edad o durante la minoría de edad mediante sus representantes legales, preservando la intimidad de las personas afectadas. Ahora bien, se ha avanzado ya que en nuestro país la posibilidad de introducir la institución de la adopción abierta fue abordada en la “Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas, en el Senado”, donde ya se indicó la oportunidad de incorporar esta figura a nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto, se consideró que podía tratarse de una medida beneficiosa para niños de cierta edad o adolescentes que mantuviesen relaciones con su familia extensa, así como una alternativa más favorable que el acogimiento permanente. No obstante, en dicha Comisión también se puso de relieve que esta modalidad es minoritaria en

los que aparecía un régimen de visitas a favor de la madre biológica de los menores. Los adoptantes comparecieron ante el Registro Civil Consular de Nueva York, solicitando la inscripción de nacimiento y marginal de la adopción de los dos menores. El Encargado del Registro Civil Consular denegó las inscripciones solicitadas por considerar que no existía una correspondencia de efectos de estas adopciones norteamericanas con la legislación española, ya que el artículo 178.1 Cc establece que la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia anterior, lo que entraría en contradicción con lo dispuesto en el convenio de contacto post-adopción incorporado al auto de adopción, en el que se permitía un régimen de visitas por parte de la madre biológica a los menores adoptados. O lo que es lo mismo, el Encargado del Registro Civil Consular equiparó a una adopción simple la adopción constituida ante las autoridades norteamericanas, cuando lo cierto era que, más bien, se asemejaba a la figura de la adopción abierta, que, en aquel entonces, todavía no se encontraba regulada en el Derecho español.

^{EI} Centro Directivo resolvió a favor de los recurrentes, argumentando que los efectos de las adopciones objeto de la solicitud se correspondían con los de la adopción española, de acuerdo con el artículo 26.2 LAI, sin que el convenio post-adopción resultase contrario al art.178.1 Cc, puesto que entraría dentro de la esfera de decisión de los padres adoptivos, que tendrían el derecho de acordar quién puede contactar con sus hijos. En la actualidad, este problema ya no se produciría, puesto que una adopción como la analizada por el Centro Directivo resultaría equivalente a la nueva adopción abierta del art.178.4 Cc.

³⁹ Así lo pone de manifiesto C.JEANNIN, en “Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido en la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del CLH-1993”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp.387-409. Para mayor información, puede consultarse igualmente, Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>.

⁴⁰ Vid. Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>, así como C.JEANNIN, en “Panorama de la adopción abierta: un tema altamente debatido...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 387-409.

todos los países en que se contempla la adopción abierta y que se trata de una opción que no se puede imponer, así como que los progenitores biológicos han de tener muy presente que, a todos los efectos, han dejado de ser los padres del adoptado.⁴¹

57. Asimismo, en el propio Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se ofrece una justificación para la incorporación de esta nueva institución al Código Civil. Se alega que se trata de una medida pensada especialmente para los niños más mayores, cuya adopción resulta más difícil, en tanto que constituye una medida consensuada, de carácter permanente, que aporta estabilidad a los menores en el ámbito familiar.⁴² De este modo, se pretende flexibilizar la institución adoptiva, a fin de que la familia de origen asuma la “pérdida”, a la par que el menor se integra de manera estable en la familia adoptiva, sin que ello comporte el cese de las relaciones con su familia anterior.

58. Sin embargo, pese a los argumentos esgrimidos por el legislador español, se trata de una modalidad de adopción respecto de la cual no existe unanimidad en cuanto a su conveniencia.⁴³ Junto a ello, ya se ha puesto de manifiesto al explicar la fórmula de la *Special Guardianship*, como en otros países la figura de la adopción abierta no siempre ha sido bien acogida por las familias adoptantes, que han optado por el recurso a otras instituciones de protección de menores cuando las circunstancias del menor requerían una medida de naturaleza familiar y estable, al mismo tiempo que el mantenimiento de vínculos con la familia natural del menor.⁴⁴ A esto se suma la necesidad de que exista voluntad de colaboración entre la familia de origen y la adoptiva, que no en todo caso resultará una tarea sencilla.

59. Por estos motivos, también en nuestro país, la nueva modalidad de la adopción abierta ha sido acogida con reservas y así, se han puesto de manifiesto los posibles inconvenientes que pudiera comportar⁴⁵, dadas las diferencias existentes entre el ordenamiento jurídico español y los sistemas en los que tradicionalmente se ha venido regulando esta nueva modalidad de adopción, a lo que debe añadirse el distinto contexto sociológico en el cual ha arraigado esta institución. Más en concreto, se ha hecho especial hincapié en las diferencias existentes entre el procedimiento de adopción, tal y como se contempla en el Derecho español, en el cual la Administración Pública desempeña un importante papel en toda la fase previa a la constitución de la adopción, y la configuración de la adopción como un acuerdo privado entre los adoptantes y los progenitores del menor, sin apenas intervención pública, previsto en aquellos sistemas jurídicos en los que la institución de la adopción abierta ha tenido mayor acogida, como pudiera ser el de los EEUU. Con todo, también se considera que, en ciertos casos, el establecimiento de esta medida

⁴¹ Informe de la Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines, BOCG-Senado, IX Legislatura, núm.545, de 17 de noviembre de 2010

Al igual que ocurrió en la citada Comisión Especial del Senado, la posibilidad de la adopción abierta también fue objeto de debate en la Comisión redactora del Anteproyecto de 2011, si bien, finalmente, se optó por su no inclusión. Así lo observó el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de 2014. Vid. Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, Madrid, 11 de julio de 2014, p.75

⁴² Ya en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se puso de manifiesto el aumento de las adopciones abiertas de niños mayores o con necesidades especiales. Esto mismo se ha constatado en lugares como Austria o Inglaterra. Vid. Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>.

⁴³ Así lo hizo constar el CGPJ en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia, Madrid, 3 de octubre de 2014, p.85

⁴⁴ En efecto, así lo apunta el Consejo Fiscal, al indicar que la adopción abierta puede provocar las reticencias de los adoptantes, habida cuenta que no gozarán de idénticas independencia y privacidad que los demás padres. Vid. Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, Madrid, 11 de julio de 2014, pp. 75 y 76

⁴⁵ A este respecto, hay que atender a las observaciones realizadas por el CGPJ, que recomienda obrar con cautela, aun entendiendo que la adopción abierta puede resultar una medida conveniente en algunos casos. Vid. Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de la Infancia, Madrid, 3 de octubre de 2014, pp. 85 y 86.

Igualmente, ténganse en cuenta lo expuesto más arriba en relación con el informe del Consejo Fiscal, Vid. Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia, Madrid, 11 de julio de 2014, pp.75 y 76

puede ser conveniente para el adoptado, motivo por el cual la nueva regulación merece una calificación favorable, en tanto que supone otra alternativa más a tener en cuenta a la hora de acordar una adopción.⁴⁶

60. En cuanto a la extensión con la cual se ha regulado la adopción abierta en el Derecho español, hay que dejar claro que, pese conllevar la extinción de vínculos entre el adoptado y su familia anterior, permitiría la subsistencia de algún tipo de relación o contacto entre ellos, mediante visitas o comunicaciones, si bien, por lo demás, sus efectos son idénticos a los de la adopción tal y como se recoge en la regulación vigente, es decir, a los de la adopción plena.⁴⁷ Ténganse en cuenta aquí que el art.178.4 Cc está formulado de manera muy elástica, sin precisar el contenido y alcance de las visitas o comunicaciones, en que consistirían las relaciones o contactos. Del mismo modo, a salvo la referencia a los hermanos biológicos, el precepto tampoco concreta los miembros de la familia de origen con los cuales el adoptado va a seguir manteniendo comunicación, correspondiendo concretar a la Entidad Pública y al Juez cuáles son, en función del interés del menor, los familiares con los que el adoptado puede mantener relación.⁴⁸

61. Este nuevo tipo de adopción operará cuando así se indique expresamente en la resolución judicial por la que se constituye la adopción, previa propuesta de la Entidad Pública⁴⁹ o del Ministerio Fiscal⁵⁰ y valoración en interés del menor, siendo necesario que la familia adoptante y el menor mayor de doce años o que tenga suficiente juicio, emitan su consentimiento.⁵¹

62. Se prevé, asimismo, que profesionales de la Entidad Pública apoyen a las partes y tomen medidas para el seguimiento de la relación, debiendo informar sobre la conveniencia o no de su mantenimiento, tras evaluar los resultados en relación con el menor y prevaleciendo en todo caso el interés del adoptado sobre los deseos de los adoptantes y la familia de origen.⁵² Nótese aquí que, como en su día subrayó el Consejo de Estado, será el Juez que constituya la adopción la autoridad competente para aprobar, en interés del menor, el convenio por el cual se establezcan los términos en los que podrán tener

⁴⁶ En cuanto a la doctrina, cabe destacar las observaciones realizadas por C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, pp.344-349 y M.V. MAYOR DEL HOYO, “Comentario al artículo 176 bis”, en A.CAÑIZARES; P.DE PABLO; J.ORDUÑA; R.VALPUESTA, *Código Civil comentado*, vol.I, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2016, p.949.

⁴⁷ Como pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE, la reforma ha supuesto una flexibilización del régimen de la adopción, si bien no se ha modificado en lo fundamental la regulación de esta institución. Vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable: una nueva reforma de la adopción”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.322

⁴⁸ Muy interesante resulta en este punto la reflexión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, que sostiene que la figura de la adopción abierta puede involucrar a varias familias, la de origen de los menores y en su caso, las adoptivas de cada uno de los hermanos. Vid C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p.347

⁴⁹ Sobre este particular, también se ha puesto de relieve el importante papel que juega la Entidad Pública respecto a la institución de la adopción abierta, habida cuenta que se encuentra facultada para acordar una guarda preadoptiva abierta, tal y como se deduciría de los arts.176 bis 2 y 178.4 Cc. Del mismo modo, se ha indicado que es la Entidad Pública la que considera la conveniencia de constituir una adopción abierta en el momento de declarar la idoneidad de los adoptantes y formular la propuesta previa, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a la disposición de las personas que se ofrecen para la adopción. A este respecto, puede consultarse C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO(Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, p.346 y A.LÓPEZ AZCONA, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, Enero de 2016, p.76

⁵⁰ Por la Defensora del Pueblo se indicó que cabría introducir la posibilidad de que el Juez valorara la posibilidad de una adopción abierta a instancias del menor con suficiente juicio, cuando éste solicitara el mantenimiento de contactos y relaciones con su familia de origen o con una previa familia de acogida. Consúltase, *Consideraciones sobre los Anteproyectos de Ley de Protección a la Infancia y de Ley Orgánica complementaria*, Madrid, 13 de mayo de 2014, p.11

⁵¹ Por parte del Consejo Fiscal se abogó por la necesidad de un “triple consenso” entre los padres biológicos, los adoptantes y el adoptado. Vid. *Informe al Anteproyecto de Ley de Protección de la Infancia*, Madrid, 11 de julio de 2014, p.76

⁵² En relación con la primacía del interés del menor respecto de sus progenitores, ténganse en cuenta lo explicado en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, “Capítulo 15. La historia interminable...cit”, en M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa del 2015*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, p.345, así como en M.V. MAYOR DEL HOYO, “Comentario al art.178”, en A.CAÑIZARES; P.DE PABLO; J.ORDUÑA; R.VALPUESTA, *Código Civil comentado*, vol.I, 2ª ed., Madrid, Thomson Reuters Civitas, 2016, p.949

lugar las relaciones y los contactos entre el adoptado y su familia de origen, siendo garantía del cumplimiento de dicho acuerdo el posterior seguimiento que corresponde llevar a cabo a la Entidad Pública.⁵³

63. Vistos los interrogantes que deja abiertos la regulación del Código Civil, cabe preguntarse como se va a desarrollar en la práctica la implantación de esta modalidad de adopción en España. Es obvio que el tiempo transcurrido desde la incorporación de esta figura al Código Civil no permite realizar un diagnóstico preciso a este respecto. Con todo, existen algunas investigaciones que corroboran que la implantación de la adopción abierta en nuestro país está siendo lenta, en particular, por el temor a que surjan sentimientos de rivalidad entre la familia adoptante y la biológica.⁵⁴ También analizan los inconvenientes derivados de los procesos de adopción abierta, contando con la perspectiva de distintos expertos que intervienen en el desarrollo de los expedientes de acogimiento familiar y adopción, a los cuales se les consultó sobre las siguientes cuestiones relacionadas con cinco aspectos: 1) conocimiento de la población en general sobre adopción abierta, 2) posibilidades de implantación en España, 3) ventajas e inconvenientes de la medida, 4) tipología de casos en los que ven más viable o difícil su desarrollo y 5) algunas garantías a tener en cuenta.⁵⁵

64. Resumiendo las conclusiones alcanzadas por los expertos entrevistados, todos coinciden en que no se puede exportar el modelo de otros países, debido a la diferente concepción de la familia y de la institución adoptiva que se tienen en España. A su entender, el mecanismo más oportuno para el buen funcionamiento de la adopción abierta sería la mediación, en tanto que permite planificar las relaciones entre el adoptado y la familia adoptante con la familia biológica, mediante la intervención de personal cualificado, tanto al inicio del proceso como a lo largo del tiempo y conforme lo requiera el interés del menor. En este sentido, recomiendan que los contactos se establezcan atendiendo principalmente al beneficio del niño, de forma gradual y pactada, sin olvidar, aún quedando en un segundo plano, el respeto a las familias. A tal fin, se insiste en la necesidad de ofrecer preparación y apoyo adecuados a ambas familias y al niño por profesionales debidamente formados, con carácter previo a la constitución de la adopción abierta así como en posteriores seguimientos.⁵⁶

65. Por lo demás, la mayor parte de los agentes intervinientes entienden que la adopción abierta no debe acordarse como primera medida, sino que resulta más beneficiosa en aquellos supuestos en que el niño se encuentra en situación de acogimiento familiar permanente, en tanto que proporciona mayor seguridad y estabilidad.⁵⁷

66. Para terminar las referencias al Derecho español, cabe añadir que esta figura presenta un antecedente en nuestro país en el Código de Derecho Civil de Cataluña. Ciertamente, el art.235-47 apartado 4 de dicho texto legal prevé que la autoridad judicial pueda disponer el mantenimiento de las relaciones personales entre el adoptado y su familia de origen, de forma excepcional y a petición de la Entidad Pública competente o del Ministerio Fiscal, en los supuestos del art.235-44-4 o de existir víncu-

⁵³ Así lo subrayó el Consejo de Estado en su *Dictamen relativo al Anteproyecto de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia*, Madrid, 27 de noviembre de 2014, p.102

⁵⁴ N. GARCÍA SANJUAN Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, *Mediación y adopción: Construyendo puentes familiares*, <http://hdl.handle.net/11531/24467>

⁵⁵ En este sentido, resulta muy interesante el estudio realizado por A. ROSSER LIMIÑANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, en “Retos y dificultades para la implantación de la adopción abierta en España. El papel de la mediación”, *Mediaciones Sociales*, Vol. 16 (2017), Madrid, Ediciones Complutense, pp.175-191, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115>

⁵⁶ Sobre las ventajas de la mediación en la adopción abierta, pueden consultarse A. ROSSER LIMIÑANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO “Retos y dificultades...cit”, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115> y N. GARCÍA SANJUAN Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, *Mediación y adopción...cit*, <http://hdl.handle.net/11531/24467>. En esta última obra se destaca que la mediación favorece la consecución de decisiones consensuadas entre las familias implicadas acerca de la clase de relaciones que se van a establecer, así como que la intervención del mediador resulta indispensable en el desarrollo de los contactos entre el adoptado y su familia biológica.

⁵⁷ Vid. A. ROSSER LIMIÑANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, “Retos y dificultades...cit”, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115>

los afectivos cuya ruptura resulte gravemente perjudicial para el interés del menor. Este último precepto, está específicamente dirigido a la adopción internacional y regula la constitución de la adopción respecto de menores en cuyos países de origen no exista la adopción ni ninguna otra institución equivalente y que se encuentren en situaciones análogas al acogimiento o a la tutela, constituidas en el extranjero con finalidad protectora permanente, como sería el caso de la *Kafala* de Derecho islámico.⁵⁸

67. En ambos casos, no parece que el mantenimiento de los vínculos o relaciones personales con la familia de origen que comportan tanto la nueva figura de la adopción abierta, recientemente introducida en el Código Civil, como el supuesto recogido en el Código de Derecho Civil de Cataluña, supongan una suerte de reintroducción de la adopción simple en nuestros sistemas jurídicos, sino tan solo una flexibilización de la estricta regulación existente en materia de adopción.

68. Efectivamente, por lo que respecta al Código Civil, resulta evidente que el régimen de la institución adoptiva se corresponde con el de la denominada adopción plena, en tanto que entre sus efectos se prevé la extinción de vínculos jurídicos de filiación entre el adoptado y su familia anterior, pese a permitir que continúen las relaciones entre ellos.

69. En cuanto al Derecho catalán, es obvio que, al igual que el Código Civil, lo que se contempla es un modelo similar al de adopción abierta, toda vez que, recuérdese, la iniciativa para introducir la figura de la adopción simple se rechazó al aprobarse el Código Civil de Cataluña.⁵⁹

70. Con el fin de concluir este apartado, parece oportuno referirse brevemente al tratamiento que de la institución de la adopción abierta se está llevando a cabo desde la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En esta sede, cabe destacar la labor de la “Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional”. Destacar que en dicha Comisión se ha hecho especial hincapié en que han de garantizarse los intereses de todos los intervinientes, teniendo en cuenta que la adopción transnacional, que prevé el CH 1993, comporta el traslado del menor desde el Estado de origen hasta el Estado de recepción, con ocasión de la adopción.

71. En este contexto, debe observarse que la adopción abierta se ha planteado como una alternativa mucho más flexible a la adopción plena, que permite garantizar en mayor medida los derechos de todos los intervinientes en la adopción, respetando los de los padres biológicos, llegando a afirmarse que la institución de la adopción plena produce un trastorno de las relaciones familiares, sobre todo, si se trata de una adopción internacional. No obstante, se alega también que la adopción abierta no resulta la institución más adecuada para todo tipo de menores y en cualquier caso, sólo deberá formalizarse cuando constituya la decisión más beneficiosa para el adoptado.⁶⁰

⁵⁸ También se ha hecho referencia a algunas normas autonómicas que, al regular la mediación familiar, han contemplado la posibilidad de establecer relaciones entre el adoptado y su familia de origen. En este sentido, se citan el art. 3 Ley 7/2001 reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, el art. 5 Ley 1/2007 de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid y los arts. 3.e y 24 Ley 1/2015 del Servicio Regional de Mediación Social y Familiar de Castilla-La Mancha. Vid. A. LÓPEZ AZCONA, “Luces y sombras ...cit”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, Enero de 2016, p.72

⁵⁹ F. RIVERO HERNÁNDEZ, *La familia del siglo XXI: algunas novedades del Libro II del Código Civil de Cataluña (Enero 2011)*, Id. vLex: VLEX-381987926, <http://vlex.com/vid/381987926>

⁶⁰ CENTRO INTERNACIONAL DE REFERENCIA PARA LOS DERECHOS DEL NIÑO PRIVADO DE FAMILIA (SSI/CIR) “¿Cuáles son las alternativas a la adopción plena?”, *Boletín Mensual* n° 7-8/2006, 2006, http://www.iss-ssi.org/2007/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/Edito20067-8esp_000.pdf, y Documento Informativo No 4 de junio de 2015 a la atención de la Comisión Especial de junio de 2015 sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, <https://assets.hcch.net/upload/wop/ica2015infdoc04es.pdf>. En este último documento, se destacan ventajas tales como que la adopción abierta salvaguarda el derecho del adoptado a conocer a sus progenitores, permitiendo una continuidad en los vínculos, sin abandonar su sentido de pertenencia a la familia de origen. Se dice además que fortalece las relaciones entre todos los participantes de la adopción, facilitando la decisión de los padres biológicos a la hora de dar al niño en adopción. Entre los riesgos, refiere la insuficiente preparación o asistencia profesional para llevar a cabo los contactos, así como la difícil protección de los intereses de los intervinientes cuando se producen prácticas ilegales o existe una separación como consecuencia de la adopción.

72. A este respecto y con la finalidad de potenciar los beneficios y reducir los riesgos que pudieran surgir en la práctica, la Comisión ha estudiado las ventajas e inconvenientes de esta modalidad de adopción, comparando las legislaciones existentes en distintos Estados, concluyendo que el contacto entre el adoptado y su familia de origen puede ser beneficioso en ciertos casos, siempre en interés del menor y en función de sus deseos. Insiste la Comisión Especial en que no puede haber contacto alguno entre el adoptado y los adoptantes antes de la asignación, tal como prevé el art.29 CH 1993, así como en la necesidad de que las partes cuenten con la asistencia de los profesionales adecuados, tanto antes como después de los contactos, y en que las relaciones entre el menor y su familia biológica no han de estar prohibidas por la legislación interna.⁶¹

C. Algunas consideraciones a favor de la recuperación de la adopción simple

73. Dejando al margen las propuestas debatidas en la “Comisión Especial de Estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines”, ya comentadas, parece oportuno estudiar brevemente algunos de los argumentos que pudieran fundamentar la posible reintroducción de la figura de la adopción simple en nuestro Derecho positivo, indicando, asimismo, la repercusión que esta recuperación tendría desde el punto de vista del reconocimiento de las adopciones internacionales.

74. En este sentido, no puede desconocerse la importancia de la realidad social y cultural en la que se desenvuelven tanto la familia de origen como los adoptantes, en particular, por lo que respecta al ámbito de las adopciones internacionales, en el cual las diferencias en este punto pueden ser verdaderamente significativas. Como tampoco pueden dejarse de lado circunstancias del menor, tales como edad, problemas de salud, discapacidad o las dificultades que presenta la adopción de varios hermanos. Ello supone que, junto a las cuestiones de índole jurídica, es posible que confluyan otros factores que afectan a lo que se conoce con el nombre de “triángulo adoptivo”⁶², los cuales pueden dar lugar a nuevas necesidades e inconvenientes, a los que se habrá que encontrar solución, toda vez que podrían condicionar el proceso de adopción y habida cuenta que de los mismos podría depender el éxito de esta medida.

75. A la vista del contexto explicado y ante la complejidad de las situaciones que derivan del mencionado “triángulo adoptivo”, cabría replantearse si sería posible que se dieran casos en los que el adoptado mantuviera vínculos con su familia anterior que no resultase aconsejable romper. En estos supuestos el interés del menor podría salvaguardarse en mayor medida con una institución de carácter estable y de rango superior al acogimiento familiar permanente, como es la figura de la adopción simple. Esta fórmula facilitaría el desarrollo del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, allanando al mismo tiempo el proceso de construcción de su identidad, en tanto que promovería la continuidad de la historia familiar, sin dejar de lado el pasado. Ello, por cuanto, al permitir la coexistencia de dos filiaciones paralelas, no se produciría la suplantación de la verdadera identidad del adoptado mediante la sustitución los lazos de filiación biológicos por un nuevo vínculo ficticio de naturaleza exclusivamente jurídica⁶³, como así han puesto en evidencia los detractores de la adopción plena.⁶⁴

⁶¹ Vid. Conclusiones y Recomendaciones aprobadas por la Cuarta reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional, https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2015concl_es.pdf

⁶² La expresión hace referencia al triángulo compuesto por la familia adoptiva, la familia de origen y el adoptado y ha sido empleada por autores como Berástegui y Gómez o Brodzinsky, según indican N. GARCÍA SANJUÁN Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, *Mediación y adopción...cit*, <http://hdl.handle.net/11531/24467>

⁶³ En lo referente a este externo, cabe extrapolar aquí los argumentos esgrimidos a favor de la adopción abierta, de la cual se sostiene que minimizaría un hipotético conflicto de lealtades del menor con las familias adoptiva y biológica. En este sentido, resulta muy significativos los resultados de la investigación llevada a cabo en A. ROSSER LIMIÑANA Y A. BERÁSTEGUI PEDRO-VIEJO, “Retos y dificultades...cit”, <https://revistas.ucm.es/index.php/MESO/article/view/58115>. Se transcribe el siguiente párrafo extraído de una de las entrevistas: “Es como una secuencia más natural de la vida, digo, “Aquella familia me tuvo, pero no me pudo criar, yo para vivir he necesitado dos familias, ésta es la que me cría todos los días, la que... con la que vivo”. De alguna manera tener permiso oficial ¿no?, no porque esté firmado en un papel, sino que esta familia acepta esta otra familia, y esta familia mía con la que yo vivo ahora acepta a los míos, a la larga tiene que ser beneficioso ¿no?”

⁶⁴ Vid. I. BRENA SESMA, *Las adopciones en México y algo más*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp.31-32

76. Asimismo, al reducir el sentimiento de pérdida e incluso de culpa, la posibilidad de constituir una adopción simple facilitaría el otorgamiento de las preceptivas declaraciones de voluntad por parte de los padres adoptivos, simplificando, de este modo, el proceso de adopción.

77. Por último, debe indicarse que, en los últimos tiempos, ha surgido una corriente doctrinal que, sobre la base de una tesis “naturalista”, defiende la vuelta a la adopción simple para solventar los problemas que derivan de la filiación homoparental, en cuanto que comporta un vínculo con la familia biológica, en el plano teórico heterosexual.⁶⁵

78. Respecto a la adopción internacional, hay que indicar que la reintroducción de un nuevo régimen sustantivo de la adopción simple o no plena en nuestro ordenamiento jurídico no sólo permitiría la constitución en España de una adopción de este tipo, conforme al art.18 LAI, sino que, además, daría respuesta a muchos de los inconvenientes que suscita la eficacia en nuestro país de las adopciones simples o no plenas constituidas por autoridades extranjeras y que serán explicados a continuación.⁶⁶

79. En cualquier caso, será el interés del menor el parámetro que servirá para determinar si la adopción simple o no plena resultará ser la medida más conveniente en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias presentes en la situación.

III. La recepción de la adopción simple en la sociedad española a través de la adopción internacional

80. En los epígrafes anteriores se ha explicado como las últimas reformas legislativas han favorecido una flexibilización del contenido de la institución adoptiva, si bien no hasta el punto de recuperar la figura de la adopción simple, pese a las diferentes propuestas que se han realizado en los últimos años para volver a regular esta institución en nuestro Derecho sustantivo. Corresponde ahora examinar de qué manera se ha reintroducido la figura de la adopción simple desde la perspectiva de las normas de Derecho internacional privado español y cuáles son los aspectos que quedan amparados por ésta, en particular, desde el punto de vista del ámbito de aplicación material de la LAI. A tal fin, se analizará de forma comparativa la regulación en el CH 1993, a fin de reseñar las principales diferencias.

1. La noción de adopción simple o no plena a los efectos de la LAI

81. En aras a una mejor comprensión del estado actual de la cuestión, conviene, en primer lugar, delimitar qué debe entenderse por adopción internacional a los efectos de la LAI y verificar si la adopción simple tiene cabida en esta definición.

A. La existencia de un vínculo de filiación y la relevancia del elemento extranjero

82. Inicialmente, es preciso establecer el concepto de adopción según la LAI, cuestión esta un tanto compleja desde la reforma efectuada por la Ley 26/2015. Lo cierto es que la definición que ofrecía el art.1.2 LAI, en su versión original, resultaba muy explícita, puesto que hacía pivotar la noción de adopción internacional sobre dos elementos: la existencia de un vínculo de filiación⁶⁷ y la presencia de

⁶⁵ Vid. J. FLORES RODRÍGUEZ, “Nuevas formas de familia, filiación y técnicas de reproducción asistida”, *Actualidad Civil*, Nº 5, Sección Estudios de Jurisprudencia, Mayo 2014, p. 541, tomo 1, Editorial Wolters Kluwer. El autor critica esta tesis con fundamento en que las normas han de interpretarse en estos casos con fundamento en el principio de diversidad familiar (vida familiar) y no al contrario.

⁶⁶ En este sentido, sería posible establecer una solución similar a la prevista en el art.370.5 del *Code civil* francés, introducido por la *Loi n° 2001-III, du 6 février*, que especifica que los efectos de la adopción extranjera serán los previstos en la ley francesa, siempre y cuando aquélla rompiera completamente y de forma irrevocable, los vínculos jurídicos de filiación preexistentes

⁶⁷ Cabe observar aquí que ni en la definición de adopción internacional del art.1.2 del Anteproyecto, así como tampoco en la redacción que le otorgaba el Proyecto de Ley de Adopción Internacional remitido al Congreso, aparecía mención alguna a si por

un elemento extranjero, condicionado a la nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptando.⁶⁸ Esta definición concordaba con lo dispuesto en el CH 1993 en lo referente al vínculo de filiación⁶⁹ y en consecuencia, comprendía la figura de la adopción simple⁷⁰, dejando fuera de su ámbito de aplicación a otras figuras similares que no comportan el establecimiento de dicho vínculo, como la *kafala* de Derecho islámico o la *Special Guardianship*, antes mencionada. Sin embargo, la versión anterior de la LAI no tenía en cuenta que el Convenio sólo se aplica a las adopciones transnacionales, en las que se produce el desplazamiento internacional del adoptado con ocasión de la adopción.

83. Ahora bien, el art.1.2 LAI ha sido modificado por la Ley 26/2015⁷¹, de tal manera que la noción de adopción internacional prevista en dicho precepto ha sufrido variaciones que inciden, de manera muy particular, en la configuración del elemento extranjero de la adopción, pero también, en el requisito del vínculo de filiación y en la posibilidad de que el concepto de adopción incluya o no a la adopción de mayores de edad o de menores emancipados.

84. En concreto, en el Preámbulo de la Ley 26/2015 se justifica la reforma en su intención de definir el concepto de adopción internacional a los efectos de la LAI como lo hace el CH 1993, esto es, limitándolo a las adopciones transnacionales.⁷² No obstante, contrariamente a las previsiones del

adopción internacional cabría entender, además de aquella que presentase un elemento extranjero, la que estableciera un vínculo jurídico de filiación. Sobre este particular, hay que señalar que el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda de modificación, en la cual se introducía la idea de que la adopción genera ente adoptante y adoptado un vínculo jurídico equivalente a la filiación por naturaleza entre padres e hijos. La redacción original del art.1.2 LAI incorporó este requisito, si bien no con el alcance previsto en la enmienda del Grupo Popular, toda vez que en el texto definitivo ya no se requería que este vínculo de filiación fuese equivalente al de la filiación biológica. De este modo, se daba entrada en la LAI a las adopciones simples o no plenas. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007, BOCG. Senado, serie II, núm. 140-d, de 10/12/2007, DS Congreso de los Diputados, Comisiones, núm.949, de 22/11/2007 y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007

⁶⁸ A diferencia del CH 1993, acogía aquí el legislador español la tesis del “elemento extranjero puro”, según la cual, una situación privada tiene carácter internacional cuando presenta al menos un elemento extranjero, cualquiera que éste sea. Esta tesis fue introducida por J. Maury, tal como indican A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Comares, Granada, 2008, p. 40

⁶⁹ En efecto, el art.2.2 del citado Convenio prevé: “El Convenio sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación.” De igual manera se pronuncia el art.1.2 del Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008 (B.O.E. 13 Julio 2011). Por su parte, el art.2 de la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción define la adopción como una “relación jurídica paternofamiliar permanente entre un menor y un adoptante o unos adoptantes que no sean los progenitores de ese menor.” Vid. <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A8-2016-0370&language=ES#title4>

⁷⁰ De otro lado, recuérdese que el Grupo Parlamentario Popular presentó una enmienda de modificación, en la cual se introducía la idea de que la adopción genera ente adoptante y adoptado un vínculo jurídico equivalente a la filiación por naturaleza entre padres e hijos. Como puede verse, la redacción original del art.1.2 LAI incorporó este requisito, si bien no con el alcance previsto en la enmienda del Grupo Popular, toda vez que en el texto anterior a la reforma del 2015 ya no se requería que este vínculo de filiación fuese equivalente al de la filiación biológica. De haberse aceptado la enmienda, la LAI sólo habría operado en relación con las adopciones plenas, mientras que las adopciones simples o no plenas habrían quedado fuera del ámbito de aplicación material de la Ley. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007, BOCG. Senado, serie II, núm. 140-d, de 10/12/2007, DS Congreso de los Diputados, Comisiones, núm.949, de 22/11/2007 y DS. Senado, Comisiones, núm. 553, de 11/12/2007

⁷¹ CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ apuntaron que el legislador español de la LAI tomó especialmente en consideración que en Derecho comparado existen ordenamientos jurídicos extranjeros que incorporan instituciones o modelos de adopción que no coinciden exactamente con la vigente regulación de la adopción en la legislación sustantiva española y por este motivo, dispuso que, de algún modo, los demás “modelos jurídicos” estatales de adopción puedan proyectar más allá de sus fronteras su propio “espacio aplicativo”. A.L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, N° 1, p.79, www.uc3m.es/cdt

⁷² El vigente art. 1.2 trae causa del art.3.2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29 julio 2015)

⁷³ En este punto, debe advertirse que la vigente ley ha recuperado en cierta manera la versión del Anteproyecto y del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, dado que el art.1.2 LAI en su redacción dada por la Ley 54/2001, no coincidía con lo previsto en ellos. Así, tanto el texto original del art.1.2 del Anteproyecto como el del Proyecto rezaban como sigue: “Se entiende por “adopción internacional” aquella que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos, y especialmente, aquella en cuya virtud un niño con residencia habitual en un Estado ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado, bien después de su adopción, bien con la finalidad de constituir tal adopción en otro Estado”.

Convenio, desde la Ley 26/2015 el art.1.2 LAI no contempla expresamente la nota relativa al establecimiento de un vínculo de filiación como presupuesto definitorio de la adopción. La versión actual de este precepto resulta tan ambigua que de la misma surge la duda de si por adopción ha de entenderse tanto la adopción plena como la adopción simple o no plena. Tampoco permite distinguir la institución adoptiva de otras figuras afines de protección de menores que no instituyen vínculos de filiación de ningún tipo, como la *kafala*, la *Special Guardianship* o el acogimiento familiar.

85. Aún así, pese al silencio de la ley, los interrogantes que genera este artículo pueden responderse mediante una explicación conjunta de los arts. 1.1 1.2, 26, 30 y 34 LAI, de lo cuales cabe interpretar que el vínculo de filiación está implícitamente comprendido en la definición de adopción internacional cubierta por la LAI, alcanzando tanto a las adopciones plenas como las simples y descartando las medidas de protección que no impliquen este vínculo.⁷³ Esta interpretación es la más respetuosa con el espíritu del CH 1993, que no hace distinción entre adopciones plenas o simples o menos plenas, ya sean éstas revocables o no, siempre que conlleven el establecimiento de un vínculo de filiación entre el adoptado y el adoptante o adoptantes⁷⁴, y diferencia de este modo, con total claridad, la institución adoptiva de aquellas otras figuras de protección de menores que no generan estos lazos de filiación. Más aún, teniendo en cuenta que el propósito de la Ley 26/2015 es adaptar la definición de adopción internacional a la de dicho Convenio, según reza en su Preámbulo. No parece, por tanto, razonable la eliminación de una nota como la del establecimiento de vínculos jurídicos de filiación, en tanto que resulta determinante para calificar una institución como adopción

86. Dicho esto, resulta claro que el contenido y alcance de la institución adoptiva tal como se contempla en la LAI es más extenso que el concepto de adopción recogido en el Código Civil, en tan-

El contenido que finalmente se incorporó a la primitiva LAI tuvo su origen en las enmiendas introducidas durante la tramitación parlamentaria de la LAI y más concretamente, por una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) en el Congreso, y por otra formulada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso y posteriormente, en el Senado. Como consecuencia de tales enmiendas, la referencia al desplazamiento del adoptando fue eliminada del texto del Proyecto que, posteriormente, se envió a la Comisión de Justicia del Senado para la presentación de enmiendas, permaneciendo únicamente la nota relativa al elemento extranjero en el concepto de adopción internacional. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-1, de 29/06/2007 y BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-11, de 12/11/2007.

⁷³ Obsérvese que el Título II de la LAI se ocupa de la eficacia en España de la adopción constituida por autoridades extranjeras, distinguiendo, a su vez, la eficacia de las adopciones que despliegan efectos equivalentes a los de la adopción regulada por el Derecho español, independientemente de la denominación legal de la institución en el Derecho extranjero (arts.26), de la eficacia de las adopciones simples o no plenas (art.30); mientras que el Título III tiene por objeto otras medidas de protección de menores, incidiendo el art.34 LAI en la idea de que se trata específicamente de instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación.

⁷⁴ Sin embargo, en relación con el art.2.2 CH 1993, ha de puntualizarse que el art.c) del Documento preliminar nº4, expuesto ante la Comisión especial recogía la siguiente definición de adopción a los efectos del Convenio: “cualquier institución jurídica que cree un vínculo de filiación permanente de carácter social y jurídico”, si bien no se obtuvo el consenso necesario para su aprobación, lo que explica que el Proyecto del Convenio carezca de una definición de adopción.

Por su parte, el Documento de trabajo nº7, presentado por los EEUU ante la Conferencia Diplomática, proponía un segundo párrafo, cuyo tenor literal era el que a continuación se reproduce: “*A los efectos del presente Convenio por adopción se entiende cualquier procedimiento legal que termine de manera irrevocable el vínculo de filiación con los padres biológicos y que cree un vínculo de filiación con los padres adoptivos*”.

También España aportó su propia definición de adopción en el Documento 16, en el cual se recoge un concepto de adopción con los efectos de la adopción plena. Específicamente, en el citado documento se menciona que “a los efectos del presente Convenio “la adopción” se refiere al establecimiento de un vínculo de filiación entre el niño y los padres adoptivos y, en este caso, a la ruptura del vínculo de filiación entre el niño y su familia de origen”.

Destaca, por centrarse en las cuestiones relativas a los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, la noción propuesta por Corea en el Documento de trabajo núm.54, cuyo texto rezaba de este modo: “a los efectos de presente Convenio se entiende por adopción el acto jurídico que pone fin a todos los derechos y responsabilidades de los padres biológicos en relación al niño y se transfiere todos esos derechos y responsabilidades a los padres adoptivos.”

Finalmente, la mayoría de los participantes se pronunció a favor de una definición amplia de adopción, no coincidente únicamente con la adopción plena, en tanto que se permite que no se haga efectiva la ruptura de los vínculos jurídicos de filiación entre el adoptado y su familia anterior. Justamente, por haberse acogido este concepto amplio, el Convenio prevé el mecanismo de la conversión en su art.27. Vid. G. PARRA-ARANGUREN, *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección de niños y a la cooperación en materia de adopción internacional. Texto aprobado por la decimoséptima sesión. Informe explicativo de G. Parra-Aranguren*, pp.26-28

to que no equivale propiamente a la adopción regida por el Derecho español, sino que abarca a otras instituciones cuyos efectos no se corresponden con los de la adopción española, siempre y cuando las mismas generen un vínculo jurídico de filiación, lo que incluye a la figura de la adopción simple.

87. En otro orden de consideraciones, obsérvese que el art.1.2 LAI, en su redacción dada por la Ley 26/2015, habla de “menor”, sin que se deduzca con total precisión si por tal ha de entenderse el adoptando menor de dieciocho años, en los términos del CH 1993, o si la minoría de edad que contempla el precepto vendría determinada por la ley personal del adoptando, conforme al art.9.1 Cc. Podría concluirse, entonces, que habida cuenta que nada se precisa, será la ley nacional del adoptando la que determine cuando éste puede ser considerado mayor o menor de edad también a los efectos de aplicar la LAI, ya que no todos los ordenamientos jurídicos fijan de igual forma la mayoría de edad. En este punto, vista la ambigüedad de la norma, hay que poner en evidencia la posible contradicción que se aprecia en el texto en vigor, toda vez que, según se ha indicado, en el Preámbulo de la Ley 26/2015 se justifica la nueva redacción, alegando que se pretende definir el concepto de adopción internacional como lo hace el CH 1993, olvidando un dato primordial, que el citado Convenio sólo se aplica si el niño no ha cumplido los dieciocho años de edad.⁷⁵

88. Cabe preguntarse, entonces, cuáles son los presupuestos que se acomodan al CH 1993. A esta cuestión, hay que responder que, en consonancia con el Convenio, el art. 1.2 LAI contempla únicamente el supuesto de la adopción transnacional, en tanto que sitúa el elemento extranjero en el desplazamiento del adoptado a España por una familia adoptante residente habitualmente en nuestro país, bien después de la adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituirla en España. Esta previsión resulta lógica, si se tiene en cuenta que es en el Título I donde se recogen las cuestiones relacionadas con la política exterior y la cooperación de autoridades, que únicamente pueden afectar a las adopciones transnacionales.⁷⁶

89. De igual forma, surge la duda de si la definición de adopción internacional del vigente art.1.2 LAI ha de entenderse a los efectos de delimitar el ámbito de aplicación material de la LAI o únicamente a los efectos del Título I. En este punto, no puede desconocerse que, al establecer el ámbito de aplicación de la LAI, el art.1.1 LAI incluye una referencia expresa a la regulación de las normas de Derecho Internacional Privado relativas a la adopción en los supuestos en que exista un elemento extranjero. Luego, poniendo en relación el art.1.1 LAI con las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado, se constata que el nuevo ámbito de aplicación de la norma alcanza a todas aquellas adopciones que presenten un elemento extranjero, cualquiera que éste sea, se trate o no de adopciones transfronterizas en los términos del artículo 1.2 LAI. En consecuencia, del tenor literal del art.1.1 LAI, se colige que la definición de adopción internacional del actual art.1.2 LAI no se extiende a las normas de Derecho Internacional Privado del Título II, sino que abarca únicamente las cuestiones reguladas en el Título I.⁷⁷

⁷⁵ El Convenio deja de aplicarse si no se han otorgado las aceptaciones a las que se refiere el artículo 17, apartado c), antes de que el niño alcance la edad de dieciocho años.

⁷⁶ Junto con la referencia al Convenio de La Haya, el Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 justifica la reforma, argumentando que, a la vista de la definición que aparecía en el apartado 2 del artículo 1, las previsiones del título I no eran aplicables a muchos de los casos de adopciones internacionales sin desplazamiento internacional de los menores, habiéndose generado confusión en situaciones concretas. A este respecto, hay que decir que autores como CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ ya se refirieron en su momento a la existencia de un único caso que no quedaría cubierto por el anterior art.1.2 LAI y que sería aquel en el que la adopción se hubiera acordado por una autoridad extranjera, pero en la cual tanto los adoptantes como el adoptado fueran nacionales españoles y con residencia habitual en nuestro país. Como afirmaron estos autores, se trataría de un supuesto prácticamente inverosímil y del que no se conocían precedentes, motivo por el cual el legislador español no consideró necesaria su inclusión en la definición de adopción internacional que incorporaba el art.1.2 LAI, en su redacción original. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.41. A esto se suma que el caso planteado por los citados autores tampoco quedaría cubierto por el ámbito de aplicación del CH1993, toda vez que el citado Convenio no opera cuando las partes tengan su residencia habitual en el mismo país, en tanto que exige que el adoptando tenga su residencia habitual en el Estado de origen, mientras que los adoptantes han de tener su residencia habitual en el Estado de recepción. (art.2.1).

⁷⁷ Debe señalarse que existe una contradicción entre lo explicado en el Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015 y los términos en los que se encuentra redactado el art.1.2 LAI, habida cuenta que, en el primer caso, se explica que se define el

90. A la vista de las consideraciones anteriores, es evidente que en la redacción vigente de la LAI pueden diferenciarse dos conceptos de adopción internacional: uno, partiendo del art.1.2 LAI, a los efectos del Título I de la LAI, y otro, principalmente, con base en el art.1.1 LAI, en relación con el Título II de la LAI.⁷⁸ Ciertamente, el fundamento para entender el concepto de adopción internacional que engloba el Título II LAI se encuentra principalmente en el art.1.1 LAI, en relación con las disposiciones generales de Derecho Internacional privado, de donde se deduce una noción equivalente a la del anterior art.1.2 LAI: aquella que establece un vínculo de filiación y que presenta un elemento extranjero, cualquiera que éste sea y no únicamente el derivado de la nacionalidad o residencia habitual del adoptante o adoptado. También incluye las adopciones de personas mayores de edad y emancipadas, según se deriva de la mención genérica a la adopción recogida en el apartado 1 del art.1 LAI.⁷⁹

B. El contenido de la adopción simple o no plena en la LAI

91. Queda por definir qué se entiende por adopción simple o no plena internacional según la LAI. A tal fin, las definiciones comentadas en el epígrafe anterior han de conectarse con lo dispuesto en otros preceptos de la LAI. Concretamente, en sede de competencia judicial internacional se sitúa un precepto clave para alcanzar una noción concluyente de adopción simple o no plena internacional conforme a la LAI. En efecto, para lograr dicho propósito hay que acudir al actual art.15.3 LAI⁸⁰, donde se establece qué, a los efectos de la propia ley, por adopción simple o no plena se entenderá la constituida por autoridad extranjera competente y cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española.

92. A la vista de esta descripción, deben hacerse dos importantes observaciones. Así, primeramente, de la simple lectura del art.15.3 se extrae que la norma se refiere expresamente a las adopciones simples o no plenas constituidas por autoridad extranjera competente. De otro lado, no hay que perder de vista que para poder hablar de adopción simple o no plena en el sentido de la LAI, según el art.15.3 de LAI, además de haber sido decretada por la autoridad extranjera, la institución no debe desplegar efectos equivalentes a los de la adopción española. Cabría preguntarse, entonces, cuáles son estos efectos a los que alude el citado precepto.

93. Respecto a la primera de las cuestiones formuladas, del tenor literal del art. 15.3 LAI cabe concluir que no es posible la constitución por las autoridades españolas de una institución de este tipo, particularmente, porque, pese a estar situado en sede de competencia judicial, el art.15 recoge, no los foros para la constitución de la adopción, sino sólo para los supuestos de nulidad y conversión.

94. Ciertamente es que la redacción del párrafo 3 del art.15 LAI comienza utilizando la locución “a los efectos de lo establecido en esta ley”, expresión ésta que claramente comprende no sólo la eficacia

concepto de adopción internacional a los efectos de la LAI, mientras que dicha definición se predica en el apartado 2 del art.1 LAI a los efectos, no ya de la LAI, sino del Título I. La cuestión, no carece de relevancia, puesto que lo que regula dicho Título I es únicamente las disposiciones generales, que, dejando al margen el ámbito de aplicación, el objeto y finalidad de la ley y los principios informadores, se centran más bien en cuestiones relativas a la fase administrativa del proceso adoptivo, siendo que las normas de Derecho Internacional Privado se encuentran en el Títulos II.

⁷⁸ También sostiene esta opinión A.DURÁN AYAGO, en “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 451

⁷⁹ Recuérdese aquí que la noción de adopción internacional prevista en el vigente art.1.2 LAI únicamente opera respecto de las disposiciones del Título I, motivo por el cual, la exclusión de las adopciones de personas mayores de edad o emancipadas resulta más que justificada, toda vez que en este Título se regulan cuestiones relacionadas con la fase administrativa previa a la constitución de la adopción y que únicamente rigen respecto de las adopciones menores de edad, tales como la intervención de las Entidades públicas y de los organismos acreditados, así como la cooperación de autoridades y la idoneidad de los adoptantes. En cuanto a las normas de Derecho Internacional Privado, previstas en el Título II de la LAI, nuevamente, hay que partir del vigente art. 1.1 LAI, en el cual, como se ha dicho, se incorpora una referencia genérica a la adopción, de donde se deduce que comprende tanto la adopción de menores como la de personas mayores de edad o emancipadas.

⁸⁰ Debe advertirse que el contenido del art.15.3 LAI conforme a la Ley 26/2015 coincide en lo esencial, salvo pequeñas diferencias terminológicas, con el del art.15.4 LAI en su versión dada por la Ley 54/2007.

de las adopciones simples constituidas por competente autoridad extranjera, sino también los otros dos sectores clásicos del Derecho Internacional Privado, como son el de la competencia judicial internacional y el de la ley aplicable. Pero igualmente es verdad que en cuanto a estos dos últimos sectores, se desprende que, dado que se exige que la adopción simple se haya constituido por autoridad extranjera, se encuentran exclusivamente referidos a los supuestos del art.15 y más específicamente, a la conversión.

95. Otro dato del cual cabe deducir que no es posible constituir ante las autoridades españolas una adopción simple o no plena se desprende del nuevo art.42 de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que establece los foros de competencia para la conversión de la adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español y en el cual ya no aparece el foro del art.15.1. c) LAI, que atribuye competencia a los Juzgados y Tribunales españoles cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española.⁸¹ Es de suponer que el legislador, al aprobar la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria ha tenido intención de solventar las dudas que generaba la contradicción existente entre el actual art.15.3 LAI (anterior art.15.4), que define la adopción simple como la constituida por autoridad extranjera, y los criterios de competencia del art.15.1, en particular, en su apartado c), el cual pudiera hacer pensar que sería posible la constitución de una adopción simple por autoridades españolas.⁸²

96. De igual modo, del art.15.3 LAI se infiere con toda claridad que, en tanto que exige que la adopción simple se constituya por autoridad extranjera, está implícitamente descartando la posibilidad de constituir en España una adopción de este tipo. La cuestión queda fuera de toda duda, más aún, teniendo en cuenta que la reforma efectuada por la Ley 26/2015 ha suprimido el art.21 LAI y en la actualidad, sólo cabe la constitución de una adopción en nuestro país conforme a la ley española,⁸³ de acuerdo con el art.18, estando únicamente permitida la aplicación de una ley extranjera para lo previsto en los arts.19 y 20 LAI.⁸⁴

97. En cuanto a la pregunta planteada en relación a la segunda de las exigencias del art.15.3 LAI, la respuesta la ofrece la propia LAI, al regular el reconocimiento de las adopciones constituidas

⁸¹ Para una mejor comprensión de esta afirmación hay que explicar que el art.15.1 LAI está específicamente previsto para la declaración de nulidad de una adopción, si bien resulta aplicable asimismo para la conversión en adopción plena de una adopción simple o no plena en virtud de la remisión que hace a dicho artículo el párrafo 2 del art.15 LAI.

⁸² Llama la atención que el legislador no haya procedido a adaptar los criterios de competencia del art.15.1 LAI a los previstos para la conversión de la adopción en el art.42 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Publicado (B.O.E 3 Julio 2015). Esta cuestión se retomará más adelante, cuando se estudie el art.30.4 LAI.

⁸³ Evidentemente, esta posibilidad, no regulada expresamente por la LAI, en su caso, únicamente podría haber tenido lugar conforme a una ley extranjera, en virtud del antiguo art.21 LAI, pues está claro que se trata de una hipótesis que, de ningún modo, sería susceptible de producirse si la adopción hubiera de constituirse con arreglo al Derecho español, en tanto que, tal como se ha dicho, la figura de la adopción simple desapareció del Código Civil tras la reforma introducida por la Ley 21/1987.

Enlazando con la anterior, S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, manifestó la incoherencia del art.15.4 LAI (ahora art.15.3) con el resto de la regulación, especialmente, con la posibilidad incorporada por la redacción original de la LAI de que la adopción se rigiese por una ley extranjera, ya que esta ley, a su juicio, sí podría admitir las adopciones simples o menos plenas. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional", en *Diario La Ley*, N° 6910, Sección Doctrina, 25 Mar. 2008, Año XXIX, Ref. D-90, Editorial LA LEY.

Por su parte, CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ afirmaban que "las reglas sobre la competencia judicial internacional para la constitución de la adopción, revisión, y nulidad de la adopción contenidas en los arts.14-17 LAI serían aplicables a la adopción simple", al igual que "las normas de conflicto recogidas en los arts.18-23 LAI", que, según estos autores, indicarían la ley aplicable en ambos supuestos. Y ello, sobre la base de lo dispuesto en el antiguo art.1.2 LAI, que "incluye dentro del concepto de adopción internacional tanto la adopción simple como la adopción plena". Vid. A.L. CALVO CARAVACA, Y J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.294 y 295.

⁸⁴ No obstante, debe advertirse que la supresión del art.21 ha traído como consecuencia que existan adopciones que anteriormente pudieran quedar cubiertas por el mismo y que, sin embargo, no encuentran cabida en el vigente el art.18 LAI, toda vez que éste no ofrece ninguna solución al problema de la determinación del Derecho aplicable a las adopciones en las cuales el adoptando no tenga su residencia habitual en España al tiempo de la adopción, ni tampoco haya sido ni vaya a ser trasladado a España con la finalidad de fijar en nuestro país su residencia habitual. Quizás habría que reflexionar acerca de si en estos casos cabría la aplicación por las autoridades españolas de una ley extranjera que contemplase la adopción simple o no plena, siempre y cuando el interés del menor así lo requiriese y que el supuesto no presentase vínculos suficientes con nuestro país (art.23 LAI). Ello sucedería, por ejemplo, ante la hipótesis de que ni el adoptante ni el adoptado ostentasen la nacionalidad española y cuando la única conexión existente con España resultase de la residencia habitual del adoptante en nuestro país, en el momento de la presentación del ofrecimiento para la adopción a la Entidad Pública (art.14 LAI).

por autoridades extranjeras, en defecto de normas internacionales, en el art.26.2. De dicho precepto, en consonancia con lo dispuesto en el Código Civil, se desprende que los efectos que genera la adopción regulada en el Derecho español son la extinción de los vínculos jurídicos de filiación entre el adoptando y su familia anterior (178.1Cc), el establecimiento de vínculos jurídicos de filiación equivalentes a los de la filiación por naturaleza (art.108.1 Cc) y la irrevocabilidad. (180.1 Cc).⁸⁵

98. Luego, de los arts. 15.3 y 26.2 LAI se colige que, a los efectos de la LAI, por adopción simple o no plena ha de entenderse aquella constituida por autoridad extranjera cuyos efectos no resultan equivalentes a los de la adopción regulada por el Derecho español, es decir, las adopciones que establecen un vínculo jurídico de filiación entre el adoptado y el adoptante o adoptantes, sin extinguir los vínculos entre el adoptando y su familia anterior, y que pueden ser revocables o no.

C. Conclusiones acerca del concepto de adopción simple en la LAI

99. Después de analizar conjuntamente los vigentes arts.1.1, 15.3 y 26.2 de la LAI, podría concluirse que la noción de adopción simple o no plena que resulta comprendida dentro del ámbito de aplicación de la LAI es aquella institución constituida por autoridad extranjera, que presenta vinculación con distintos sistemas jurídicos⁸⁶, que al mismo tiempo que comporta el establecimiento de un vínculo jurídico de filiación entre el adoptante y el adoptado, no produce la ruptura vínculos entre éste y su familia anterior, y que puede ser revocable o no. Y ello, independientemente de que se trate de una adopción de un menor de edad o de una persona mayor de edad o emancipada. Ahora bien, esta definición anterior opera únicamente en relación con las normas de Derecho Internacional Privado del Título II de la LAI.

100. Por lo que respecta al Título I, atendiendo al tenor literal del art.1.2 LAI, junto con el vigente art.15.3 y el art.26.2 de la LAI, cabría considerar que la adopción simple o no plena internacional es aquella que conlleva el establecimiento de un vínculo de filiación, sin extinguir los vínculos jurídicos con la familia de origen, pudiendo ser revocable o no. Ello, siempre que se haya constituido por la autoridad extranjera respecto de un menor de edad no emancipado, conforme a su ley personal, residente en el extranjero, cuya adoptabilidad haya sido declarada por la autoridad extranjera competente. Junto a ello, se requiere el desplazamiento del adoptado a España por una familia adoptante residente habitualmente en nuestro país, bien después de la adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituirla en España. O lo que es lo mismo, hace referencia a la adopción transnacional.

101. Para terminar, cabría argumentar que lo más lógico hubiera sido no modificar la redacción del art.1.2 LAI, en particular, por lo que se refiere a una nota tan representativa de la institución adoptiva como es la del establecimiento de vínculos jurídicos de filiación entre el adoptando y la familia adoptante. Como justificación a esta afirmación, cabría alegar que al eliminar la referencia al vínculo de filiación, lo ambiguo de la definición no sólo plantea la cuestión de si por adopción ha de entenderse tanto la adopción plena como la adopción simple o menos plena, sino que, además, dificulta la distinción de la institución adoptiva de otras figuras afines de protección de menores, principalmente, el acogimiento y la *kafala*, que no comportan relaciones de filiación de ninguna clase. Sin contar con que, además, el texto del anterior art.1.2 LAI resulta más respetuoso con el tenor literal del art.2.2 CH1993, que únicamente opera respecto a las adopciones que generan un vínculo de filiación, más todavía, cuan-

⁸⁵ Ahora bien, conviene subrayar que el control de efectos al que se refiere el art.26.2 LAI, está previsto únicamente en el supuesto de que el adoptante o el adoptando sean españoles. Sin embargo, esta disposición en nada afecta al objeto del presente epígrafe, dado que consiste en delimitar qué debe entenderse por adopción simple o no plena a los efectos de la LAI y es el propio art.15.3 LAI el que, al definir qué debe entenderse por adopción simple o no plena, introduce el criterio de la no correspondencia de efectos con la adopción española. El art.26.2 LAI sólo se toma como fundamento para concretar cuáles son dichos efectos, que, por lo demás, están establecidos en el Código Civil español, tal y como se ha puesto de manifiesto a lo largo de este trabajo.

⁸⁶ Recuérdese que, tras la reforma de la Ley 26/2015, la referencia al elemento extranjero se amplía a cualquier circunstancia que vincule la situación con distintos sistemas jurídicos y no exclusivamente, a la nacionalidad o residencia del adoptante o del adoptado, en tanto que el art.1.1 LAI ya no menciona expresamente estas dos circunstancias

do el propio Preámbulo justifica la reforma en su intención de adaptar el concepto de adopción de la LAI al establecido en el citado Convenio.

2. Reconocimiento y efectos de las adopciones simples o no plenas: cuestiones prácticas

102. Después de haber establecido una definición de adopción simple o no plena a los efectos de la LAI, parece oportuno analizar los interrogantes que plantea en la práctica la reincorporación de esta institución desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado. En este sentido, hay que recordar que la LAI incorpora una regulación integral de los tres sectores básicos que componen el Derecho Internacional Privado, con la intención de dar respuesta a las principales cuestiones que suscitan en este ámbito las adopciones internacionales.

103. Ahora bien, dado que, como se ha explicado, la constitución de una adopción simple ante las autoridades españolas no resulta posible, los mayores problemas van a tener lugar en el sector de la eficacia de las resoluciones procedentes de autoridades extranjeras, donde no son extrañas las adopciones claudicantes, válidas en el Estado de origen, pero cuya existencia y validez no se reconocerá en el Estado de recepción. Como consecuencia de ello, en estos casos la adopción no podrá desplegar plenos efectos en España, debido a que la configuración de la adopción en el ordenamiento jurídico del país de origen no se corresponde con la prevista para la adopción en la legislación española.

104. A este respecto, cabe destacar que la LAI regula expresamente la validez y efectos en nuestro país de las adopciones simples constituidas por competente autoridad extranjera, lo que supone una importante novedad, dado que el legislador español nunca antes se había preocupado de las consecuencias que pudieran derivarse de la existencia en España de estas adopciones simples válidamente constituidas en otros países. Ello contribuye a rellenar las lagunas que en materia de reconocimiento planteaba el régimen anterior previsto en el art.9.5 Cc, así como a paliar las posibles contradicciones que nuestro sistema autónomo pudiera presentar en relación con lo dispuesto en los distintos instrumentos internacionales aplicables en el ámbito del reconocimiento y efectos de las adopciones simples internacionales, principalmente, por lo que se refiere al CH 1993, en cuyo ámbito de aplicación sí quedan comprendidas las adopciones simples de menores de dieciocho años.⁸⁷

105. Otro cambio significativo, del que también surgen cuestiones controvertidas, viene establecido en el art.30.4 LAI, que incorpora por primera vez la posibilidad de conversión de una adopción simple o no plena en una adopción tal como se regula en el Derecho español, circunstancia ésta que no resultaba factible conforme al régimen del anterior art.9.5 Cc, pese a hallarse contemplada en el art.27 CH 1993.

106. A partir de aquí sería interesante ponerse en la situación de una pareja española que se traslada a un país extranjero, donde constituye ante las autoridades de dicho país una adopción simple, que no produce la extinción de los vínculos con la familia de origen, conforme a lo previsto en su propia

⁸⁷ Con anterioridad a la vigencia de la LAI, aplicando el antiguo art.9.5 Cc, se venía denegando el reconocimiento de estas adopciones simples extranjeras y por ende, su acceso al RCE. En estos casos, la situación de los menores adoptados era ciertamente complicada, ya que lo normal era que hubiesen sido trasladados a España, donde residían con los adoptantes. Ante esta tesitura, la DGRN respondió equiparando estas adopciones simples extranjeras a un acogimiento familiar a fin de constituir una nueva adopción ante las autoridades españolas, sin que fuera necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública española, en los términos del art.176.2 Cc. Esto, o bien que los adoptantes procedieran a la conversión de la adopción simple en plena en el país de procedencia, si la ley de dicho país contemplaba dicha posibilidad. En este punto, hay que advertir que el art.27 CH 1993 prevé que la adopción simple pueda ser convertida en una adopción plena si la ley del Estado de recepción así lo permite y en el caso de que los consentimientos a los que se refiere el propio Convenio hayan sido emitidos para dicha adopción. Sin embargo, hasta la entrada en vigor de la LAI, la legislación española no recogía la posibilidad de convertir una adopción simple extranjera en una adopción con los efectos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, con lo cual, a los adoptantes sólo les quedaba la opción de constituir *ex novo* la adopción ante las autoridades españolas. A título ilustrativo, consúltese la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (B.O.E. 30 Agosto 2006)

ley, suponiendo que, una vez en España, los adoptantes solicitan el reconocimiento de dicha adopción y la inscripción en el RCE. Desde esta perspectiva, parece oportuno analizar los inconvenientes con los que se pueden encontrar los adoptantes, distinguiendo las adopciones decretadas con arreglo al CH 1993 de aquellas cubiertas por la LAI. En este sentido, se estudiará el régimen de reconocimiento previsto en cada caso y los efectos que comporta, así como las posibles soluciones por las que puede optar la familia adoptante si lo que desea es que dicha adopción surta plenos efectos en nuestro país, principalmente, desde el punto de vista de su posible conversión.

A. Adopciones constituidas al amparo del Convenio de La Haya de 1993

107. En primer lugar, si la adopción simple o no plena se ha constituido por una autoridad competente de un país signatario del CH 1993, hay que partir de la base de que el régimen de los arts. 25 a 31 LAI opera en defecto de norma internacional, por lo que el Convenio resulta de aplicación preferente. Ténganse en cuenta que el CH 1993 incluye a las adopciones simples de menores de dieciocho años dentro de su ámbito de aplicación (art.2.2 en relación con el art.3) y por lo tanto, las mismas quedan cubiertas por el sistema de reconocimiento de pleno derecho del que se benefician las adopciones certificadas conforme al Convenio (art.23), sean éstas plenas o simples, revocables o no, con la única salvedad de que la concreta adopción resulte manifiestamente contraria al orden público internacional del Estado contratante requerido (art.24). De la misma manera, no hay que perder de vista que el art.26.1 CH 1993 establece unos efectos mínimos que comporta el reconocimiento de toda adopción decretada con arreglo al Convenio, que se concretan en el establecimiento de un vínculo de filiación entre el menor y los adoptantes y la responsabilidad parental sobre el adoptado. No obstante, la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el adoptado y la familia de origen sólo se producirá si la adopción genera dicho efecto en el Estado contratante en el cual se constituyó. Junto a esto, el art.27 permite la conversión de la adopción simple en plena, de cumplirse las exigencias que establece dicho precepto.⁸⁸

108. El CH 1993 no regula las cuestiones propias de la inscripción registral y por tal motivo, habrá que acudir al art.30.3 LAI, que indica que la adopción simple o no plena no podrá ser objeto de inscripción en el Registro Civil Español Tan sólo procederá su anotación registral, por la vía del art.15 en relación con el art.38.3, ambos de la Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (art.40.3 Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. B.O.E. 22 Julio 2011). La anotación tiene un valor meramente informativo, no probatorio.

109. El Convenio tampoco establece normas específicas en materia de nacionalidad, siendo entonces de aplicación lo dispuesto en el mismo art.30.3 LAI, conforme al cual la adopción simple no comporta la adquisición de la nacionalidad española de acuerdo con el art.19 Cc. No obstante, existen dos vías para que un adoptado en forma simple devenga nacional español: La primera de ellas es el derecho de opción, previsto en el art.20.1.a) Cc, que otorga el derecho de optar por la nacionalidad española en el supuesto de que el interesado esté o haya estado sujeto a la patria potestad de un español. Y la segunda posibilidad sería la nacionalidad por residencia, recogida en el art.21.2 en relación con el art.22.2.c) Cc,

⁸⁸ De manera similar, la propuesta de Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción, en su art.3 recoge un sistema de reconocimiento automático en todos los Estados miembros de las resoluciones de adopción decretadas en otros Estados miembros, a condición de que el Estado miembro que acuerde la resolución sea competente de conformidad con el artículo 4 y que el reconocimiento no resulte contrario al orden público del Estado miembro requerido. No obstante, esta previsión queda matizada por lo dispuesto en el art.1.3. a) y b), que dispone que los Estados miembros no están obligados a “reconocer la existencia de cualquier relación jurídica entre los adoptantes de un niño adoptado como consecuencia del reconocimiento de una resolución de adopción” (art.1.3.a), ni tampoco a “adoptar resoluciones de adopción en circunstancias en las que el Derecho nacional aplicable no lo permita” (art.3.1.b). En cuanto a los efectos, el art. 12 contiene una previsión para los casos en que la resolución tenga por objeto una medida o una orden que no encuentre acogida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, de forma tal que la medida o la orden habrá de adaptarse, en lo posible, a una medida u orden prevista en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, sin más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen. En todo caso, el Reglamento no se aplicará a las resoluciones cubiertas por el CH 1993 (art.1.2.b)

que faculta al adoptado que resida en España bajo la tutela, guarda o acogimiento de un español durante al menos dos años a la adquisición de la nacionalidad por residencia en el plazo de un año.

B. Adopciones constituidas al margen del Convenio de La Haya de 1993

110. Por otro lado, si la adopción procede de un Estado que no es parte del CH 1993⁸⁹, hay que hacer hincapié en que, en contraste con el CH 1993, la LAI dispone de dos regulaciones diferentes en los artículos 26 y 30, según se trate de una adopción plena o de una adopción simple⁹⁰. En el primer caso, el art.26 establece un sistema de reconocimiento procesal mediante un triple control que deben cumplir las adopciones extranjeras para surtir efectos en nuestro país: el de competencia de autoridades, el del orden público internacional y el de correspondencia de efectos con la adopción española⁹¹. El fundamento para aplicar uno u otro régimen se sitúa en el art.26.2 LAI, que contempla el control de correspondencia de efectos con la adopción española, cuyo propósito es impedir que las adopciones simples o no plenas desplieguen eficacia en nuestro país como si fuesen una adopción regulada por el Derecho español. Recordando lo explicado respecto a los efectos de la adopción tal y como se contemplan en nuestro Cc, resulta claro que son tres los efectos jurídicos a los que se refiere la LAI y que deben estar presentes en la adopción extranjera: la extinción de vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia de origen, el establecimiento de vínculos de filiación equivalentes a los de la filiación por naturaleza y además, debe tratarse de adopción irrevocable por los adoptantes, si bien se admite la posibilidad de renunciar a la facultad de revocación, con ciertas condiciones.⁹²

111. En consecuencia, del cumplimiento de todos los requisitos exigidos en el art.26.2 LAI dependerá que la eficacia de una institución se rija por el art.26, previsto para las adopciones plenas⁹³, o por el art.30, dedicado a la adopción simple e incluso, por el art.34, de estar ante otra medida de protección de menores que no comporte el establecimiento de vínculos jurídicos de filiación. Por esta razón, el

⁸⁹ Recuérdese que, conforme al art.25 LAI el régimen previsto en la LAI entrará en juego únicamente en defecto de “Tratados y Convenios internacionales y otras normas de origen internacional en vigor para España”.

⁹⁰ El régimen del art.30 LAI se inspira en la interpretación dada al anterior art.9.5 Cc por la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006 (B.O.E. 30 Agosto 2006)

⁹¹ El texto en vigor no se corresponde con el original, aprobado por la Ley 54/2007. Hay que señalar que se mantiene el requisito de que la adopción haya sido constituida por autoridad competente, aunque, tras la Ley 26/2015, ya no se requiere que se trate de una autoridad pública, judicial o no, en sintonía con el art.176.1 Cc, de manera que se corre el riesgo de favorecer adopciones privadas, contrarias al interés del menor. Así lo pusieron de manifiesto al referirse a las adopciones en las cuales no se lleva a cabo un control público A.L. CALVO CARAVACA y J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, en “La Ley 54/2007...cit”, p. 178. También debe indicarse que la excepción de orden público internacional ha sustituido al anterior control de la ley aplicada en origen, con la intención de prevenir conductas fraudulentas, según reza el Preámbulo de la Ley 26/2015. Se acogen aquí las recomendaciones de un sector de la doctrina que sostenía que el control sobre la ley aplicada del anterior art.26.1.2º debía verificar si la misma se adecuaba o no al orden público internacional, teniendo en cuenta el interés del menor. Vid. S.ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, Nº 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2007, p. 2597, tomo 2, Editorial La Ley y F.CALVO BAVIO, “Revisión crítica de la nueva Ley de adopción internacional”, *Revista Iuris*, Marzo, 2008, p. 62. En cualquier caso, debe observarse que la incorporación de la excepción del orden público internacional al art.26.1.2º LAI resulta acorde con el CH 1993. Con ello, se ha subsanado la carencia que presentaba el sistema de reconocimiento previsto en el art.26 LAI para las adopciones cuyos efectos resulten equivalentes a los previstos en el Derecho español, en tanto que en el texto original la cláusula del orden público internacional sólo estaba prevista en el art.31 LAI respecto de la eficacia de las adopciones simples o menos plenas, habiendo desaparecido la referencia a las decisiones extranjeras de adopción, entendidas como plenas, tal como venía recogida en el art.28 del Anteproyecto de Ley de Adopción Internacional y en el art.31 del Proyecto.

⁹² Respecto a la revocabilidad de la adopción, el último inciso del propio art.26.2 LAI establece la posibilidad de que los adoptantes renuncien al ejercicio de la facultad de revocación antes del traslado del menor a España y siempre que se formalice en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

⁹³ Debe advertirse que el art.26.2 LAI no exige una total y absoluta correspondencia de efectos con la adopción española, sino que se refiere a una correspondencia sustancial. Como muestra baste citar la postura de la DGRN respecto de las adopciones simples etíopes. Así, el Centro Directivo destaca que lo determinante es la relevancia jurídica de la subsistencia de los vínculos de filiación con la familia anterior en el caso concreto, pues, hay supuestos en los que, pese al mantenimiento de dichos vínculos, no existe problema alguno para reconocer en España una adopción de este tipo, en tanto que sus efectos no entran en conflicto con la adopción española. Esto ocurre, por ejemplo, cuando el adoptado es huérfano o se desconoce su filiación, así como si se encuentra en situación de abandono. Vid. RDGRN (1ª) de 10 de febrero de 2012 (JUR 2012\350954)

legislador español debería haber dispuesto el control de equivalencia de efectos en primer lugar, por delante de las exigencias del apartado 1, toda vez que en el supuesto de no superarse dicho examen habrían de aplicarse otros preceptos de la propia LAI, tales como el art.30 o en su caso, el art.34.

112. Llegados a este punto, hay que indicar que, en contraposición al art.26 LAI, el art.30 LAI, no prevé expresamente control de legalidad alguno ni otros requisitos para verificar si la adopción simple o no plena se ha constituido válidamente en el país de origen y con las debidas garantías.⁹⁴ Sin embargo, la necesidad de tales controles se infiere de la expresión “adopción simple o no plena legalmente constituida por autoridad extranjera”, contenida en la rúbrica del propio art.30 LAI.

113. Más en concreto, en lo referente al control de legalidad, conviene reiterar que el dato que determina la aplicación del sistema de reconocimiento del art.30 LAI radica en la no superación del examen de correspondencia de efectos del apartado 2 del art.26 LAI.

114. Ahora bien, no hay que olvidar que, con anterioridad, en su apartado 1, el art.26 establece otros dos controles, el de competencia de autoridades y el del orden público internacional, también previsto para las adopciones simples en el art.31 LAI. En consecuencia, atendiendo a su tenor literal, todas las adopciones, incluidas las simples o no plenas, habrán tenido que cumplir con las exigencias del art.26.1 LAI, con carácter previo a determinar si despliegan o no efectos equivalentes a los de la adopción española y en su caso, si su eficacia se rige por el art.30 LAI. Es lo más lógico, a fin de garantizar que, en ningún caso, van a surtir efectos en España instituciones que no hayan sido válidamente decretadas por las autoridades extranjeras del Estado de origen. Más aún, cuando esta exigencia se requiere no sólo en relación con las adopciones plenas, sino también respecto de otras instituciones de protección de menores.⁹⁵

115. Independientemente de ello, parece oportuno aplicar analógicamente los requisitos del art.26⁹⁶, muy especialmente, por lo que respecta a la declaración previa de idoneidad, toda vez que el CH 1993, en el que la LAI dice inspirarse, exige la constatación de que los adoptantes son aptos para adoptar en todas las adopciones certificadas conforme al Convenio, sean éstas plenas o simples.

116. Por otra parte, el régimen de reconocimiento del art.30 varía del reconocimiento procesal del art.26 LAI y del reconocimiento de pleno derecho del art.23 CH 1993. Así, el art.30 LAI contempla un complicado sistema de reconocimiento material, a través de la *lex causae*, determinada conforme al art.9.4 Cc. Ello implica que la adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España como tal adopción simple o no plena si se ajusta a la ley designada por el art.9.4 Cc, que será la que también establezca su validez y existencia. Si no se ajusta, la adopción simple no se reconocerá en nuestro país y en consecuencia, no podrá desplegar ninguno de sus efectos, ni tampoco podrá ser objeto de conversión en una adopción regulada por el Derecho español. En este punto, debe aclararse que, tras la reforma introducida por la Ley 26/2015, el art.9.4.1^o Cc debe interpretarse en el sentido de que conduce en primer lugar a la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo en el momento en que se constituyó la adopción simple por la autoridad extranjera de origen.⁹⁷

⁹⁴ El sistema de reconocimiento automático de las adopciones certificadas conforme al CH 1993, previsto en el art.23 CH 1993, no contempla el control de legalidad de la adopción, habida cuenta que ya se ha efectuado durante su tramitación y por tal motivo, no es necesario realizar ningún otro examen posterior. Vid. P. JUÁREZ PÉREZ, *La adopción internacional. Estudio legal y jurisprudencial*, EAE, 2012, pág.196 y p.332

⁹⁵ Ténganse en cuenta que tanto el Considerando III de la Exposición de Motivos como del título del art.30 LAI utilizan la expresión “*legalmente*” al referirse a la adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera. El control de legalidad está previsto también en el art.34.1 2^o y 3^o para la eficacia en España de las decisiones extranjeras en materia de protección de menores.

⁹⁶ Aquí, debe traerse a colación lo dispuesto en el art.4 Cc en relación con la aplicación analógica de las normas.

⁹⁷ En esta misma línea, Vid. A. DURÁN AYAGO, “Aspectos internacionales...cit”, p.451. La interpretación propuesta parece la más razonable, atendiendo a que el vigente art.9.4 Cc. establece en el párrafo primero que, como regla general, “la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación”, remitiéndose en cuanto al establecimiento de la filiación por adopción a la LAI, a través del art.9.5 Cc, en lo que constituye un auténtico círculo vicioso. Sobre este particular, un sector doctrinal opina que los inconvenientes que plantea esta doble remisión podrían haberse eludido suprimiendo el art.9.5 Cc y haciendo referencia directamente a la LAI en el

117. Los efectos resultantes de las relaciones paterno-filiales y en especial, la atribución de la patria potestad se regirán por las normas del Convenio de La Haya de 1996 (arts.16 y 17)⁹⁸, en vigor en nuestro país desde 2011 y aplicable dado su carácter universal y eficacia *erga omnes*. Al Convenio dirige igualmente el art.9.4.2º Cc en relación con el art.30.2 LAI. En todo caso, otros efectos distintos de la responsabilidad parental, dependerán de la ley designada por las normas de conflicto reguladoras de cada cuestión específica.

118. Además, la LAI contempla en el art.31 la excepción del orden público internacional, incluyendo el interés del menor como parámetro para rechazar el reconocimiento de una adopción simple o no plena sobre la base de la citada excepción, lo que resulta acorde con la previsión del art.24 CH1993. Se equipara en este punto el tratamiento que han de recibir las adopciones cubiertas por el Convenio y aquellas que se han constituido al margen de éste.

119. En definitiva, cierto es que el art.30 LAI intenta dar respuesta a los inconvenientes que suscitaba el vacío de la regulación anterior, estableciendo un régimen más adecuado que el del antiguo art.9.5 Cc. A pesar de ello, el hecho de que presente notables divergencias con el CH 1993 supone un obstáculo, que hubiera podido salvarse regulando la validez y efectos de la adopción simple o no plena en línea con lo dispuesto en el CH 1993.

120. De igual modo, al explicar el reconocimiento de las adopciones constituidas al amparo del CH 1993, se ha indicado que el art.30.3 LAI dispone que las adopciones simples o no plenas no pueden ser objeto de inscripción en el RCE, sino tan solo de anotación.⁹⁹ También se señaló que el adoptado en forma simple no adquiere la nacionalidad española de origen como consecuencia de la adopción, quedando abiertas la vía de la opción y de la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

121. En cualquier caso, supone una contradicción reconocer la existencia del vínculo jurídico de filiación derivado de la adopción simple, bien sea por la vía del art.26 del Convenio de La Haya de 1993, bien por la del art.30.2 LAI, para luego negar a dicho efecto la eficacia registral que conlleva la inscripción, toda vez que se está imponiendo una restricción a la continuidad en el tiempo de la adopción simple o no plena, al no otorgar a dicha institución el reconocimiento registral. A este respecto, cabe reprochar al legislador español que no haya tenido en cuenta que el régimen de las adopciones simples no está establecido de forma uniforme en todos los ordenamientos jurídicos que la contemplan, por lo que hubiera sido más lógico no imponer idénticas soluciones a todos los supuestos de adopción simple constituida por autoridad extranjera. Con todo, parece más adecuada la solución establecida en el Derecho belga, permitiendo la inscripción registral de la adopción simple o no plena constituida en el extranjero¹⁰⁰, tal y como se dispone para la adopción plena. Al mismo tiempo, también hubiera resultado

art.9.4 Cc, si bien ello no ofrece solución al problema de la determinación del derecho aplicable al establecimiento de la filiación por adopción, en tanto que el art.30 LAI envía al art.9.4 Cc y éste, a su vez, continuaría remitiendo a la LAI. Vid. C. VAQUERO LÓPEZ, "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal: una primera aproximación a las reformas legislativas de julio de 2015", *Revista Aranzadi Doctrinal* num.9/2015, Estudio, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (BIB 2015/4765)

⁹⁸ El Convenio, como regla general, determina que la ley reguladora de la responsabilidad parental es la de residencia habitual del menor y tiene la ventaja de que introduce normas específicas para la solución del conflicto móvil. Por lo que respecta a la hipótesis más frecuente de la adopción simple o no plena transnacional, será la ley del país extranjero de la residencia habitual del menor en el momento de constituirse la adopción la que regirá la atribución de la responsabilidad parental de pleno derecho, aunque con posterioridad traslade su residencia habitual a España, de acuerdo con el art.16.3 del Convenio de La Haya de 1996, independientemente de que la ley española no contemple esta institución. Mientras que el ejercicio de la patria potestad tendrá el contenido y alcance previsto en el Derecho español para la adopción, en virtud del art.17 del citado Convenio.

⁹⁹ Obsérvese que la vigente redacción del art.27 LAI, tras la Ley 26/2015 distingue el control de validez de las adopciones constituidas conforme al CH 1993 del control de validez de aquéllas decretadas por autoridades de países no signatarios de dicho Convenio, de modo que sólo exige que el Encargado del RCE verifique la correspondencia de efectos de las adopciones constituidas fuera del ámbito del CH 1993. Por este motivo, atendiendo al texto del art.27 LAI, podría parecer que únicamente no deberían ser objeto de inscripción en el RCE las adopciones simples o no plenas que no hayan sido certificadas conforme al CH 1993.

¹⁰⁰ Los arts.367.1 y ss del *Code Civil belge* se ocupan de la cuestión de la inscripción registral, sin hacer distinción entre la adopción simple y la adopción plena. Dichos preceptos comienzan ordenando que la autoridad competente para el reconocimien-

razonable prever como efecto la atribución de la nacionalidad española al adoptado en forma simple o no plena, en tanto que instituye un vínculo de filiación respecto de un ciudadano español.¹⁰¹

3. Soluciones para que la adopción simple extranjera despliegue los efectos de una adopción regulada por el derecho español

122. A la vista de la situación en que quedaría un adoptado en forma simple en nuestro país, según lo expuesto en el epígrafe anterior, cabe preguntarse qué pueden hacer los adoptantes si lo que desean es que la adopción simple o no plena extranjera surta en nuestro país los efectos previstos para la adopción en el ordenamiento jurídico español. Dos son las posibles respuestas a la cuestión formulada: la conversión de la adopción simple o no plena en una adopción tal como se contempla en el Derecho español o la constitución *ex novo* de una adopción ante las autoridades españolas y conforme a la ley española.

123. En cuanto a la conversión¹⁰², el art.27 CH 1993 señala que la adopción simple puede ser convertida en una adopción plena si la ley del Estado de recepción así lo permite y siempre que los consentimientos a los que se refiere el propio Convenio hayan sido emitidos para dicha adopción. Justamente, el art.30.4 LAI incorpora la posibilidad de transformación de una adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, regulado en el art. 42 LJV¹⁰³ y común a las adopciones cubiertas por la LAI y a las certificadas conforme al Convenio, al no contemplar éste previsión alguna al respecto. A tal fin, tanto el art 30.4 LAI como el art.42 LJV indican que en el procedimiento de conversión no es necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública española, si bien en este último precepto se exige que con la solicitud se acompañen determinadas circunstancias que coinciden con las que deben figurar en la propuesta administrativa.

124. En lo referente a la competencia de autoridades, tanto la LAI como la nueva LJV contemplan foros para la conversión de la adopción simple, sin que exista una total correspondencia entre los criterios del art.15.2 en relación con su apartado 1 de la LAI y los del art.42 LJV.¹⁰⁴ De ahí que surja la

to de una adopción extranjera se pronuncie acerca de si sus efectos se corresponden con una adopción simple o con una adopción plena, para a continuación, establecer que si se cumplen las condiciones para otorgar el reconocimiento, la decisión por la que se constituye la adopción será objeto de inscripción por la autoridad central federal. La competencia para transcribir la resolución de la adopción extranjera reconocida en Bélgica, así como el nacimiento del adoptado reconocido como consecuencia de la adopción recae sobre el Registro Civil de la residencia habitual en el citado país del adoptante o uno de ellos, o, en su defecto, la persona adoptada. Esto se complementa con la posibilidad que tiene toda persona cuya adopción haya sido reconocida en Bélgica de solicitar la inscripción de su nacimiento ante el Registro Civil belga, cuando le sea imposible obtener certificación del mismo.

¹⁰¹ En lo referente a la nacionalidad, el Derecho belga tampoco establece distinción alguna entre la adopción simple y la adopción plena. Así, reconoce la nacionalidad belga desde la adopción al extranjero, menor de dieciocho años o no emancipado, adoptado por un belga nacido en Bélgica o en un territorio sometido a la soberanía o administración belga, o también, al adoptado extranjero por un belga nacido en el extranjero, siempre que en el plazo de cinco años desde la adopción, reclame la nacionalidad belga para su hijo adoptivo menor de dieciocho años y no emancipado. Del mismo modo, la ley belga otorga la nacionalidad de dicho país al adoptado por un belga nacido en el extranjero, a condición de que el menor no posea ninguna otra nacionalidad. Consúltese el art. 9 *Code de la Nationalité belge*

¹⁰² La cuestión se aborda con mayor profundidad en M.J. SÁNCHEZ CANO, “La conversión de la adopción simple en plena tras las reformas legales del 2015”, *Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, N.º. 75, 2017, Thomson Reuters, pp. 27-51

¹⁰³ Del texto original del art. 30.4 LAI se deducía que el proceso de transformación de la adopción simple extranjera se habría de llevar a efecto mediante expediente judicial. Sin embargo, el legislador de la Ley 54/2007 no se preocupó de especificar las reglas que regirían el procedimiento de conversión, ni tampoco de precisar si el expediente judicial al que se refería debería ser un expediente de jurisdicción voluntaria, similarmente a lo que ocurre para la constitución de la adopción.

¹⁰⁴ Debe indicarse que las modificaciones efectuadas por la Ley 26/2015 no inciden en la regulación de la competencia judicial internacional en los supuestos de conversión de una adopción simple extranjera en una adopción con los efectos previstos en la ley española, por lo que continúan operando los criterios generales de nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptado, tal como se determinaban en la versión original del art.15, fijando como momento de determinación de ambos parámetros el de la presentación de la solicitud de conversión de una adopción. Las novedades en esta materia han sido introducidas por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, al regular el expediente de conversión de la adopción simple. Así, la nueva Ley establece en el art. 42 que la conversión de la adopción simple extranjera podrá ser instada ante los Tribunales españoles cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de la constitución de la adopción o haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España o también, en el supuesto de que el adoptante

duda de qué normativa ha de prevalecer. A este respecto, no puede desconocerse que la LAI es una ley especial y en consecuencia, ha de aplicarse con preferencia a las normas de la LJV. No obstante, más oportuno hubiera resultado armonizar los foros del art.15 LAI con los de la LJV, considerando que la tramitación de ambas normas discurrió de forma paralela y teniendo en cuenta que la LJV aplazó la entrada en vigor del Capítulo III del Título II hasta la vigencia de la Ley 26/2015.¹⁰⁵

125. Respecto al Derecho aplicable, el art. 30.4 LAI, en concordancia con su art.22, señala que la ley aplicable a la conversión será la aplicada a su constitución. Una interpretación literal de estos preceptos, forzosamente, habría de conducir a la aplicación de una ley extranjera, habida cuenta que no es posible constituir una adopción de este tipo conforme a la ley española, lo que llevaría a la incongruencia de aplicar el Derecho extranjero a la transformación de la adopción simple o no plena en una adopción regulada por el Derecho español, quedando a salvo la aplicación de la ley española en lo que respecta a las exigencias de los apartados a) a g) del art.30.4 LAI.

126. En consecuencia, no cabe interpretar el texto del vigente art.22 en el sentido de que la expresión “ley aplicada a su constitución” se refiere a que dicha ley es la que establece si es posible o no la conversión de la adopción simple o no plena en una adopción con los efectos previstos en la ley española. Por tanto, con independencia de las contradicciones en que pudieran incurrir las disposiciones aplicables a la conversión de una adopción simple en plena, cabe concluir que la ley que habrá de regir la transformación no puede ser otra que la ley española.

127. En apoyo de este razonamiento, pueden alegarse dos motivos de peso. Primeramente, que al introducir la posibilidad de convertir la adopción simple o no plena extranjera en una adopción regulada por el Derecho español, lo que está diciendo el art.30.4 LAI es que los efectos de la adopción resultante del proceso de transformación necesariamente han de ser los de la ley española. Obviamente, esta consecuencia no se produciría si la conversión se regulase por una ley extranjera, que, incluso, bien pudiera ser que desconociese la figura de la adopción plena. En segundo término, que se trata de un requisito que no figura en el Convenio de La Haya de 1993, cuyo art.27 únicamente exige que la posibilidad de transformación esté contemplada en la ley del Estado de recepción, sin hacer mención alguna a la ley del Estado de origen.

128. Junto a ello, los párrafos a) a g) del art.30.4 LAI establecen una serie de condiciones, equivalentes a las exigidas en el CH 1993 y que se refieren al denominado consentimiento “ilustrado”.¹⁰⁶ Son

tenga la nacionalidad española o tenga su residencia habitual en España. Quedaría fuera, por tanto, el hipotético supuesto de la conversión de la adopción simple de un adoptado español residente en el extranjero, que no tiene intención de establecerse en nuestro país, en el cual los adoptantes también son extranjeros y con residencia habitual fuera de España.

¹⁰⁵ La existencia de regulaciones contradictorias ha sido puesta de relieve por la doctrina, sirvan de ejemplo, A. DURÁ AYAGO, “Aspectos internacionales ...cit”, p. 416, y C. VAQUERO LÓPEZ, “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal...cit”

¹⁰⁶ Para entender la regulación actual habría que atender a la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. Así, el art. 44 del Proyecto de Ley de la Jurisdicción voluntaria regulaba el procedimiento para la conversión de la adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera competente, introduciendo normas de competencia judicial internacional que no coincidían con las del art. 15.2 LAI, toda vez que atribuía la competencia a los Tribunales españoles cuando el adoptado tuviese su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción o si el adoptado hubiera sido o fuera a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en nuestro país. Mediante la aprobación de una enmienda formulada por el Grupo Parlamentario Popular ante la Comisión de Justicia del Senado se incorporó un nuevo apartado c) en el texto definitivo del art. 42.1 de la nueva Ley de Jurisdicción voluntaria, introduciendo como foro de competencia judicial internacional a favor de los Tribunales españoles el dato de que el adoptante tuviera nacionalidad española o su residencia habitual en España, conforme a lo dispuesto en el art. 1832 LEC 1881, en la redacción otorgada por el Proyecto de Ley Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Vid. BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-112-1 de 05/09/2014. Págs.: 1 y ss. y BOCG. Senado Núm. 532-3555 (Apartado I) de 01/06/2015, págs. 10 y ss.

¹⁰⁶ El propósito del art.27 CH 1993 en relación con los consentimientos de los apartados c) y d) del art.4 del mismo Convenio, consiste en garantizar que las personas, instituciones y autoridades a las que se refiere otorguen sus consentimientos con pleno conocimiento y después de haber sido debidamente informadas, incluyendo la circunstancia de que la conversión comportaría la total ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia de origen. Así, se habló de “*consentimiento ilustrado*”, establecido en

requisitos de obligado cumplimiento y en ausencia de alguno, la transformación de la adopción simple en una adopción regulada por el Derecho español no será posible, al igual que sucede en el ámbito del CH 1993. Las previsiones del art.30.4 LAI se complementan con el art.42 LJV, cuyo apartado 4 establece una serie de circunstancias que el Juez ha de examinar (consentimientos de los adoptantes y del adoptado mayor 12 años y asentimiento del cónyuge o pareja de hecho del adoptante).

129. Cumplidos todos los trámites, el Juez dictará un auto, cuyo testimonio podrá ser objeto de inscripción en el RCE, conforme al art. 42.5º LJV.

130. Por último, los adoptantes también podrían optar por constituir una nueva adopción ante las autoridades españolas con arreglo a las reglas de competencia judicial internacional del art.14 LAI y de acuerdo con la ley sustantiva española, en virtud del art.18 LAI, pudiendo dar entrada a una ley extranjera en lo relativo a la capacidad del adoptado y de los consentimientos necesarios, en los términos de los arts.19 y 20 LAI. En este punto, debe observarse que esta vía será la única a la que puedan acudir los adoptantes cuando la adopción no se ajuste a la ley designada por el art.9.4 Cc o no pueda considerarse válida y existente conforme a dicha ley.

IV. A modo de conclusión

131. A lo largo del presente estudio se ha hecho hincapié en que las medidas de protección de la infancia deben ordenarse en función del interés del niño, lo que llevaría a replantearse el recurso a fórmulas que bien pudieran resultar mucho más beneficiosas que la tradicional modalidad de la adopción plena, en tanto que permitirían solventar muchas de las dificultades que origina la exclusiva integración del menor en la familia adoptante. Ello, sin olvidar la importancia que tiene para el adoptado la noción de su verdadera identidad y el derecho que le asiste a conocer sus propios orígenes.

132. A tal fin, no puede desconocerse que la recuperación de la figura de la adopción simple en nuestro Derecho positivo podría colmar en mayor medida las expectativas que surgen de las dificultosas relaciones adoptivas, no sólo por lo que respecta a la adopción plena, sino también en lo referente al acogimiento familiar permanente del art.173. 2.c) Cc o a la adopción abierta del art.178.4 Cc. Ello por dos razones fundamentales:

- 1ª) Porque la adopción simple instituye un *status filii* entre el adoptado y los adoptantes e incluso, un *status familiae*, permitiendo la completa integración familiar del menor en su nueva familia.
- 2ª) En tanto que la constitución de una adopción simple o no plena soslayaría los efectos negativos derivados de la ruptura definitiva con la familia de origen, posibilitando un más óptimo desarrollo de la identidad en el adoptado y una adecuada aceptación de los sentimientos ligados al abandono o separación.

133. Igualmente, la reintroducción de una nueva regulación sustantiva de la adopción simple o no plena en nuestro ordenamiento jurídico incidiría positivamente en la esfera de las adopciones internacionales. Por dos motivos:

- 1º) Puesto que no habría problema alguno para que las autoridades españolas constituyeran una adopción de este tipo en supuestos internacionales, conforme a la ley española y de acuerdo con los criterios de competencia judicial internacional del art.14 LAI, si el interés del menor así lo requiriese.

defensa de la seguridad jurídica en el procedimiento de conversión, pues de lo que se trata con ello, es, en definitiva, de evitar la conversión en plena de una adopción cuyos consentimientos se han otorgado para una institución que no conlleva la ruptura de vínculos jurídicos de filiación con la familia de origen. Vid. G. PARRA ARANGUREN, *Informe explicativo...cit.*, pp. 38 y 112

2º) Y toda vez que los inconvenientes que genera en la actualidad la aplicación del art.30 LAI y sus divergencias con el sistema del CH 1993, se verían en buena medida paliados con el establecimiento de un régimen material que facilitase el reconocimiento de la adopción simple extranjera y en su caso, la adaptación de sus efectos a lo previsto en la legislación española.

134. No cabe duda, que esta solución también proporcionaría una respuesta satisfactoria a los interrogantes que podría suscitar en el futuro la aplicación del Reglamento del Consejo sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción, puesto que existen países en la Unión Europea, tales como Francia, Bélgica, Luxemburgo o Bulgaria, que contemplan la figura de la adopción simple o no plena en sus sistemas jurídicos

LA APLICACIÓN DEL PRIMER PROTOCOLO ADICIONAL DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS A LAS PRESTACIONES SOCIALES ¿FRENO PARA LAS REFORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL?

THE APPLICATION OF THE FIRST ADDITIONAL PROTOCOL OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS CONVENTION TO SOCIAL BENEFITS, BRAKE FOR SOCIAL SECURITY REFORMS?

CRISTINA SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Código ORCID: 0000-0001-9780-7860

Recibido: 08.07.2018 / Aceptado: 11.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4394>

Resumen: Aunque el derecho a la Seguridad Social aparece regulado en numerosos Tratados internacionales, ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni sus Protocolos Adicionales la contemplan. Y, sin embargo, son numerosas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que tienen por objeto la tutela del derecho a percibir prestaciones sociales contributivas, no contributivas y de naturaleza mixta. El elemento en común que tienen esas sentencias –que se analizan en el primer bloque– es que el Tribunal parte de la premisa de que el derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad tutelable al amparo del artículo primero del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos. En base a dicho precepto España ya ha sido condenada en dos ocasiones en materia de pensiones de Seguridad Social. Esta jurisprudencia podría convertirse, además, en un límite a la potestad legislativa de los Estados que, como España, introdujeron importantes recortes en materia de pensiones en los años más duros de la última crisis económica y financiera mundial.

En el segundo bloque se estudia el impacto de dicha jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del que la cuestión prejudicial Florescu es, hoy por hoy, la única exponente. Por último se analiza la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional que viene manteniendo el criterio que en materia de prestaciones sociales no existe un derecho de propiedad, sino una expectativa de derecho no indemnizable.

Palabras clave: Derecho de propiedad, prestaciones contributivas, prestaciones no contributivas, Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Abstract: Although the right to Social Security is regulated in numerous international Treaties, neither the European Convention on Human Rights nor its Additional Protocols contemplate it. Nevertheless, there are numerous judgments of the European Court of Human Rights that have for object the protection of the right to receive social contributory, non-contributory and of a mixed nature benefits. The common element in these judgments - which are analyzed in the first block - is that the Court starts from the premise that the right to social benefits is a property right that can be protected under the first article of the First Additional Protocol to the European Convention. of Human Rights. Based on this precept, Spain has already been sentenced twice in cases related to Social Security pensions. This jurispru-

dence could also become a limit to the legislative power of States that, like Spain, introduced important pension cuts in the harshest years of the last global economic and financial crisis.

The second block examines the impact of this jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Court of Justice of the European Union, of which the preliminary question Florescu is, at present, the only exponent. Finally, we analyze the jurisprudence of our Constitutional Court that has maintained the criterion that in the field of social benefits there is no property right, but an expectation of non-compensable right.

Keywords: Property rights, contributory benefits, non-contributory benefits, First Additional Protocol to the European Convention on Human Rights.

Sumario: I. El Estado del Bienestar, la Seguridad Social y la “Nueva propiedad”.II. De la regulación del Derecho a la Seguridad Social en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea a la anomia del Convenio Europeo de Derechos Humanos.1.Derecho Internacional. 2. Derecho de la Unión Europea 3. Convenio Europeo de Derechos Humanos III. El artículo primero del primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos 1. Autonomía del concepto de propiedad. 2. El Derecho a prestaciones sociales contributivas y no contributivas como Derecho patrimonial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Una ficticia dicotomía basada en las vías de financiación. B) Gaygusuz c. Austria: subsidio por desempleo mixto.C) Wessels-Beergervoet c. Países Bajos: Pensión de jubilación no contributiva . D) Willis c. Reino Unido: subsidio de viudedad no contributiva.E) Anzinas c. Chipre: El acceso a la función pública como derecho de posesión de la futura pensión.3. Sentencias condenatorias contra España en materia de pensiones fundadas en el artículo primero del primer protocolo adicional.A) Muñoz Díaz: Summun ius Summa Iniuria. B)Manzanas Martín. 4. Reformas Legislativas de pensiones contrarias al primer protocolo adicional .A) Kjartan Asmundsson c. Islandia.B) Bélané Nagy c. Hungría.C) Baczúr c. Hungría .5. Reforma de la revalorización de pensiones en España y Convenio Europeo de Derechos Humanos .IV. El Derecho a pensión como Derecho de propiedad en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. 1. El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea .2. La no adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos.3. La cuestión prejudicial Florescu.A) La Reforma de pensiones en Rumanía como respuesta a la crisis. B) Sobre la vulneración del artículo 17 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea V. El primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ¿Canon hermenéutico para interpelar el derecho a prestaciones sociales en España?.1. El artículo 10.2 CE.A) Sobre el alcance del concepto de Derechos fundamentales a los efectos del artículo 10.2 CE.B) Las prestaciones sociales como Derecho de propiedad, ¿Derecho fundamental?. VI. Las prestaciones sociales, ¿Derecho de propiedad para el Tribunal Constitucional?. VII. Conclusiones.

I. El estado del bienestar, la Seguridad Social y la “Nueva propiedad” ¹

1. Con la expresión “Estado del Bienestar” se alude al modelo de Estado en el que las necesidades básicas de los ciudadanos aspiran a ser cubiertas por los Poderes Públicos mediante prestaciones tanto en metálico como en especie. Su expansión tuvo lugar tras la Segunda Guerra Mundial debido a las especiales circunstancias políticas y sociales de ese período histórico y, de otro lado, coincidiendo con la etapa de crecimiento económico experimentado a partir de la segunda mitad del S.XX. Aunque todos los Estados de la UE pueden calificarse de Estados del Bienestar, no existe un modelo uniforme, pudiendo distinguirse el conservador (Francia, Austria, Italia y Alemania); el liberal (Estados Unidos, Canadá y Australia); y el socialdemócrata o Nórdico (surge en Suecia y se expande en toda la península Escandinava)².

2. Entre los pilares del Estado del Bienestar la Seguridad Social ocupa, sin duda alguna, un lugar de preeminencia.

¹ Esta publicación se enmarca dentro de los trabajos de investigación desarrollados en el Proyecto I+D “La Seguridad Social Internacional y Comunitaria” (DER 2017-83040-C4-3-R) financiado por el MINECO.

² M.C. GÓMEZ ISAZA, *La Historia del Estado Social de Derecho*, Universidad de Antioquía, 2006, pp.92-93.

3. El auge de la función del Estado como distribuidor de recursos a través de prestaciones sociales y proveedor del Bienestar de la sociedad llevó a Charles A. Reich a sostener en un célebre artículo titulado “The New Property”³ que las prestaciones sociales habían pasado a configurarse como unos nuevos derechos de propiedad como consecuencia de las nuevas relaciones entre los beneficiarios de la asistencia estatal y el Estado.

4. El impacto de esta teoría no sólo fue teórico, sino que la Corte Suprema americana la hizo suya en el caso *Golberg v. Kelly* en el que admitió que no se podía privar unilateralmente de ayudas sociales a los ciudadanos, sino que habían de tener derecho a una audiencia imparcial. No se llegó, sin embargo, a reconocer a los beneficiarios de la asistencia estatal la misma protección jurídica que la legislación desde antiguo ha dispensado al derecho de propiedad privada⁴.

5. Pero con el transcurso del tiempo los postulados de Reich no sólo no han caído en el olvido sin que van ganando terreno: en Europa en 1980 el Tribunal Constitucional alemán fue pionero -en base al principio de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*)- en reconocer que la protección dispensada al derecho de propiedad podía comprender ciertas prestaciones de Seguridad Social destinadas a garantizar la existencia de la persona asegurada cuando se tratase de prestaciones financiadas a través de cotizaciones imputables al beneficiario, de manera que existiera una equivalencia global entre la prestación y las cotizaciones abonadas, ya sea a título individual o por un tercero a favor del asegurado⁵.

6. El segundo Tribunal Constitucional en seguir esta tesis fue el húngaro en 1995⁶, que admitió que las prestaciones de Seguridad Social contributivas son tutelables como derecho de propiedad. No así los subsidios asistenciales respecto a los cuales sólo puede alegarse una expectativa de Derecho.

7. Aunque en ambos países se puso inicialmente el acento en el dato fáctico del pago de previas cotizaciones como causa para dispensar protección jurídica, posteriormente el énfasis pasó a centrarse en el carácter instrumental de las prestaciones sociales para garantizar un cierto nivel de libertad a los beneficiarios. En concreto, la tutela de las prestaciones sociales como derecho patrimonial entroncaría con la función social de la propiedad.

8. A partir de la última década del pasado Siglo también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho suya la tesis de que el derecho a prestaciones sociales se incardina en la tutela que el Convenio Europeo de Derechos Humanos dispensa al derecho de propiedad.

II. De la regulación del derecho a la Seguridad Social en el Derecho Internacional y en el Derecho de la Unión Europea a la anomia del Convenio Europeo de Derechos Humanos

1. Derecho Internacional

9. Son numerosos los Tratados y Convenios internacionales en los que podemos encontrar referencias explícitas al término Seguridad Social, entre los que pueden mencionarse a título ejemplificativo:

- I. el artículo 5 de la Carta del Atlántico (1941).
- II. El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- III. El Convenio nº 102 de la OIT de Norma mínima de Seguridad Social (1952).
- IV. El artículo 12 de Carta Social Europea.

³ C. A. REICH, “The New Property”, *The Yale Law Journal*, nº5, 1964.

⁴ D.A. SUPER, “A New New Property”, *Columbia Law Review*, Vol. 113, pp. 1868-1878.

⁵ T. MAUNZ Y R. ZIPPELIUS, *Deutsches Staatsrecht*, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1991, pp.94 y 95.

⁶ P.SONNEVEND, *Eigentumsschutz und Sozialversicherung*, Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Band 185.

10. En otras ocasiones no es Seguridad Social el término utilizado por los instrumentos internacionales sino Protección Social, concepto al que se dota de un significado más extenso pues engloba no sólo a las prestaciones de Seguridad Social en sentido estricto, sino también “todas aquellas acciones y medidas de carácter fundamentalmente público que tiene por objeto la protección de los ciudadanos frente a situaciones de necesidad”⁷. Precisamente ésta es la terminología empleada por la Recomendación nº 202 de 2012 de la OIT “Relativa a los Pisos Nacionales de Protección Social”.

2. Derecho de la Unión Europea

11. El Derecho de la Unión Europea procede de una fuente autónoma, constituida por los Tratados y se caracteriza por su primacía sobre los Derechos de los Estados y por el efecto directo de toda una serie de disposiciones aplicables a sus nacionales y a los propios Estados, tal y como se afirma en el Dictamen 2/13 del TJUE de 18.12.2014.

Derecho Originario

12. El artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea lleva por título “Seguridad Social y Ayuda Social”⁸. Pero su redacción dista de ser diáfana pues no permite establecer una nítida frontera entre Seguridad Social, servicios sociales y ventajas sociales.

13. De conformidad con el artículo 6.1 del Tratado de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea “tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”.

14. Por su parte, en el articulado del TFUE encontramos referencias tanto a la Seguridad Social individualmente considerada (p.e., artículos 48 y 156) como a la Seguridad Social y a la protección social conjuntamente reguladas (p.e., artículos 21.3 y 153.1.c).

Derecho Derivado

15. A nivel de Derecho derivado la disposición más relevante, el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, tampoco contiene una definición de Seguridad Social ni de Asistencia Social, lo que ha generado una abundante jurisprudencia del TJUE sobre el deslinde entre prestaciones no contributivas de Seguridad Social (coordinadas) y de Asistencia Social (excluidas de la coordinación).

16. Para complicar aún más el debate prestaciones que conforme al Reglamento 883/2004 son prestaciones de Seguridad Social han sido calificadas como ventajas sociales por el Tribunal de Justicia de la Unión al aplicar el artículo 7.2 del Reglamento 492/2011. Este último precepto garantiza a los trabajadores migrantes ciudadanos de Estados en los que se aplica el Derecho de la UE las mismas ventajas sociales y fiscales que a los trabajadores nacionales⁹.

⁷ F. ELORZA GUERRERO, “Constitución Española y Protección Social”, en VV.AA. *Constitución Española y Relaciones Laborales Ante el Actual Escenario Social y Económico*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2013, p.150.

⁸ “1. La Unión reconoce y respeta el derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales que garantizan una protección en casos como la maternidad, la enfermedad, los accidentes laborales, la dependencia o la vejez, así como en caso de pérdida de empleo, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

² Toda persona que resida y se desplace legalmente dentro de la Unión tiene derecho a las prestaciones de seguridad social y a las ventajas sociales con arreglo al Derecho comunitario y a las legislaciones y prácticas nacionales.

³ Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”.

⁹ STJUE de 11 de Septiembre de 2007, caso Hendrix, asunto 287/05, *Rec. 2007 I-06909* (ECLI:EU:C:2007:494), entre otras.

3. Convenio Europeo de Derechos Humanos

17. Ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en sus Protocolos Adicionales existe referencia alguna a la Seguridad Social ni a la Protección Social.

18. Y, sin embargo, son numerosas las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que tienen por objeto la tutela del derecho a la percepción de prestaciones sociales, tanto contributivas, no contributivas y de naturaleza mixta atendiendo a sus vías de financiación.

19. ¿Cómo es ello posible si el requisito *sine qua non* para que el TEDH pueda conocer de demandas en las que se cuestione la regulación nacional es que se invoque la infracción de los derechos regulados en el propio CEDH o en sus Protocolos Adicionales?.

20. El elemento en común que tienen todas estas sentencias es que el TEDH parte de la premisa de que el derecho a prestaciones sociales es un derecho de propiedad tutelable al amparo del artículo primero del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

III. El artículo primero del primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos

21. Este precepto, que resulta vinculante para los Estados firmantes y es directamente invocable por los sujetos incluidos dentro del ámbito de aplicación personal del CEDH, proclama que: “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes. Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del Derecho Internacional. Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que poseen los Estados de poner en vigor las Leyes que juzguen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos u otras contribuciones o de las multas”.

22. Las versiones oficiales del Convenio Europeo de Derechos Humanos son las redactadas en lengua inglesa y francesa. La lectura del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional en ambos idiomas nos lleva a concluir que no coinciden literalmente: en un caso se utiliza el término “droit de propriété” -derecho de propiedad- mientras que la otra utiliza la expresión “his right to peaceful enjoyment of his possessions” -su derecho al disfrute pacífico de sus bienes-. Sin embargo estas diferencias idiomáticas carecen de relevancia práctica al haber quedado zanjada la cuestión terminológica con la STEDH Marcx de 13.6.1979¹⁰.

1. Autonomía del Concepto de propiedad

23. Hay que resaltar que a los efectos del TEDH el concepto de propiedad tiene un alcance autónomo frente a los ordenamientos nacionales y “no se limita a la propiedad de los bienes físicos: determinados derechos e intereses que constituyen activos pueden considerarse también “derechos de propiedad”¹¹.

24. De la jurisprudencia del TEDH se infiere que éste mantiene una interpretación extensiva del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional en el que no sólo queda amparado el Derecho de propiedad en sentido estricto, sino también las expectativas de Derecho, tesis ya defendida tempranamente por Lemmes con apoyo en los casos Pine Valley Developments y Pressos Compañía Naviera¹².

¹⁰ F. REY MARTÍNEZ, "El Derecho de Propiedad Privada en el Derecho Europeo", Revista de Estudios Europeos, nº8, 1994, p. 53.

¹¹ STEDH de 23 de febrero de 1995, caso Gasus Dossier y Fördertechnik, BJC 193 (1997), p.185.

¹² P. LEMMES; "The Gaygusuz Decision Situated in the Case Law of the European Court of Human Rights" en Stefan Van den Bogaert (Ed.), *Social Security, Non-Discrimination and Property*, Maklu. Antwerpen-Apeldoorn. The Netherlands, 1997, pp.26-28.

25. Y, aunque el reconocimiento del derecho a la pensión tuviera carácter provisional, “un crédito también puede ser un bien en el sentido del artículo primero del Protocolo N° 1, siempre y cuando esté suficientemente establecido para ser exigible” -STEDH de 14.12.1999 (Antonakopoulos c. Grecia)-.

26. Igualmente, es también jurisprudencia consolidada que, “desde el momento en que un Estado contratante establezca una normativa que prevea el pago automático de una prestación social debe considerarse que dicha normativa da lugar a un interés patrimonial que entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional respecto de las personas que cumplan sus requisitos” -SSTEDH de 6.11.2008 (Kokkinis c. Grecia) y de de 7.7.2011 (Stummer c. Austria), entre otras-.

2. El derecho a prestaciones sociales contributivas y no contributivas como Derecho patrimonial en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Una ficticia dicotomía basada en las vías de financiación

27. Un tema clásico en la doctrina iuslaboralista nacional e internacional es la clasificación de las prestaciones sociales en contributivas (financiadas básicamente con cotizaciones sociales) y no contributivas (con cargo a tributos).

28. Por lo que a España se refiere, el artículo 109 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social clasifica el elenco de prestaciones sociales dispensadas por el sistema español de Seguridad Social utilizando esa misma dicotomía. Aunque, de hecho, la clasificación española no es en absoluta rigurosa ya que hay prestaciones que no se financian con cotizaciones y sin embargo se clasifican de prestaciones contributivas (p.e. el complemento de pensión contributiva por maternidad -artículo 60 TRLGSS-). Asimismo, se clasifican como prestaciones contributivas las prestaciones por desempleo cuando la realidad es que se nutren tanto de impuestos como de cotizaciones stricto sensu.

29. A mayor abundamiento, la doctrina mayoritaria -tanto fiscal¹³ como laboralista¹⁴- reconocen la naturaleza tributaria de la cotización. Tesis de la que se hace eco el Tribunal Constitucional¹⁵.

30. En la esfera del Derecho de la Unión Europea, el Reglamento 883/2004 de coordinación de sistemas de Seguridad Social, incluye dentro de su ámbito de aplicación material tanto a las prestaciones contributivas y no contributivas de Seguridad Social, así como a las prestaciones especiales en metálico no contributivas. Pero el citado Reglamento 883/2004 no contiene una definición de lo que haya de entenderse por prestación “contributiva” o “no contributiva”. En todo caso las vías de financiación de una prestación resultan irrelevantes a la hora de incluirla o excluirla del ámbito material de los Reglamentos de coordinación: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que no se excluyen de su ámbito de aplicación las prestaciones independientes de cotización previa¹⁶. Además, es jurisprudencia consolidada que bajo ciertos requisitos es posible que lo que a nivel de legislación interna se califican de impuestos sean cotizaciones sociales a los efectos del Derecho de la Unión Europea¹⁷.

31. En cualquier caso, como comprobaremos inmediatamente, las vías de financiación de las prestaciones sociales resultan intrascendentes para el TEDH a la hora de determinar si el derecho a las mismas se incardina dentro del ámbito de aplicación material del artículo primero del Primer Protocolo Adicional.

¹³ J.A. MARTÍNEZ AZUAR, “La Naturaleza Tributaria de las Cotizaciones Sociales”, Civitas, Revista Española de Derecho Financiero, n° 96, 1997, p.526.

¹⁴ M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La Seguridad Social en España*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p.70.

¹⁵ STC 39/1992, de 30 de marzo (ECLI:ES:TC:1992:39): “es innegable que el sistema de protección social se ha ido separando progresivamente del esquema contributivo y acercándose de forma cada vez más al concepto de tributación. Cfr. También SSTC189/1987 de 24 de noviembre (ECLI:ES:TC:1987:189), 127/1987 de 4 de febrero (ECLI:ES:TC:1987:127), 65/1987 de 21 de mayo (ECLI:ES:TC:1987:65) y 103/1983 de 22 de noviembre (ECLI:ES:TC:1983:103).

¹⁶ Entre otras, SSTJUE de 31 de marzo de 1977, asunto 79/76, caso Fossi, *Rec. I-00667* (ECLI:EU:C:1977:59); de 24 de febrero de 1987, asuntos acumulados -379/85 a 381/85 y 93/86, caso Giletti, *Rec. 1987 00955* (ECLI:EU:C:1987:98).

¹⁷ STJUE de 10 de mayo 2017, caso Lobkowicz, asunto 690/15, (ECLI:EU:C:2017:35).

A) Gaygusuz c. Austria: Subsidio por desempleo mixto

32. Aunque la tesis de incluir el derecho a prestaciones sociales en el ámbito de aplicación material del Primer Protocolo Adicional no fue descartada por la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos en los asuntos *X.v. Holanda*, de 20.7.1971 y *Müller v. Austria*, de 16.12.1974¹⁸, habrá que esperar al 19.9.1996 para que, por primera vez, el TEDH califique a una prestación de Seguridad Social como derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional.

33. En el caso *Gaygusuz* la prestación en litigio era un subsidio austriaco por desempleo (“asistencia de emergencia”) destinado a garantizar un ingreso mínimo de supervivencia a aquellos trabajadores que hubieran agotado la prestación por desempleo, de cuyo ámbito de aplicación personal se excluía a los nacionales de Terceros Estados. Puesto que este subsidio se reconocía a quienes hubieran sido beneficiarios previamente de una prestación contributiva por desempleo, existía un vínculo indirecto entre cotizaciones previas y el subsidio (aunque éste último no se financiara mediante cotizaciones de los trabajadores y/o sus empresarios). El demandante, de nacionalidad turca, había trabajado legalmente en Austria.

34. El Tribunal sostuvo por unanimidad que el derecho a una prestación destinada a personas sin recursos suficientes y financiados tanto con aportaciones estatales como de los trabajadores, está comprendida dentro del ámbito de aplicación material del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional del CEDH, no resultando justificables las diferencias de trato para su reconocimiento fundadas en la nacionalidad del solicitante. Siendo a estos efectos irrelevantes las vías de financiación de la prestación (impuestos o cotizaciones), o que su concesión esté subordinada a una prueba de insuficiencia de recursos.

B) Wessels-Beergervoet c. Países Bajos: Pensión de jubilación no contributiva

35. La prestación en litigio (AOW) es una pensión holandesa financiada mediante un porcentaje sobre el impuesto sobre la renta. Su cuantía es uniforme y se abona a quienes cumplen 65 años. Para tener derecho a la prestación completa es preciso acreditar un período de 50 años de seguro. Existe una reducción del 2% por cada año que la persona no ha residido en los Países Bajos.

36. En esta sentencia, de 4.6.2002, la demandante invocó que la reducción de su pensión de jubilación constituía una discriminación por razón de sexo contraria al artículo 14 del CEDH, en conexión con el artículo 1º del Protocolo nº1, puesto que en el momento en que sucedieron los hechos, una mujer casada sólo estaba asegurada por la AOW cuando su marido estaba asegurado también.

37. Frente a la tesis de la demandante, el Gobierno alegaba que los beneficios de los planes de seguros sociales caracterizados por el principio de la solidaridad social no podían ser considerados como “bienes” en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº 1, ya que, a diferencia de los sistemas en los que el nivel de beneficios está supeditado a las aportaciones, un sistema basado en la solidaridad social distribuye los recursos disponibles por igual entre todos los interesados.

38. A mayor abundamiento, el Gobierno destacaba el decisivo dato de que el derecho a los beneficios de la AOW no depende de si se han hecho, o no, aportaciones. Por tanto, el grupo de contribuyentes es diferente del grupo de beneficiarios. Dada la ausencia de conexión entre contribución y derechos en virtud del plan AOW, el Gobierno consideraba que una pensión AOW no podía ser considerada incluida en el ámbito del artículo 1 del Protocolo nº 1.

¹⁸ En el primero de ellos se afirmó que “el pago de contribuciones obligatorias a una caja de pensión puede crear, en ciertas circunstancias, un derecho de propiedad sobre una partida de estos fondos, y este derecho puede ser afectado por la manera en que los fondos son repartidos”. En el segundo, la extinta CoEDH precisó que “la garantía del derecho a la pensión no da derecho a un montante determinado, salvo reducción sustancial, y que la renta derivada de un sistema de capitalización constituye un bien en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional”.

39. Frente a estos argumentos, el TEDH estimó que los derechos de la demandante a una pensión en virtud de la AOW podían ser contemplados como bienes en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº1.

40. Y, puesto que la única razón para la exclusión de la demandante del seguro de la AOW por un período de 19 años era el hecho de que estaba casada con un hombre que no estaba asegurado en virtud de lo dispuesto en la AOW porque trabajaba en el extranjero, el TEDH estima la demanda por considerar que la reducción aplicada a los beneficios de la AOW de la demandante estaba basada, exclusivamente, en el hecho de que era una mujer casada. Se constata, por tanto, la vulneración del artículo 14 del CEDH, en conexión con el artículo 1 del Protocolo nº1.

41. Con esta sentencia el TEDH reconoce que también las prestaciones financiadas íntegramente mediante tributos pueden ser calificadas como bienes susceptibles de protección al amparo del CEDH.

C) Willis c. Reino Unido: subsidio de viudedad no contributiva

42. El demandante, viudo, alegó haber sido víctima de una discriminación por razón de sexo por parte de la Seguridad Social británica, dada la negativa de las autoridades a abonarle las prestaciones de Seguridad Social a las que habría tenido derecho si hubiera sido una mujer en una situación similar.

43. Es interesante destacar cómo en el párrafo 35 de esta sentencia de 6.11.2002 el TEDH afirma que no es necesario para el Tribunal plantearse en este caso la cuestión de si las prestaciones de la Seguridad Social deben ser contributivas por naturaleza para que puedan constituir un “bien” (entrecorinado en el original) a efectos del artículo 1 del Protocolo nº 1.

44. De lo que resulta que el Tribunal considera que el derecho a la paga de viudedad y al subsidio para madres viudas es un derecho económico suficiente para ser incluido en el ámbito de aplicación material del artículo 1 del Protocolo nº1.

45. Además, el Tribunal llega a la conclusión de que al demandante se le denegó el derecho a la paga de viudedad y al subsidio para madres viudas debido a una distinción contemplada por el artículo 14 CEDH, el sexo, que no está basada en ninguna justificación objetiva y razonable, por lo que estima la demanda.

D) Anzinas c. Chipre: El acceso a la función pública como derecho de posesión de la pensión

46. En la sentencia del TEDH de 20.6.2002, el Tribunal estimó la demanda del funcionario que, como parte de la sanción que le había sido impuesta por malversación de fondos públicos, fue privado del derecho a causar pensión de jubilación. El Tribunal acreditó la existencia de un incumplimiento del equilibrio exigido entre la protección del derecho de propiedad individual y los requerimientos de interés público.

47. La piedra angular de este caso vuelve a ser, una vez más, si una prestación no contributiva puede ser considerada como un bien a los efectos de su inclusión en el ámbito material de aplicación del artículo 1 del Protocolo nº 1.

48. El gobierno chipriota estimaba que la pensión de jubilación no podía calificarse como posesión en el sentido del artículo 1 del Protocolo nº1. Y ello por cuanto que los funcionarios públicos no participan de un régimen contributivo de Seguridad Social que se nutra de las cotizaciones deducidas de sus retribuciones mensuales. Todas las prestaciones dispensadas por la República lo son a cargo de un Fondo Consolidado, conforme a lo previsto en la Constitución, que establece como criterio la obligación de la República de abonar una pensión específica, pero no alude a la existencia de un derecho al abono de las pensiones.

49. El TEDH, partiendo de la premisa de que el derecho a una pensión, como tal, no está protegido por el CEDH, reitera, sin embargo, que de acuerdo con la doctrina de las instituciones del Convenio, el derecho a una pensión derivado de una actividad laboral previa puede, en ciertos casos, ser asimilado a un derecho de propiedad.

50. Tal sería el caso cuando se han satisfecho cotizaciones, pero también cuando un empleador, como el del litigio, garantiza con carácter general el pago de una pensión en base a condiciones que pueden ser consideradas como parte integrante de la prestación de servicios.

51. El TEDH alcanza el convencimiento de que el demandante cuando ingresó en la Función Pública chipriota, adquirió un derecho que constituye una posesión dentro del sentido del artículo 1 del Protocolo nº1, por lo que la privación de la pensión constituye una injerencia en su derecho de propiedad.

3. Sentencias condenatorias contra España en materia de Pensiones fundadas en el artículo primero del primer Protocolo adicional

A) Muñoz Díaz¹⁹: Summun ius Summa Iniura

52. El litigio analiza si es discriminatorio que la legislación española no atribuya efectos jurídicos al matrimonio por el “rito” gitano y en base a ello no tuviera la madre de los hijos del fallecido derecho a una pensión de viudedad.

53. En esta sentencia de 8.12.2009 el TEDH parte de la premisa que “desde el momento en que un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social...se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo Nº 1”.

54. El TEDH rechazó por unanimidad que no reconocer efectos civiles a los “matrimonios” por el rito gitano sea constitutivo de una discriminación prohibida por el artículo 14.

55. Pero teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, el Tribunal considera desproporcionado que el Estado español que emitió un libro de familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió a la interesada y a sus seis hijos asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano a la Seguridad Social durante más de diecinueve años²⁰, no quiera ahora reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión. Por ello el Tribunal declara por seis votos contra uno que España ha vulnerado el artículo 14 en conexión con el artículo 1 del Protocolo Nº 1.

56. La sentencia, sin embargo, merece ser objeto de rotunda crítica ya que España no debió ser nunca condenada en este caso por los siguientes motivos:

57. Para el TEDH la piedra angular para estimar la existencia de discriminación por no reconocer España pensión de viudedad a la Sra. Muñoz Díaz radica en el hecho de que ella y el padre de sus hijos estuvieran en posesión de un libro de familia y de familia numerosa de 1ª categoría. El TEDH invoca que, conforme al artículo 2 de la Ley 25/1971, “se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley estén constituidas por: a) el cabeza de familia, su cónyuge, y cuatro o más hijos”.

¹⁹ M. REQUENA CASANOVA, “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Sentencia de 08.12.2009, Muñoz Díaz c. España,” *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año nº 14, nº 36, 2010, pp. 563-578.

²⁰ En el párrafo 69, el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007, y considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado “ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años”.

58. Pero esa normativa no era aplicable al caso: tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se produce un cambio radical respecto a la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del vínculo matrimonial: todos los progenitores -incluidos los no casados- podían obtener libro de familia. Pero no porque el legislador español equipare el matrimonio a las uniones *more uxore* sino para acabar con la discriminación de que eran objeto los hijos no matrimoniales durante la etapa franquista cuya inscripción de nacimiento se llevaba a cabo en un libro distinto (libro de filiación) al de los hijos matrimoniales o “legítimos” (que se inscribían en el libro de familia).

59. Por tanto, tras la Constitución, tanto la obtención del libro de familia como del libro de familia numerosa dejó de estar condicionada a la existencia de un previo matrimonio. Y por eso le fueron expedidos libros de familia y de familia numerosa a la Sra. Muñoz Díaz y al padre de sus hijos en 1983 y 1986, respectivamente. Y en ninguno de ellos figura inscrita como esposa.

60. En diversas ocasiones el TEDH menciona que en una cartilla de la Seguridad Social la Sra. Muñoz Díaz sí aparecía como esposa. Pero el TEDH no transcribe en ninguno de los párrafos de su sentencia el hecho recogido tanto en la STSJ de Madrid de 7.11.2002 como en la STC 69/2007 de que “en dicha cartilla junto al nombre de la Sra. Muñoz Díaz en la casilla parentesco hay una letra retocada que la sentencia (del Juzgado de lo Social) interpreta como esposa, siendo de significar en cualquier caso que lo que aparece es una letra inicial y que tal documento habría sido cumplimentado por el causante, cuya firma aparece en el anverso, no por la entidad gestora”.

61. A mayor abundamiento, a partir de la Resolución de 29.12.1984 de la Secretaría General de la Seguridad Social se reconoce derecho a prestación sanitaria a las personas que, sin ser cónyuge, convivan con el titular del derecho, así como a sus hijos, siempre que demuestren que viven a sus expensas y que la convivencia ha tenido lugar de forma ininterrumpida como mínimo durante el año anterior a la solicitud de su reconocimiento como beneficiario.

62. En el párrafo 69 el TEDH hace suyo el último párrafo del voto particular a la STC 69/2007 que considera desproporcionado no reconocer pensión de viudedad cuando el Estado “ha percibido las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de 19 años”. Dejando al margen la incongruencia de que el TEDH califique como “marido” a quien no ha celebrado un matrimonio reconocido por la legislación nacional, respecto al argumento de vincular los años cotizados al derecho a una prestación de Seguridad Social hay que señalar que resulta insostenible puesto que los sistemas públicos de Seguridad Social no funcionan como un seguro privado. No hay por tanto correlación entre las cotizaciones que obligatoriamente han de realizar los sujetos legalmente obligados y las prestaciones que les puedan ser reconocidas. Es decir, que se puede cotizar y no tener derecho a una prestación contributiva y, a la inversa, lucrar una prestación contributiva sin cotizar. Como señaló HURTADO GONZÁLEZ “la cotización se configura como una obligación legal y autónoma de contribuir al sostenimiento de gastos públicos que no genera jurídicamente derecho patrimonial alguno, desconectada, por tanto, de aquél”²¹.

B) Manzanas Martín

63. En la sentencia de 3.4.2012 el TEDH falla que España ha infringido los artículos 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio por la diferencia de trato de la normativa de pensiones aplicable a los sacerdotes católicos y a los pastores evangélicos, ya que a estos últimos no se les computaban los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social.

64. El Tribunal aplica el artículo primero del Primer Protocolo Adicional precepto que, sin embargo, “no supone un derecho a adquirir bienes, ni limita la libertad que tienen los Estados contratantes

²¹ L.HURTADO GONZÁLEZ, “Derecho a la Protección de la Salud y Derecho a la Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social”, *Tribuna Social. Revista de Seguridad Social y Laboral*, nº. 78, 1997, pg. 30.

para decidir si conviene o no poner en marcha un régimen de Seguridad Social o de elegir el tipo o el nivel de las prestaciones que deben ser acordadas”.

65. Sigue en este fallo el TEDH su reiterada jurisprudencia según la cual se produce una discriminación cuando se trata de diferente manera a las personas que están en una situación comparable, salvo que exista una justificación objetiva y razonable. La “falta de justificación objetiva y razonable” significa que la distinción controvertida no persigue un “objetivo legítimo” o que no hay “una relación de proporcionalidad razonable entre los medios empleados y el objetivo perseguido”.

66. El TEDH considera probado que las posibilidades ofrecidas a los sacerdotes católicos para que sean computados -a efectos de pensión de jubilación- los años anteriores a su integración al régimen de la Seguridad Social no se concedían a los pastores evangélicos en la legislación española.

67. Habida cuenta de las circunstancias del caso concluye el TEDH que esta diferencia normativa desfavorable constituye una diferencia de trato al demandante basada en la confesión religiosa. Y que no está justificada en relación al trato reservado a los sacerdotes católicos puesto que el demandante no dispone de ningún medio para que se tengan en cuenta, a efectos del cálculo de su pensión de jubilación, sus años de actividad pastoral como pastor evangélico antes de su integración en el régimen de la Seguridad Social.

4. Reformas legislativas contrarias al primer protocolo adicional

68. La premisa de partida es que el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional no restringe la libertad de los Estados para regular sus prestaciones sociales²². Ni impone ninguna restricción a la libertad de los Estados contratantes para decidir instaurar, o no, un régimen de protección social o para escoger el tipo o el importe de las prestaciones que se pretende conceder en virtud de tal régimen.

69. En definitiva, la legislación en materia de Seguridad Social es competencia exclusiva de los Estados miembros, incluso cuando estos son miembros de la Unión Europea pues esa competencia no ha sido transferida por los Estados a las instituciones de la UE.

70. El TEDH, además, ha sostenido que “el hecho de que una persona haya entrado y forme parte de un sistema de Seguridad Social del Estado no significa necesariamente que ese sistema no se pueda cambiar, ya sea en cuanto a las condiciones de elegibilidad de pago o en cuanto a la cuantía de la prestación o pensión” -STEDH de 16.3.2010 (Carson y otros c. El Reino Unido)-.

71. Asimismo, el TEDH ha recurrido en algunas de sus sentencias a la doctrina del “margen de apreciación” de los Estados para inaplicar el Protocolo Adicional Primero²³.

72. Pero el “margen de apreciación” y la competencia nacional para legislar en materia de Seguridad Social no implican, automáticamente, que resulten conformes al Primer Protocolo Adicional del CEDH todo tipo de reformas legislativas por parte de los Estados dirigida a reducir el gasto social. Prueba de ello son las sentencias que a continuación se traen a colación.

A) Kjartan Asmundsson c. Islandia

73. En esta sentencia de 12.10.2004, pese el amplio margen de apreciación que el TEDH reconoce a los Estados respecto de la legislación social, declaró vulnerado el artículo primero del Primer Protocolo Adicional al privarse a una persona totalmente y de forma sobrevenida de su derecho a una pensión de invalidez.

²² STEDH de 26 de junio de 2014, caso Sujanov y Iltchenko c. Ucrania.

²³ L. MOLA, “The margin of appreciation accorded to states in times of economic crisis: An analysis of the decision by the European Committee of Social Rights and by the European Court of Human Rights on national austerity measures”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, nº 1, 2015, p.182.

74. Los hechos que dieron lugar al litigio pueden sintetizarse así: el demandante cobró pensión de invalidez derivada de contingencias profesionales desde 1978 hasta 1992, en que como consecuencia de una reforma legal que modificó el método de valoración de la discapacidad su pensión le fue suprimida tras un período transitorio de 5 años.

75. El TEDH constató que aunque las nuevas normas de pensiones se basaban en criterios objetivos, el que el demandante se viera privado por completo de la pensión de invalidez que en ese momento constituía no menos de un tercio de sus ingresos brutos mensuales y que había recibido durante casi 20 años, constituía una carga excesiva y desproporcionada y por tanto, vulneraba el artículo 1 del Primer Protocolo Adicional.

B) Bélané Nagy c. Hungría

76. La sentencia Bélané Nagy trae causa de la reforma de la legislación húngara que provocó que a la demandante, sin experimentar cambios en su estado de salud, se le suprimiera la pensión de incapacidad que cobraba en 2010. En 2012 entró en vigor una nueva ley que sustituyó la pensión de invalidez por un subsidio de invalidez, que también le fue denegado a la Sra. Bélané porque ni era beneficiaria de la anterior pensión de invalidez ni acreditaba el período de carencia exigido.

77. La sentencia de 13.12.2016 enfatiza la importancia del principio *impossibilium nulla obligatio est* ya que la normativa vigente no puede exigir ex post acreditar un determinado período de carencia cuando ello resulta ya de imposible cumplimiento para la demandante.

78. El TEDH estimó que “el amplio margen de racionalización del que disponen los Estados respecto de sus sistemas de Seguridad Social no pueden justificar medidas carentes de toda proporcionalidad ni pueden comportar un sacrificio individual excesivo, ya que la Seguridad Social no deja de ser “la expresión de la solidaridad de la sociedad con sus miembros más vulnerables”.

79. Por nueve votos contra ocho el TEDH falló que había habido vulneración del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional. El ajustado margen de la votación ilustra a la perfección la tensión que provoca, por un lado, el Derecho de los Estados a reformar sus sistemas de Seguridad Social²⁴, y los derechos de los beneficiarios de prestaciones sociales ante reformas legislativas restrictivas y fundadas en el principio de austeridad derivado de los efectos de la crisis económica y financiera mundial, de otro lado.

C) Baczúr c. Hungría

80. Respecto al tema de recorte de pensiones hay que traer a colación la sentencia del TEDH de 7.3.2017. El litigio trae causa de la reforma legislativa sobre el cálculo de la pensión de invalidez para personas con capacidad laboral reducida que provocó una reducción del importe de la pensión que el demandante venía percibiendo (de 510 euros mensuales se redujo a 140 mensuales). El demandante alegó que dado que su estado de salud no había mejorado había sido privado injustificadamente de su derecho de propiedad.

81. El TEDH admite que el sistema de Seguridad Social puede sufrir cambios, incluso en las condiciones de elegibilidad de pago o en la cantidad de las rentas o pensiones”. Y también ha aceptado la posibilidad de modificaciones de la legislación de Seguridad Social como respuesta a cambios sociales.

82. En el caso Barzúc el TEDH toma en consideración que la prestación en litigio “constituye la expresión de la solidaridad de la sociedad con sus miembros más vulnerables”. Para el Tribunal una

²⁴ A. TSETOURA, *PROPERTY PROTECTION AS A LIMIT TO DETERIORATING SOCIAL SECURITY PROTECTION*; *European Journal of Social Security*, vol. 15, 1, pp. 55-78.

reducción de 2/3 como la sufrida por el demandante ha infringido al contenido esencial de su derecho de pensión aunque el demandante -a diferencia de la Sra. Nagy- no fue completamente privado de sus derechos. Este elemento se agrava por el dato de que el demandante no tenía ninguna otra renta significativa con la que subsistir y pertenece al grupo vulnerable de personas con discapacidad. El TEDH considera que la aplicación de la legislación impugnada supuso una situación en la que no hubo una ponderación justa de los intereses en juego, incluso si la legislación tenía por objeto la protección del interés público racionalizando el régimen de las pensiones para personas con discapacidad, un problema de interés general en cuyo logro el Estado goza de un amplio margen de apreciación. Por todo ello el TEDH declara infringido el artículo 1 del Protocolo N°1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

5. Reforma de la revalorización de pensiones en España y Convenio Europeo de Derechos Humanos

83. A partir de la Ley 24/1997, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, se estableció la revalorización automática de las pensiones en función del IPC previsto para ese año (artículos 48.1.1 TRLGSS 1/1994 y 27.1 párrafo primero del Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado -Real Decreto Legislativo 670/1987-). Y en caso de desviaciones del IPC previsto frente al real, se abonaba a los pensionistas una “paga” en el mes de abril compensatoria.

84. Debido precisamente “a la dureza y profundidad de la crisis económica” el artículo 4 del Real Decreto-ley 8/2010, por el que se adoptan Medidas Extraordinarias para la Reducción del Déficit Público, dejó en suspenso en 2011 la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social en su modalidad contributiva.

85. En 2012 las pensiones se revalorizaron en un 1% (artículo 5.1 del Real Decreto-ley 20/2011), aunque no se abonó a los pensionistas la diferencia entre el IPC real y el previsto de conformidad con el artículo segundo del Real Decreto-ley 28/2012, que asimismo dejó en suspenso la revalorización de las pensiones para el ejercicio de 2013. Las razones para tal proceder son, según su Exposición de Motivos, el elevado déficit del sistema de la Seguridad Social durante el ejercicio 2012 y la necesidad de cumplir con el objetivo del déficit público.

86. Contra el Real Decreto-ley 28/2012 se interpuso recurso de inconstitucionalidad que fue desestimado por la STC 49/2015, de 5 de marzo, que falló que la suspensión de la revalorización conforme al IPC no infringía ningún precepto constitucional en base a la -discutible- aplicación al ámbito de la Seguridad Social de la doctrina de los derechos adquiridos en contraposición de las expectativas de derecho²⁵. Esta última sentencia ha sido objeto de críticas porque podría abrir la puerta a “la discrecionalidad legislativa sobre la actualización de las pensiones según las circunstancias económicas y sociales en cada momento”²⁶.

87. Con la entrada en vigor de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social, su artículo séptimo modificó la normativa sobre revalorización de pensiones contenida en el TRLGSS y en el Texto Refundido de Clases Pasivas, quedando establecida en un mínimo del 0,25% y un máximo 0,5%.

88. Es decir, que a partir de la Ley 23/2013 el importe de las pensiones públicas queda desvinculado del Índice de Precios al Consumo²⁷ ya se no toma como referente para la revalorización de las pen-

²⁵ “De conformidad con una consolidada jurisprudencia constitucional, la retroactividad interdicta por el art. 9.3 CE resulta aplicable exclusivamente a los derechos individuales, entendidos éstos en los términos anteriormente expuestos, siempre y cuando se trate de derechos “consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas” (por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio (ECLI:ES:TC:1987:99), y 178/1989, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TC:1989:178). Por consiguiente y para este Tribunal, solo cabrá apreciar que una norma es retroactiva, a los efectos del precitado art. 9.3 CE, cuando incide sobre “relaciones consagradas” y afecta a “situaciones agotadas”.

²⁶ Eva María Blázquez Agudo, “Desde el Principio de Garantía de la Suficiencia de las Prestaciones a la Necesidad de Garantizar la Viabilidad del Sistema”, *Revista de Información Laboral*, nº 5/2015, p.8.

²⁷ Esther Guerrero Vizuet, “La Deconstrucción del Sistema Público de Pensiones a través de la Ley 23/2013, de 23 diciembre. Reguladora del factor de Sostenibilidad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 65/2014, pp. 98-108.

siones el IPC sino el índice de revalorización de las pensiones cuya determinación dista mucho de ser de fácil comprensión ya que “se tienen en cuenta elementos tales como el número de pensionistas, la media de las pensiones de todos ellos, así como los ingresos y los gastos del sistema de Seguridad Social²⁸”.

89. Mientras el IPC fue negativo, la aplicación del índice de revalorización no conllevó contestación social. Sin embargo, y como era más que previsible, el nuevo mecanismo de revalorización de pensiones ha empezado a mermar el poder adquisitivo de los pensionistas y con ello auspiciado su empobrecimiento y las subsiguientes movilizaciones sociales de carácter reivindicativo.

90. De la fuerza de estos movimientos contestatarios con la política de pensiones del Gobierno y de la importancia del voto de los pensionistas que podrían inclinar la balanza en unas próximas elecciones da fe que el Gobierno haya tenido que dar finalmente marcha atrás en su política. Concretamente, en el Programa Nacional de Estabilidad presentado en abril 2018 se afirma que “las medidas de apoyo al colectivo de pensionistas también han sufrido alguna modificación durante la fase de tramitación parlamentaria. Se mantiene el escenario de incremento de las pensiones no contributivas y las pensiones mínimas, que se actualizarán en un 3% en total, tal y como estaba previsto en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2018 presentado ante el Congreso el pasado 3 de abril. Iniciada la negociación del Presupuesto en el Parlamento, se ha acordado que el resto de pensiones se incrementen un 1,6% en total en 2018; y la base reguladora de las pensiones de viudedad en 4 puntos porcentuales. El incremento de las pensiones por encima de lo previsto en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2018 supone un coste adicional de 1.522 millones de euros”.

91. En 2018 el TEDH ha admitido a trámite una demanda contra España²⁹ relativa a las reformas llevadas a cabo por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social. Se cuestiona, concretamente, si vulnera el derecho de propiedad de los pensionistas el que la nueva normativa desvincule el importe de las pensiones al Índice de Precios al Consumo, provocando con ello una pérdida del poder adquisitivo de los pensionistas.

92. Esta reforma acometida por el Gobierno español en el trienio 2011-2013 tiene su origen, en última instancia, en la crisis económica y financiera mundial iniciada en 2008. Y se enmarca dentro una política de contención del gasto público impuesta, por un lado, por el artículo 126 del TFUE y su Protocolo nº 12, “Sobre el Procedimiento Aplicable en Caso de Déficit Excesivo”. Y de otro lado, por los compromisos internacionales asumidos mediante el Tratado de “Estabilidad, Coordinación y Gobernanza” -que provocaron la reforma del artículo 135 de nuestra Constitución- y del Tratado “Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad”.

IV. El Derecho de Propiedad en la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea a la luz del primer protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos

1. El impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

93. El TJUE pasó de una inicial pasividad a una declarada defensa de los Derechos Fundamentales como principios generales del Derecho comunitario espoliado por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales alemán e italiano³⁰.

²⁸ Eva María Blázquez Agudo, “Desde el principio de Garantía de Suficiencia”, Op. Cit., pp.1-2.

²⁹ Presentada por el Colectivo Ronda en representación del activista y portavoz de Marea Pensionista, Domiciano Sandoval.

³⁰ De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán (Solange II y Soweit) e italiano (Granital y Fragd) se desprende que no se descarta completamente la posibilidad de que, llegado el caso, los Tribunales Constitucionales pudieran pronunciarse sobre la constitucionalidad de la normativa comunitaria si la protección del TJCE a los derechos fundamentales se mostrara insuficiente.

94. A partir de la sentencia Nold³¹ el TJUE declarará que “los instrumentos internacionales referentes a la protección de los Derechos Humanos en los que han cooperado o a los que se han adherido los Estados miembros también pueden contener elementos que conviene tener en cuenta en el Derecho comunitario”³².

95. Jurisprudencia que se reitera en infinidad de sentencias posteriores y que permite afirmar con Louis³³ que “los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos³⁴ (Declaración universal, Convenio Europeo, pactos de las Naciones Unidas, Carta Social, etc...) serán fuentes en las que el Tribunal se inspirará”³⁵. Llegando el Abogado General La Pergola³⁶ a afirmar que el Tribunal de Justicia tiene asignado “el papel de intérprete del CEDH por lo que respecta a las reglas que tengan relación con el Derecho comunitario”.

96. Concretamente en relación con el CEDH, el TJUE viene declarando que no pueden admitirse en la Comunidad medidas incompatibles con el respeto de los Derechos Humanos³⁷. A sensu contrario” no operará tal garantía cuando el derecho en cuestión no se encuentre amparado por el CEDH.

97. Ahora bien, las anteriores afirmaciones no deben llevar a la errónea conclusión de que entre ambos Tribunales existe una relación de jerarquía -lo que es falso- ni que el TJUE esté subordinado a la jurisprudencia del TEDH³⁸.

98. Está fuera de toda duda que el derecho de propiedad se encuentra entre los Derechos Fundamentales que el ordenamiento jurídico comunitario garantiza³⁹.

2. La no adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos

99. Todos los Estados miembros de la UE han ratificado el CEDH.

100. El artículo 218.6 TFUE prevé la posibilidad de firmar un Acuerdo de Adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sin embargo esta eventualidad ha de considerarse descartada tras el Dictamen 2/13 del TJUE de 18.12.2014 declarando la incompatibilidad del Proyecto de Acuerdo de Adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos con el Derecho originario de la Unión.

101. En última instancia el escollo que hace imposible esta adhesión es la eventualidad de que la jurisprudencia del TEDH pudiera prevalecer sobre la interpretación del Derecho de la Unión efectuada por el TJUE. Así se infiere del Dictamen citado cuando afirma en su apartado 183 que “un acuerdo inter-

³¹ STJCE de 14 de mayo de 1974, caso Nold, asunto 4/73, *Rec. 1974 00491* (ECLI:EU:C:1975:114), p.508. Es de resaltar que la misma se dictó pocas semanas después de que Francia ratificara el CEDH.

³² J.A. CARRILLO SALCEDO, “La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas” en VV.AA, *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, Civitas, Madrid, 1986, p.21.

³³ J.V. LOUIS, *El Ordenamiento Jurídico Comunitario*, 5ª edición, Luxemburgo, 1995, p.103.

³⁴ López-Medel resalta que “no es necesario para que el TJCE pueda referirse a uno de ellos, que el instrumento en cuestión haya sido ratificado por todos los estados miembros, bastando la cooperación o adhesión”. Cfr. M. LÓPEZ-MEDEL BASCONES, *Derechos Humanos y Libertades en la Europa Comunitaria*, Madrid: Sociedad Española para los Derechos Humanos, 1992, p.43.

³⁵ Tal y como Carrillo Salcedo destaca, el que el CEDH “sea una fuente de inspiración del TJCE no significa que esté jurídicamente vinculado”. Cfr. J.A. CARRILLO SALCEDO, “La Protección de los Derechos Humanos en las Comunidades Europeas”. Op. cit; p.21.

³⁶ Conclusiones del Abogado General Antonio La Pergola presentadas en el asunto 299/95, caso Kremzow, *Rec. p.I-2631*.

³⁷ Sentencias TJCE de 18 de junio de 1991, asunto 260/89, caso ERT, *Rec.; p.I-2925* (ECLI:EU:C:1991:254); y de 29 de mayo de 1997, asunto 299/95, caso Kremzow, *Rec.; p.I-2637*(ECLI:EU:C:1997:254), entre otras.

³⁸ L. LÓPEZ GUERRA, “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “Le Mouvement Nécessaire des choses”*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 39, 2017, pp. 163-188

³⁹ Sentencias del TJCE de 12 de noviembre de 1969, asunto 29/69, caso Stauder, *Rec. 1969 00419* (ECLI:EU:C:1969:57), p.425; y de 17 de julio de 1997, asuntos acumulados 248/95 y 249/95, caso SAM, *Rec. p.I-43* (ECLI:EU:C:1997:377), de 28 de abril de 1998, asunto 200/96, caso Metronome, *Rec. p.I-1953* (ECLI:EU:C:1998:172), “según reiterada jurisprudencia, el derecho de propiedad forma parte de los principios generales del Derecho comunitario”.

nacional únicamente puede afectar a sus propias competencias (del TJUE) si se cumplen los requisitos esenciales para la preservación de la naturaleza de éstas y, por lo tanto, no se pone en peligro la autonomía del sistema jurídico comunitario”. Y aún más claramente, en el apartado 186 se lee que las apreciaciones del TJUE “relativas al ámbito de aplicación material del Derecho de la Unión, especialmente a efectos de determinar si un Estado miembro está obligado a respetar los derechos fundamentales de la Unión, no deberían poder ser cuestionadas por el TEDH”.

102. En síntesis, “un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico comunitario” (apartado 201 del Dictamen 2/13).

103. Es decir, que pese al “diálogo” y recepción de la jurisprudencia del TEDH por parte del TJUE, sería contrario al Derecho de la UE que el TEDH primara sobre el TJUE.

104. Efecto obvio e inherente a la no adhesión de la UE al CEDH es que éste último no forma parte de las fuentes del Derecho de la Unión.

3. La Cuestión prejudicial Florescu

105. La STJUE de 13.6.2017,-258/14 (Florescu) es la primera y, de momento, única sentencia en la que el TJUE ha invocado la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a prestaciones sociales como derecho de propiedad.

A) La reforma de pensiones en Rumanía como respuesta a la Crisis

106. El litigio trae causa de la reforma legislativa llevada a cabo en Rumanía por la ley 329/2009, consistente en la prohibición de acumular una pensión neta del sector público con los ingresos obtenidos de actividades ejercidas en el seno de instituciones públicas.

107. Como expresamente indica el artículo 2 de la ley 329/2009 “las medidas que ésta establece tienen un carácter excepcional y están destinadas a reducir los efectos de la crisis económica y a dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del Memorando de Acuerdo y del Acuerdo de derechos de giro celebrado entre Rumanía y la Comisión y el FMI”.

108. Tal y como reconoció el Abogado General Bot en sus conclusiones presentadas el 21.12.2016, “el Memorando de Acuerdo es un acto adoptado por las instituciones. En efecto, éste ha sido adoptado sobre la base del artículo 143 TFUE”. Y “corresponde a las autoridades rumanas aplicar las medidas que estimen adecuadas y necesarias para cumplir los objetivos generales definidos en el Memorando de Acuerdo, y éste no impone la adopción de una normativa nacional, como la considerada en el litigio principal”.

109. Para el Abogado General “en el contexto muy particular de la crisis económica a la que se enfrentan los Estados miembros, estos, así como las instituciones de la Unión, son ciertamente los que mejor pueden determinar qué medidas pueden tener mayor impacto para sanear el gasto público. Así pues, pienso que los Estados miembros disponen de una amplia facultad discrecional en la materia”.

110. Es decir, la crisis económica y financiera mundial vendría a ser la justificación, en última instancia, de las reformas impulsadas a nivel nacional para cumplir compromisos derivados del Derecho de la UE. Pero, sin duda, esta política de austeridad tiene un elevado coste social, como reconoce el Parlamento Europeo en su Resolución de 14.6.2017: “los recortes y la congelación de las pensiones incrementan el riesgo de pobreza en la vejez”.

B) Sobre la vulneración del artículo 17 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

111. En otro orden de ideas es digno de resaltar el hecho de que en la cuestión prejudicial Florescu no se invoque como infringido el artículo 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE que proclama el derecho a la Seguridad Social, sino su artículo 17 que dice:

112. “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de los bienes que haya adquirido legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida en que resulte necesario para el interés general”.

113. Como señala la STJUE de 13.6.2017, para determinar el alcance del derecho fundamental al respeto de la propiedad, es preciso tener en cuenta, a la luz del artículo 52.3 de la Carta, el artículo primero del Primer Protocolo Adicional al CEDH. Por ello, el TJUE con cita de la jurisprudencia del TEDH concluye que “cuando una normativa establece el pago automático de una prestación social, engendra, para quienes reúnen sus requisitos, un interés patrimonial que entra en el ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo Adicional y por lo tanto, los derechos derivados del pago de cotizaciones a un régimen de seguridad social constituyen derechos patrimoniales a efectos de este artículo”.

114. Por lo que se refiere al artículo 17 de la Carta, en el asunto Florescu el TJUE afirma que “la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia se desprende que el derecho de propiedad garantizado por ese artículo no tiene carácter absoluto y que su ejercicio puede ser objeto de restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la Unión”. Además, la medida nacional controvertida tiene carácter excepcional y temporal, “y no conlleva una privación pura y simple del derecho a la pensión de las personas que se encuentran en la situación de los recurrentes en el litigio principal, dado que estos pueden continuar percibiendo su pensión de jubilación si renuncian a ejercer paralelamente una actividad profesional remunerada en el seno de una institución pública”.

115. Por todo lo cual el TJUE concluye que “la normativa nacional considerada en el litigio principal es adecuada para conseguir el objetivo de interés general perseguido y es necesaria para alcanzarlo”.

V. El primer protocolo adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ¿Canon hermenéutico para interpelar el Derecho a prestaciones sociales en España?

1. El artículo 10.2 CE

116. Por mandato del artículo 10.2 de nuestra Constitución los derechos fundamentales y las libertades constitucionalmente reconocidas se interpretarán conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en estas materias.

117. En relación con la exégesis del artículo 10.2 CE la primera incógnita que se suscita es si la remisión a los Tratados Internacionales se circunscribiría al Convenio Europeo de Derechos Humanos o se extiende también a sus Protocolos Adicionales y a la jurisprudencia del TEDH.

118. La primera cuestión podemos resolverla con base a la sentencia del Tribunal Constitucional 89/1995, de 6 de junio, de la que claramente se deduce que los derechos y libertades constitucionales han de interpretarse de conformidad con los Protocolos del CEDH, al menos aquéllos que tienen carácter sustantivo. Y entre estos últimos se encuentra el Primer Protocolo Adicional⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. J.A. CARRILLO SALCEDO, "El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales", en: *Consejo*

119. Asimismo, la doctrina⁴¹ se ha decantado mayoritariamente por una interpretación teleológica del precepto, omnicompreensiva tanto del propio Convenio como de la jurisprudencia del TEDH⁴². Y, de hecho, no sólo es frecuente que en las Sentencias del TC se citen sentencia del TEDH sino que, tajantemente, la STC 303/1993, de 25 de octubre, afirma que la jurisprudencia del TEDH “resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE”.

A) Sobre el alcance del concepto de Derechos fundamentales a los efectos del artículo 10.2 CE

120. Otra cuestión en modo alguno desprovista de interés que plantea el artículo 10.2 CE es la de determinar cuáles sean los derechos fundamentales y libertades⁴³ que hayan de interpretarse de conformidad con las normas internacionales en la materia ratificadas por España.

121. A efectos puramente polemizadores, diversas interpretaciones resultarían plausibles:

122. La opción más restrictiva sería la que identificara los “derechos fundamentales y libertades” a los que alude el artículo 10.2 CE con la sección primera del capítulo segundo del Título I de la CE (artículos 15-29), que lleva por rúbrica, precisamente, “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

123. Pero cabría, asimismo, defender que la obligación que impone el artículo 10.2 a los poderes públicos abarca sólo a los derechos y libertades fundamentales que gozan de la protección reforzada prevista en el artículo 53.2 CE y que pueden ser objeto de tutela a través del recurso de amparo.

124. Una tercera solución sería la postulada por CRUZ VILLALÓN⁴⁴, quien propuso “llamar derechos fundamentales, básicamente, como criterio general, a los contenidos en todo el capítulo segundo, sin hacer distinción entre las dos secciones de este capítulo. Aunque sin extender el concepto al capítulo tercero, dedicado a la versión nacional de los derechos sociales”. Opinión igualmente defendida por otros autores⁴⁵.

125. Una cuarta tesis, más expansiva, consideraría que la eficacia del artículo 10.2 se extendería a todos los derechos y libertades consagrados en el Título Primero de la Constitución⁴⁶. Desde este

General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II, Madrid, 1995, p.21.

⁴¹ Entre otros muchos, A. POYAL COSTA, “La Protección de los Derechos Fundamentales en el Derecho Comunitario”, *Revista de estudios europeos*, nº 8, 1994, p.97. YA. SALADO OSUNA, “Efectos y Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Derecho Español”, en AA.VV., *Derecho Constitucional para el Siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vol.1, p. 195.

Por su parte, L.M. BUJOSA VADELL, *Las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento Español*, Tecnos, Madrid, 1997, p.67; llega a afirmar que “a través de esta norma se produce una constitucionalización de la interpretación que se deriva de las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas por nuestro país.

⁴² Por contra, ver F. REY MARTÍNEZ, “El Derecho de Propiedad Privada en el Derecho Europeo”. Op. cit; p.65: “el TJCE aunque se ha referido explícitamente a la CEDH como criterio de interpretación de los principios generales comunitarios en relación a los derechos fundamentales, no ha tenido en cuenta explícitamente la jurisprudencia del TEDH, lo cual significa no aplicar el *derecho viviente*”.

⁴³ G. CÁMARA VILLAR, *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la Práctica del Tribunal Constitucional Español*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp.76-77: “ni existen derechos humanos como realidades ópticas, ni existe tampoco un concepto doctrinal y dogmático universalmente válido de derecho fundamental”.

⁴⁴ Ante semejantes dificultades, no falta quien opte por emplear de “modo casi indistinto los términos de derechos fundamentales, derechos humanos y libertades públicas”. Cfr. JOSÉ MANUEL ROMERO MORENO, *Proceso y Derechos Fundamentales en la España del Siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p.11.

⁴⁵ P. CRUZ VILLALÓN, en: J.M Sauca (Ed.), *Problemas Actuales de los Derechos Fundamentales*, Boletín Oficial del Estado, 1994, p.160.

⁴⁶ J.J GONZÁLEZ RIVAS, *Estudio-Comentario Jurisprudencial de la Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Ed. Comares, Granada, 1992, p.123.

⁴⁷ E.GARCÍA DE ENTERRÍA, E. LINDE y L.I. ORTEGA, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1979, p.181.

A.E PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp.418-421.

prisma la referencia del artículo 10.2 CE a los “derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce” no se limitaría al Capítulo II o a la Sección Primera de ese mismo capítulo, sino que comprendería a todo el Título Primero, pues de no haber sido tal la intención del constituyente lo habría “señalado de forma explícita y directa”⁴⁷.

126. Y por último, pero no por ello menos sugerente, partiendo de la premisa de que “la sistemática de la CE conoce algún fallo, pues alguno de los derechos fundamentales se han regulado en otros Títulos de la misma (artículos 105.a, 105.b, 106.2, 121, 125)”⁴⁸, podría incluso postularse que la obligación que impone el artículo 10.2 CE se extendería a todos y cada uno de los derechos y libertades contemplados por la Constitución⁴⁹, independientemente de su ubicación en la Carta Magna⁵⁰. En apoyo de esta tesis podría citarse la sentencia 146/1986⁵¹ que para interpretar el concepto de Asistencia Social (art. 148.1.20 CE) se remite a los instrumentos internacionales ratificados por España.

127. Opiniones tan dispares, podrían, quizás, armonizarse de admitir que la expresión “derechos fundamentales” no tiene una acepción unívoca, sino que está dotada de distinto alcance según se tratara de la aplicación del artículo 10.2 CE (concepto amplio), o de la aplicación de preceptos tales como los artículos 53.1, 53.2 y 81 CE (concepto restrictivo).

128. En todo caso, y parafraseando a SOLOZABAL⁵² cabría concluir que “los derechos fundamentales se protegen por su importancia, pero obviamente, no deben su importancia a su protección”.

B) Las prestaciones sociales como Derecho de propiedad ¿Derecho fundamental?

129. El derecho de propiedad ha estado presente en todas las Constituciones españolas: desde la Constitución de Cádiz de 1812 (artículo 4) hasta la vigente Constitución de 1978 (artículo 33).

130. A los efectos de valorar los efectos de la jurisprudencia del TEDH en materia de prestaciones sociales como derecho de propiedad en España resulta necesario despejar la incógnita de si el derecho de propiedad *per se* puede reputarse como “derecho fundamental”.

131. Por la ubicación del artículo 33 en el texto constitucional, no resultaría defendible que estemos ante un derecho “fundamental” a los efectos de los artículos 53.2 y 81 CE⁵³.

L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPES Y M. SATRÚSTEGUI, *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, 2016, p.106: “este Título I representa, pues, la declaración de derechos del ordenamiento español por cuanto en él, siguiendo la tradición constitucional, se enumeran los derechos fundamentales. Estos toman su denominación de “fundamentales” de la importancia que poseen dentro del ordenamiento como elemento básico para configurar el sistema jurídico y político.”

⁴⁷ B. DE CASTRO CID, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la Teoría General de los Derechos Humanos*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, Ponferrada, 1993; pp.189-191.

⁴⁸ J. DE ESTEBAN Y P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional Español*, Universidad Complutense de Madrid, 1992, p.269.

⁴⁹ Sentencia del TC 37/1988 de 3 de marzo (ECLI:ES:TC:1988:37): “este Tribunal, cuya jurisprudencia ha estado siempre orientada por el principio de que los textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales no contienen palabras vanas, sino garantías jurídicas inviolables por los Poderes Públicos”.

⁵⁰ G. CÁMARA VILLAR, *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la Práctica del Tribunal Constitucional Español*, Op. Cit, p.78: “tanto el encabezamiento general del Título I, como el del Capítulo IV tienen un significado de amplia y genérica referencia al conjunto del sistema constitucional de los derechos. Y lo mismo podría decirse de las expresiones en el artículo 10.2, 27.2 y 94.1 CE.”.

En el mismo sentido, J. DE ESTEBAN Y P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO, *Curso de Derecho Constitucional Español*, Op. Cit, p.271: “de forma lógica habría que mantener, de acuerdo con el enunciado del Capítulo Cuarto del Título I, que, de forma general, el artículo 53 considera igualmente derechos fundamentales a los comprendidos tanto en el Capítulo Segundo como en el Tercero. Dicho de otra forma, serían así derechos fundamentales todos los regulados en la Norma Fundamental”.

⁵¹ STC 146/1986, de 25 de noviembre (ECLI:ES:TC:1986:146).

⁵² Citado por G. CÁMARA VILLAR, *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la Práctica del Tribunal Constitucional Español*, Op. Cit, p.83.

⁵³ El derecho de propiedad, aisladamente, no es susceptible de amparo ni de protección reforzada. Por todos, J.J. GONZÁLEZ RIVAS, *Estudio-Comentario Jurisprudencial de la Protección Constitucional de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit, p.116.

132. Pero, en cambio, a los efectos hermenéuticos del artículo 10.2 CE, parece razonable defender el carácter de “fundamental” del derecho de propiedad⁵⁴, en el sentido de que el mismo habrá de ser interpretado conforme a los instrumentos ratificados por España, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁵, el CEDH⁵⁶ y sus Protocolos. Pues España, al ratificar instrumentos internacionales sobre protección de Derechos Humanos queda obligada no sólo a garantizar el respeto de los mismos en el territorio nacional, sino también a interpretar su “positivación constitucional” de conformidad con dichos textos internacionales, ya que una solución distinta los vaciaría de “efecto útil”.

133. Similares razonamientos conducirían a defender que la obligación que impone el artículo 10.2 CE ha de extenderse también a otros derechos consagrados en el Capítulo III del Título I de la CE en la medida que son proclamados como derechos fundamentales por instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento interno. Este sería, el caso, del Derecho a la Seguridad Social, regulado en el artículo 41 de nuestra Constitución.

134. Por tanto, siendo incuestionable que el derecho de propiedad es un derecho fundamental para el Primer Protocolo Adicional al CEDH, el derecho a prestaciones sociales -como derecho de propiedad- se ha de interpretar a la luz de la jurisprudencia del TEDH sobre el mismo.

VI. Las prestaciones sociales, ¿Derecho de propiedad para el Tribunal Constitucional?

135. Aunque “el Derecho a la Seguridad Social no puede construirse sobre la inseguridad jurídica”⁵⁷, tradicionalmente se ha venido rechazando la aplicación del principio de “la confianza legítima” al ámbito de la protección social⁵⁸.

136. Resulta paradigmático el criterio sentado por el Tribunal Constitucional⁵⁹ a propósito del anticipo de la edad de jubilación de los funcionarios de 70 a 65 años, en el que se decantó por negar la existencia de derechos adquiridos expropiados por la legislación impugnada⁶⁰.

⁵⁴ M. LÓPEZ-MEDEL BASCONES, *Derechos Humanos y Libertades en la Europa Comunitaria*, Op. Cit, p.28:“el artículo 1 del Protocolo Adicional de 1952 se corresponde con el artículo 33 de la Constitución”.

⁵⁵ F. REY MARTÍNEZ, “El Derecho de Propiedad Privada en el Derecho Europeo”, Op. Cit, p.53:“el art. 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma que toda persona, individual o colectivamente, tiene un derecho a la propiedad. Nadie puede ser arbitrariamente privado de su propiedad. Esta fórmula explicita una declaración enfática de la propiedad como un derecho humano”.

⁵⁶ El CEDH no extiende su ámbito de aplicación a todos los derechos sociales. Al respecto, J.M. MORENILLA RODRÍGUEZ, “Naturaleza del CEDH y Ámbito de las Obligaciones de los Estados en la Jurisprudencia del TEDH” en: *Consejo General del Poder Judicial*, Cuadernos de Derecho Judicial. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos II, Madrid, 1995, p.114.

⁵⁷ C. MOLINA NAVARRETE, “La Tutela de la Confianza Legítima como Principio de Ordenación Jurídica de las Pensiones Públicas” en: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Pensiones Sociales. Problemas y Alternativas, Parte I. *Colección Seguridad Social* nº 18. Madrid. 1999; p.289.

⁵⁸ Sentencia del TC 65/1987, de 21 de mayo de 1987(ECLI:ES:TC:1987:65) :(FJ.19):“yendo más allá del ámbito la certeza respecto al contenido del mandato legal, tampoco puede apreciarse que en lo relativo al presente precepto, se haya visto defraudada la confianza que legítimamente los ciudadanos hubieran depositado en los poderes públicos”.

⁵⁹ Sentencia del TC 67/1990, de 5 de abril de 1990 (ECLI:ES:TC:1990:67) :“en lo que hace al principio de seguridad jurídica, entendida su vulneración como incertidumbre o inseguridad ante lo que se afirma previamente como derecho consolidado o adquirido, ha de precisarse, y según lo expuesto en las sentencias TC 99/1987 de 11 de junio y 178/1989 de 2 de noviembre, que no cabe hablar de tales derechos adquiridos, sino de una situación de beneficio o ventaja que se ha disfrutado por el funcionario y en cuyo mantenimiento invariable no se estima razonable que tuviese derecho a confiar”.

⁵⁹ Sentencias del TC 108/1986, de 29 de julio (ECLI:ES:TC:1986:108); 70/1988, de 19 de abril (ECLI:ES:TC:1988:70); y 99/1987, de 11 de junio(ECLI:TC:1987:99), entre otras.

⁶⁰ En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del TC 65/1987, de 21 de mayo (ECLI:ES:TC:1987:65):“tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca”.

137. Asimismo, la Sentencia 65/1990⁶¹ afirma que “el derecho a una pensión no debe confundirse con el derecho a que la regulación legal de su percepción pueda ser lícitamente alterada por el legislador...idénticas consideraciones llevan a excluir también la duda sobre la vulneración del principio de interdicción de la retroactividad y del derecho a no ser privado de derechos sin indemnización, pues, no existe tal derecho”.

138. Tesis que no se ha visto alterada con la STC 45/2018, de 26.4.2018, pues si bien en la misma se afirma que la pensión se incorporó al patrimonio jurídico de su titular como el derecho a obtener del Estado una prestación económica periódica de carácter vitalicio y se declara inconstitucional la norma impugnada, no hay ninguna referencia en dicha sentencia al Convenio Europeo de Derechos Humanos ni a sus Protocolos y el fallo del Tribunal se explica en que el procedimiento para suprimir el derecho a pensión omitió las garantías que el Derecho administrativo concede a los administrados.

139. Por tanto, actualmente una diferencia capital entre la jurisprudencia española y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la distinta tesis que mantienen sobre si las expectativas de Derecho en el ámbito de la protección social son tutelables e indemnizables.

140. Para nuestro Tribunal Constitucional, “la eficacia y protección del derecho individual -nazca de una relación pública o de una privada- dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas”⁶².

141. Sistemáticamente, el Tribunal Constitucional niega que los efectos de reformas en materia de pensiones que afectan a situaciones de hecho surgidas tras la entrada en vigor de la nueva normativa sean indemnizables pues se rechaza que los ciudadanos tuvieran un derecho consolidado a jubilarse a una determinada edad, o a que sus pensiones se revaloricen conforme a la diferencia entre el IPC real y el IPC estimado (STC 49/2015, de 5.3.2015). El Tribunal Constitucional falla sistemáticamente que estamos ante meras expectativas de derecho no indemnizables porque “sólo son expropiables y, por tanto indemnizables la privación de bienes y derechos o incluso intereses patrimoniales legítimos aun no garantizados como derechos subjetivos (por ejemplo, las situaciones en precario). Más aún, la doctrina jurídica y la jurisprudencia consideran, casi unánimemente, que sólo son indemnizables las privaciones de derechos ciertos, efectivos y actuales, pero no eventuales o futuros”.

142. Cabe deducir, por tanto, que el derecho a la propiedad privada, que la CE configura como “un haz de facultades individuales sobre las cosas”⁶³, no comprendería dentro de su ámbito de aplicación material a las prestaciones sociales, que a lo sumo han sido calificadas como “bienes jurídicos constitucionalmente tutelados”⁶⁴.

VII. Conclusiones

143. Es competencia exclusiva de los Estados legislar en materia de Seguridad Social.

144. El artículo 1 del Primer Protocolo Adicional, que proclama el Derecho de propiedad, en modo impone restricción alguna a la libertad de los Estados contratantes para decidir instaurar, o no, un

⁶¹ Sentencia del TC 65/1990, de 5 de abril (ECLI:ES:TC:1990:65): “ni puede hablarse en este supuesto de expropiación o confiscación de derechos patrimoniales, ni puede mantenerse tampoco que esta regulación del legislador, que suprime el disfrute de aquel beneficio o ventaja, cause desigualdad alguna”.

⁶² SSTC 99/1987, de 11 de junio (ECLI:ES:TC:1987:99); 178/1989, de 2 de noviembre (ECLI:ES:TC:1989:178); y 112/2006, de 5 de abril (ECLI:ES:TC:2006:112).

⁶³ STC 37/1987, de 26 de marzo (ECLI:ES:TC:1987:37).

⁶⁴ STC 126/1994, de 25 de abril (ECLI:ES:TC:1994:126).

régimen de protección social. O para escoger el importe de las prestaciones que se pretende conceder en virtud de tal régimen.

145. A los efectos del TEDH el concepto de propiedad tiene un alcance autónomo frente a los ordenamientos nacionales y no se limita a la propiedad de los bienes físicos.

146. La competencia nacional en materia de Seguridad Social no implica, automáticamente, que resulten conformes al Primer Protocolo Adicional del CEDH todo tipo de reformas legislativas por parte de los Estados dirigida a reducir el gasto social. Prueba de ello son las sentencias Bélané y Baczúr en las que el TEDH concluyó que las reformas legislativas húngaras basadas en una política de austeridad presupuestaria infringían el artículo primero del Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

147. En 2018 se ha admitido a trámite una demanda contra España basada en el Primer Protocolo Adicional en donde se cuestiona si la reforma llevada a cabo por la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social vulnera el derecho de propiedad de los pensionistas al conllevar una pérdida del poder adquisitivo de los mismos. Dicha reforma se enmarcó dentro de la política de austeridad del Gobierno español para cumplir los compromisos sobre déficit públicos derivados de su condición de Estado miembro de la UE.

148. Ateniéndonos al artículo 10.2 de la Constitución, el derecho a prestaciones sociales ha de ser interpretado en España a la luz de la jurisprudencia del TEDH. Sin embargo, hasta la fecha, nuestro Tribunal Constitucional ha negado que las reformas restrictivas de derechos en el ámbito de las prestaciones sociales sean indemnizables porque parte de la premisa que en estos supuestos sólo existe una expectativa de derecho no indemnizable. Es evidente que existe una discrepancia al respecto entre el TEDH y el Tribunal Constitucional.

FUNDAMENTOS DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL*

FUNDAMENTALS OF THE PROBATIVE ACTIVITY IN THE SPANISH CIVIL PROCESS

JULIO SIGÜENZA LÓPEZ
*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Murcia*

Recibido: 08.08.2018 / Aceptado: 05.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4395>

Resumen: Para ganar un pleito, tan importante es tener razón como saber probar que se tiene derecho a aquello que se solicita. Lo que pone de manifiesto la relevancia práctica de la actividad probatoria y la necesidad de conocer debidamente los aspectos más destacados de la misma. A tal fin, en el presente estudio se analizan los principios que han de tenerse en cuenta en esta materia, qué debe probarse, quién tiene la carga de acreditar los hechos que se afirman ante un tribunal y con qué han de intentar justificarse las alegaciones que se hagan ante éste.

Palabras clave: Derecho español, proceso civil, prueba, objeto y necesidad.

Abstract: To win a lawsuit, being right is so important as knowing how to prove the right to those requested. This shows the practical relevance of the evidentiary activity and the need to know properly its most featured aspects. To that end, the current study analyze the principles that must be taken into account in this matter, what should be proved, who has the burden of proving the facts that are asserted in a court of law, and what needs to be used to try justify the allegations made in court.

Keywords: Spanish law, Civil procedure, proof, object and necessity.

Sumario: I. Nociones previas. II. Concepto de prueba. III. Objeto y necesidad de la prueba. 1. Los hechos. A) Hechos expresamente admitidos. B) Hechos notorios. C) Hechos tácitamente admitidos. D) Hechos favorecidos por una presunción legal. 2. La costumbre. 3. El derecho extranjero. 4. Otras normas jurídicas. 5. Las llamadas «máximas de la experiencia». IV. Carga de la prueba. V. Fuentes y medios de prueba. VI. Las diligencias finales.

I. Nociones previas

1. Aunque el objeto de este estudio se centrará en el análisis de la actividad probatoria en nuestro proceso civil –y, más singularmente, en el estudio de su desarrollo en el llamado «proceso civil de declaración»–, parece conveniente realizar, con carácter previo, algunas precisiones sobre la misma que permitan comprender, con mayor claridad, algunas de las consideraciones que más adelante se realizarán.

* El presente trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Proceso, métodos complementarios o alternativos y nuevas tecnologías para una justicia más garantista: los retos pendientes en la tutela jurisdiccional», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2017-86575-R), así como de la Red Temática «Justicia civil: análisis y prospectiva» (DER2016-81752-REDT).

2. Cuando nos referimos a la prueba hemos de tener en cuenta que, por lo general, en los procesos civiles, contencioso-administrativos y laborales se tutelan derechos e intereses individuales; derechos e intereses que, si se hacen valer en juicio, es porque el sujeto jurídico al que conciernen así lo desea. De donde se deduce que dichos procesos dependen, en gran medida y múltiples aspectos, de la voluntad y libre actuación de quien solicita que se le tutele jurisdiccionalmente.

De ahí que, en dichos procesos, rija el *principio dispositivo* (también llamado «principio de justicia rogada»), a tenor del cual las partes «poseen dominio completo tanto sobre su derecho sustantivo como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido de que son libres de ejercerlos o no»¹. De acuerdo con dicha visión, el proceso solo existe porque así lo desea el demandante, quien, en cualquier momento –salvo que la renuncia esté expresamente excluida–, puede ponerle fin si lo considera ajustado a su interés. Es él el que delimita sobre qué ha de versar la controversia –es decir: qué es lo que se va a discutir en el proceso–, lo que incide en la actividad procesal a desarrollar y en la sentencia, ya que la primera solo podrá versar sobre las cuestiones delimitadas por el actor y la segunda no podrá ir más allá de lo que éste haya pedido en su demanda. Análogamente, el demandado es libre de comparecer, o no, en el pleito, de aceptar algunas de las peticiones que hace la parte contraria y no otras, de reconocer por completo la pretensión de su adversario, etcétera.

Todo ello es consecuencia de dos factores. De un lado, del hecho cierto, ya explicado, de que, en estos casos, el proceso no es sino un instrumento para hacer valer derechos e intereses predominantemente individuales. De otro, del reconocimiento de que los particulares pueden disponer libremente de dichos derechos e intereses, tanto dentro como fuera del proceso.

Esto no quiere decir, sin embargo, que el control del litigio se encuentre en manos de los particulares. En absoluto. Pues no les corresponde a ellos –sino a los tribunales– su dirección, siendo los titulares de los órganos jurisdiccionales los encargados de velar porque se desarrolle por los cauces legalmente determinados.

Cuanto antecede determina que, en los procesos regidos por el principio dispositivo, y como manifestación de éste, quepa hablar de otro principio, el *principio de aportación de parte*, en función del cual se confía a los litigantes la tarea de alegar y probar los hechos que les interesen, labor que se concreta en los aforismos *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame el hecho, y yo –juez– te daré el derecho) y *iudex iudicet secundum allegata et probata partium* (el juez falla conforme a lo alegado y probado por las partes). En ellos, son los contendientes –y solo ellos– los que aportan los hechos sobre los que ha de discutirse en el pleito, obligando con ello al juez, que no puede fundar su decisión en otros hechos, ni puede prescindir de los que las partes hayan sometido a su consideración. «Qué efectos jurídicos se deriven de tales hechos, en relación con las pretensiones deducidas, es cosa que corresponde decidir a la función soberana del juzgador, previa la declaración de los hechos. El juez solo es libre de considerar como dados o no los hechos controvertidos. De los alegados por una parte y admitidos por la contraria ha de partir en todo caso en la sentencia, independientemente de su convencimiento»².

Con todo, como dijimos al principio, lo anterior solo es válido en términos generales, pues existen algunos procesos civiles –los denominados «procesos civiles no dispositivos»– en los que el interés del Estado en la tutela de determinados derechos prevalece sobre cualquier otra consideración, razón por la cual se concede a los jueces mayores poderes que en los demás procesos.

De lo expuesto se deduce que, con carácter general, en el proceso civil:

- Son las partes las que han de aportar los hechos al proceso, careciendo el juzgador de dicha facultad. El actor afirmará los hechos que constituyan el fundamento de su pretensión y el demandado hará lo propio respecto de los hechos que fundamenten su resistencia.
- Las partes tienen la facultad de admitir como ciertos los hechos alegados por sus contrarios, supuesto en el cual el tribunal debe tenerlos por fijados. El juez solo es libre de considerar como ciertos, o no, los hechos controvertidos.

¹ E. GÓMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, vol. Primero, Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, 1976, p. 214.

² E. GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, *loc. cit.*

- Sobre las partes recae la carga de probar los hechos discutidos, en el doble sentido de que son ellas quienes deben solicitar que el pleito se reciba a prueba y quienes deben proponer los concretos medios de prueba de que quieran valerse, y de que es sobre ellas sobre las que recaerán las consecuencias que puedan derivarse de que los hechos alegados no queden suficientemente acreditados.

3. Sentado lo anterior, procede subrayar a continuación que todo proceso presupone la existencia, al menos, de dos partes: una que solicita una concreta tutela jurisdiccional, y otra frente a la que ésta se requiere.

La primera funda su petición en un conjunto de hechos históricos jurídicamente trascendentes que conforman la causa por la que solicita el amparo judicial –la llamada *causa petendi*–, entre los que destacan los denominados hechos constitutivos, es decir, aquellos que conforman el supuesto de hecho de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que solicita.

La segunda, si se resiste a dicha petición, puede hacerlo de formas muy diferentes, pues su oposición puede limitarse a negar la causa de pedir aducida de contrario y a solicitar que no se le condene, pero también puede basarse en otros hechos, distintos a los alegados por el actor, que, a su entender, justifiquen dicho resultado.

De lo anterior se sigue, al menos, que, así como el demandante debe alegar los hechos que hemos denominado constitutivos, el demandado puede alegar hechos que fundamenten su resistencia: sean éstos impeditivos (aquellos que, recogidos en una norma, impiden desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su normal eficacia; por ejemplo, que el contrato aducido por el actor es nulo por no concurrir algunas de las condiciones generales que la ley exige, las del artículo 1.261 del Código Civil), extintivos (los que suprimen los efectos de los hechos constitutivos; por ejemplo, que la obligación que se reclama fue satisfecha) o excluyentes (los que niegan los efectos de los hechos constitutivos; por ejemplo, que las partes suscribieron un pacto de no pedir durante determinado tiempo aún no cumplido).

Todos ellos son relevantes para delimitar el objeto del debate –no el objeto del proceso, que es cosa distinta, que viene determinado por la petición que el actor dirige a un órgano jurisdiccional–. Pues en torno a los mismos girará la discusión sobre la que versará la litis; son ellos los que han de resultar acreditados en el pleito y es sobre ellos sobre los que el tribunal deberá pronunciarse en su sentencia.

4. Como hemos señalado, el principio de aportación de parte implica que son los litigantes los que deben afirmar los hechos que les interesen invocar a favor de sus respectivas posiciones.

De ello se siguen varias consecuencias:

- En primer lugar, que es el actor el que tiene la carga de alegar los que hemos denominado hechos constitutivos, en tanto que es el demandado el que tiene la carga de alegar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que considere que le pueden favorecer.
- En segundo término, que, si los hechos afirmados por el demandante son admitidos por sus contrarios, dichos hechos son ciertos para todos y, en consecuencia, no se suscita disputa alguna en relación con ellos. En tal supuesto, ciertamente inusual en la práctica, aunque posible, la contienda no versa sobre los hechos sino sobre la valoración jurídica que los mismos merecen para las partes; es decir, sobre las consecuencias jurídicas que, a su entender, se derivan de ellos, cuestión sobre la que el tribunal deberá pronunciarse en su sentencia.
- Y, finalmente, que, si todos o alguno de los hechos aducidos por alguna de las partes, es negado por otra que se encuentre en la posición procesal adversa, dicha negativa da lugar a que estemos ante hechos controvertidos y, en consecuencia, discutidos.

5. Fijadas las anteriores premisas, estamos en condiciones de centrar nuestra atención en la función encomendada a los tribunales en nuestro sistema de justicia.

El principal deber de éstos es decidir las contiendas cuya resolución jurídica se les encomiende. Así lo disponen tanto el artículo 1.7 del Código Civil como el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y no de cualquier manera, sino de conformidad con el sistema de fuentes establecido, y, por ende, de acuerdo con el modo que se haya reglado a tal fin.

En nuestro sistema –y, más singularmente, por lo que ahora nos interesa, en el orden civil–, ello implica que han de respetar que sean las partes las que fijen el objeto del debate procesal; las que soliciten, en su caso, el recibimiento del pleito a prueba; y las que propongan los medios de prueba de que deseen valerse, sin que los tribunales tengan la posibilidad de investigar si son ciertos o falsos los hechos alegados por aquellas, ni puedan subsanar las omisiones que éstas hayan podido cometer en la defensa de sus respectivas posiciones, aunque sí les es dado comprobar si los hechos se han introducido en la litis del modo legalmente dispuesto e inadmitir los medios probatorios en los casos normativamente previstos.

II. Concepto de prueba

6. Aclarados los anteriores extremos, estamos en condiciones de definir lo que es la prueba. Entendemos por tal la actividad procesal que desarrollan las partes con el tribunal que tiene por finalidad convencer al juez de la verdad de una afirmación o fijar ésta como cierta a los efectos de un proceso³.

Si se reflexiona con tiento sobre lo que se acaba de apuntar, enseguida se reparará en la importancia que, normalmente, tiene la actividad probatoria para el éxito de las pretensiones de las partes. Pues, para ganar un pleito, tan importante es tener razón como saberla probar. Ya que, si ésta no se acredita debidamente, salvo que la discusión verse sobre cuestiones estrictamente jurídicas, difícilmente se obtendrá la tutela jurisdiccional que se desea. Tan importante es, pues, tener razón como convencer al juzgador de que se tiene derecho a obtener la tutela que se postula; al menos, cuando éste debe basar su decisión en la valoración de medios de prueba sometidos a su íntima convicción.

7. De lo expuesto se colige, además, otras dos importantes consecuencias.

En primer lugar, que, como ya se señaló, con carácter general, la iniciativa probatoria corresponde a las partes que discuten sus pareceres ante la jurisdicción.

Y, en segundo término, en directa relación con lo anterior, que la actividad probatoria versa sobre afirmaciones y hechos alegados por las partes en la causa; hechos, por lo demás, que son los únicos que puede tener en cuenta el juzgador para resolver, a quien, por otra parte, no le está permitido desconocer los hechos sobre los que exista conformidad o consenso entre los contendientes.

Dicho con otras palabras. Así como los tribunales no pueden aplicar normas alegadas por las partes si las mismas no existen, ni pueden dejar de tomar en cuenta las que efectivamente existan, aunque no sean aducidas por quienes comparecen ante ellos, la determinación de los hechos sobre los que versa la contienda procesal, y la de los medios con los que se desea constatar las afirmaciones realizadas sobre éstos, no les corresponde a ellos, sino a las partes. Al menos con carácter general, pues no faltan supuestos en los que, por estar en juego cuestiones de orden público (como ocurre, por ejemplo, en los procesos sobre el estado civil de las personas), no rige plenamente el principio de autonomía de la voluntad y sus manifestaciones procesales (el poder de disposición y la aportación de parte) quedan asimismo mermadas. La aportación de los hechos sobre los que debate en el proceso jurisdiccional corresponde, por tanto, en exclusiva, a las partes. Por lo que los jueces no pueden tener en cuenta otros distintos a los que, al menos, una de ellas haya afirmado, ni desconocer los que todas hayan reconocido.

Si a ello se añade que, como antes apuntamos, los jueces tienen el deber inexcusable de resolver los asuntos que tengan encomendados de acuerdo con el sistema de fuentes establecido y que, al menos en el orden civil, con carácter general, no pueden investigar si son ciertos o no los hechos que se les exponen, resulta forzoso concluir que el propósito de la actividad probatoria no es averiguar la verdad de lo sucedido, sino convencer al juez de determinados datos, a partir de los cuales pueda decidir si procede otorgar la tutela que se le solicita⁴; al menos, cuando no se encuentre obligado a tener en cuenta el resultado de medios de prueba de valoración legal o tasada.

³ En palabras del Rey Sabio, «Prueua es averiguamiento que se face en juyzio en razón de alguna cofa que es dubdofa» (Ley I, Título XIII, Tercera partida).

⁴ Con todo, la labor del juzgador no tiene por qué ser pasiva, pues, en el orden social de la jurisdicción se le permite que pueda ordenar la continuación de la práctica de una prueba, aunque renuncie a ella la parte que la propuso (artículo 87.2 de la

III. Objeto y necesidad de la prueba

8. Sentado lo anterior, el siguiente aspecto que ha de analizarse, en un orden lógico, es el de qué ha de probarse. O, dicho de otro modo, cuál es el objeto de la actividad probatoria y qué precisa acreditarse en un proceso jurisdiccional para que se declare la consecuencia jurídica que se solicita.

9. En sentido estricto, cuando se habla del objeto de la actividad probatoria se está haciendo referencia a las cuestiones que, en abstracto, y, por consiguiente, más allá de un proceso concreto, pueden probarse.

10. A su vez, cuando se habla de necesidad de la prueba se está haciendo referencia a aquellas cuestiones que, pudiendo ser objeto de prueba, deben ser acreditadas para que queden fijadas las cuestiones controvertidas sobre las que se discute en un concreto pleito.

11. Establecidas las anteriores premisas, fijémonos a continuación en las cuestiones que, en abstracto, pueden ser probadas, analizando a propósito de cada una de ellas qué debe probarse en un proceso para que el juzgador declare la consecuencia jurídica solicitada en cada caso por el accionante.

De acuerdo con el artículo 218 de la LECiv, dichas cuestiones son, por un lado, los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso; por otro, la costumbre y el derecho extranjero.

Aunque, si se piensa con rigor, y, por tanto, con método y orden, enseguida se cae en la cuenta de que dicha relación es incompleta. Ya que, aparte de los hechos, es evidente que hay otras normas jurídicas, además de las indicadas, que también deben ser probadas, como también deben ser acreditadas las llamadas «máximas de la experiencia».

1. Los hechos

12. Objeto principal de la actividad probatoria son los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el proceso –esto es, que aleguen las partes como fundamento de sus respectivas pretensiones–. Solo esos. No otros. Y, en puridad, si se piensa con sosiego, de acuerdo con la definición que hemos dado de actividad probatoria, más que los hechos, las afirmaciones o declaraciones que las partes hayan hecho en relación con ellos. Pues los hechos existen –o no– fuera del proceso, y lo que, en puridad, se discute en éste son las afirmaciones que los litigantes hacen sobre los mismos en sus respectivos escritos de alegaciones.

13. La aseveración de que son objeto de prueba los hechos que guarden relación con la tutela judicial que, en cada caso, se interese, tiene importantes consecuencias.

- Significa, en primer lugar, que la prueba solo puede recaer sobre los hechos afirmados por las partes en la litis –en rigor, sobre las afirmaciones que éstas hayan formulado sobre determinados hechos–: los que no hayan sido afirmados por los litigantes no pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador y sobre ellos no puede recaer prueba.
- Supone, en segundo término, que, para que una afirmación sobre determinados hechos pueda ser objeto de prueba, es preciso que se haya realizado en momento procesal adecuado: si se hace después del instante o instantes previstos para formular alegaciones, se considerará extemporánea y, en consecuencia, no se admitirá actividad probatoria alguna sobre ella.
- Implica, asimismo, que no todas las alegaciones sobre hechos realizadas oportunamente han de ser probadas: la prueba solo versa sobre hechos controvertidos; es decir, sobre cuestiones discutidas o polémicas entre los litigantes, sobre afirmaciones respecto de las cuales éstos

LJS) y, tanto en la Ley de Enjuiciamiento Civil como en la Ley reguladora de la jurisdicción social, se le permite que pueda formular a las partes, peritos y testigos las preguntas que estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos (*vide* los artículos 87.3 de la LJS y 306, 347.2 y 372 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –en lo sucesivo, LECiv).

- mantienen tesis dispares: ya sea porque uno de ellos niega expresamente una afirmación que otro mantiene, ya sea porque guarda silencio en relación con ella o explícitamente evita pronunciarse sobre la misma. No en vano el legislador impone al demandado la carga de admitir o negar los hechos aducidos por el actor, disponiendo, además, en el orden civil, que los tribunales podrán considerar su silencio o respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales (artículo 405.2 de la LECiv).
- Y evidencia, finalmente, como antes apuntamos, que no todas las afirmaciones sobre hechos deben ser acreditadas para que la sentencia pueda fundarse en ellas. Ya que, con carácter general, y, por tanto, sin perjuicio de los matices que más adelante se indicarán, los hechos admitidos por todas las partes, o afirmados por una y admitidos por las demás, son existentes para el juzgador, que no podrá desconocerlos en su sentencia.

A) Hechos expresamente admitidos

14. Los hechos afirmados por todas las partes en sus alegaciones, o los afirmados por una que sean reconocidos por las restantes, son hechos expresamente admitidos, y, como tales, se encuentran exentos de prueba, salvo que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los pleiteantes (*vide* los artículos 281.3 de la LECiv y 87 de la LJS), hipótesis en la cual sí deberá desplegarse prueba si se desea que la sentencia pueda fundarse en ellos.

15. La razón de dicha exención se encuentra en que, en nuestro sistema, en los procesos regidos por el principio dispositivo, y como manifestación de éste, se confía en los sujetos procesales la tarea de alegar y probar los hechos que les interesen. De donde se deduce que, si una parte admite como ciertos hechos alegados por la contraria, así deben ser tenidos por el tribunal, más allá de cuál sea la personal convicción de sus integrantes sobre dicha circunstancia, el cual tampoco puede realizar o intervenir en más actividad probatoria que la solicitada por los pleiteantes, sin perjuicio de lo que se establece, con carácter excepcional, en los artículos 282 y 435.2 de la LECiv, referidos a la iniciativa de la actividad probatoria y a las llamadas diligencias finales.

16. En cualquier caso, los hechos han de ser explícitamente admitidos por todos los sujetos jurídicos que conformen la misma posición procesal, sean uno o varios (lo que, obviamente, solo acontecerá en los supuestos de litisconsorcio, sea originario o sobrevenido).

17. La Ley de Enjuiciamiento Civil contiene numerosas disposiciones en las que se conmina a las partes a tomar posición en relación con los hechos aducidos por las restantes. Así, el demandado debe negar o admitir los alegados por el actor en su escrito de demanda (artículo 405.2 de la LECiv), al igual que éste debe hacer lo propio, en su escrito de contestación a la reconvencción, respecto de los expuestos por el reconviniente (artículo 407.2 de la LECiv), y como uno y otro han de hacer respecto de los que se refieran en momentos posteriores (alegaciones complementarias permitidas en la audiencia previa al juicio o en la vista, hechos nuevos o de nueva noticia) –cfr. lo dispuesto en los artículos 426.1 y 286.1 de la LECiv–.

Y, para el caso de que las mismas no atiendan dichos requerimientos, se prevé además que el juez, en la audiencia previa al juicio, si se tramita un juicio ordinario, o en el acto de la vista, si se trata de un juicio verbal, puede requerir a los litigantes que se manifiesten con claridad sobre los hechos (artículo 426.6 de la LECiv) y que, en todo caso, antes de que se proponga prueba, «*las partes o sus defensores, con el tribunal*» fijarán «*los hechos sobre los que exista conformidad o disconformidad*» entre ellos (artículo 428.1 de la LECiv).

Todo ello se completa, finalmente, con la previsión de que si, pese a todo, uno de los pleiteantes no se hubiese pronunciado con la suficiente claridad sobre si admite o niega los hechos referidos por quienes ocupan la posición procesal contraria, el juez «*podrá*» considerar su silencio o respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos (artículos 405.2 y 426.6 de la LECiv).

B) Hechos notorios

18. Tampoco precisan ser probados los llamados hechos notorios, entendiéndose que lo son aquellos cuyo conocimiento forma parte del acervo cultural de un concreto grupo social en un momento dado⁵; es decir, los acontecimientos, sucesos o acaecimientos que, por su relevancia, forman parte del conocimiento común de la mayoría de las personas que, en un momento histórico concreto, forman parte de una sociedad. Necesitan, sin embargo, ser alegados.

Con ello quiere decirse que:

- Al menos desde el punto de vista procesal, para que un hecho sea notorio no es necesario que sea conocido por todos los habitantes de nuestro planeta⁶. Ya que, de lo contrario, si se exigiera un conocimiento tan general, carecería de operatividad práctica alguna.
- Se trata de un concepto relativo, que guarda relación con lo que es generalmente conocido por las personas que viven en un momento histórico dado en un concreto ámbito territorial – sea supranacional, nacional, regional o local—. Pues lo que es notorio en una sociedad, en un momento determinado, puede no serlo en otro, o lo que es notorio en un grupo social sito en un territorio puede no serlo para otro que se encuentre geográficamente distante del anterior. Esa relatividad permite afirmar que hay hechos que son notorios, en un momento dado, para los habitantes de todo el planeta (por ejemplo, en la actualidad, que la Tierra es redonda), para los habitantes de un país (por ejemplo, en Francia, que existió Napoleón), para los habitantes de una región (por ejemplo, en la región de Murcia, que la misma carece de aeropuerto internacional) o para los habitantes de una ciudad (por ejemplo, en San Sebastián, la nevada que en 2009 provocó graves alteraciones en el transporte público de dicha localidad).
- Esa misma relatividad explica que el hecho no tenga que ser conocido por todas las personas que residen en el mismo ámbito geográfico en el momento en que se predica la notoriedad. Basta con que lo sea para aquellas que tengan un grado de cultura medio, entre las que, obviamente, ha de encontrarse el juez⁷.
- El régimen de los hechos admitidos y de los hechos notorios no es exactamente igual. Pues, mientras los primeros están exentos de prueba y, por tanto, no deben ser objeto de ella, los segundos –según dispone la ley– no están necesitados de prueba, lo que implica que pueden tenerse por ciertos, sin necesidad de que se acrediten, y, en consecuencia, que ello no es sino una posibilidad.

19. El hecho notorio se diferencia, pues, del hecho evidente –aquel que es manifiesto, obvio, incuestionable para la mayoría de las personas; por ejemplo, que durante la noche se ve menos que durante el día– en que, así como el primero no tiene por qué ser conocido por todos, el segundo, normalmente, sí lo es.

Tampoco procede equiparar hecho notorio a hecho conocido privadamente por el juez. Pues el hecho notorio, como antes apuntamos, es aquel que es conocido por la mayoría de las personas que, teniendo un grado de cultura medio, residen en un momento dado en un ámbito geográfico concreto, no el que es conocido por unos pocos.

⁵ También puede entenderse por hecho notorio, de acuerdo con la definición dada por STEIN, aquel que es tan generalizadamente percibido, o es divulgado sin refutación por una generalidad tal, que un hombre razonable y con experiencia de la vida pueda declararse tan convencido de su existencia como el juez en el proceso con base en la práctica de la prueba, es decir, como si hubiera sido específicamente probado (*vide* F. STEIN, *El conocimiento privado del juez* [traducido por Andrés de la Oliva], Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, p. 196. ISBN 84-313-0291).

⁶ De ahí que deba considerarse desacertada la exigencia de que la notoriedad ha de ser «absoluta y general», referida en el artículo 281.4 de la LECiv.

⁷ Así entendida, la notoriedad es un concepto vario y plural, que lo mismo puede venir referido a hechos procesales que extraprocesales; hechos que, en cualquier caso, si son fundamentales para decidir la controversia que el juez está llamado a decidir, y no meramente accesorios, solo pueden ser tenidos en cuenta por éste si son aportados por la parte que desea que sean tenidos en consideración (cfr. la STC 59/1986 –Sala 2ª–, de 19 de mayo [RTC 1986/59], Pte. Sr. de la Vega Benayas).

20. Por lo demás, si se tiene en cuenta que la actividad probatoria tiene como finalidad que el tribunal llamado a decidir la causa adquiera el convencimiento de que es cierta o incierta la afirmación hecha por una de ellas sobre determinados hechos, o de que se fijen como ciertos determinados hechos a los efectos de un pleito, y, en consecuencia, que es él el que ha de alcanzar semejante certidumbre, parece evidente que los hechos notorios han de ser tales para el tribunal, que es el que debe considerarlos como evidentes. Ya que, de lo contrario, será necesario proponer prueba para acreditarlos. De ahí que deba reconocerse el acierto de la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) cuando, en su §291, establece que «*no necesitan de ninguna prueba los hechos que son notorios para el tribunal*»⁸. Y que parezca más acertada la afirmación de que no precisan prueba los hechos «que el tribunal considere de notoriedad absoluta y general», prevista en el Anteproyecto y en el Proyecto de LECiv, que la de que no resulta necesario probar «*los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general*», que es la utilizada en el artículo 281.4 de la vigente LECiv.

21. Lo anterior suscita el problema de cuándo procede determinar que un hecho es, o no, notorio.

Si se considera que el juez solo debe pronunciarse sobre dicha cuestión en la sentencia, parece evidente que, antes de dicho instante, no será posible saber su decisión sobre este punto. Por lo que, desde un punto de vista práctico, el interesado en que se considere que determinado hecho es notorio, ante la duda de si se considerará o no como tal por el llamado a decidir el pleito, debería procurar acreditarlo a través de los diferentes medios de prueba permitidos en nuestro ordenamiento. Ya que, de lo contrario, corre el riesgo de que el juzgador estime que no lo es y, en su caso, que considere que no ha quedado debidamente probado.

Si, por el contrario, se estima que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 428.1 de la LECiv, al final de la audiencia previa, en el caso de que el proceso se tramite por los cauces del juicio ordinario, o de la vista, si se sigue por los del juicio verbal, las partes o sus defensores, con el juez, deben fijar los hechos sobre los que exista conformidad y disconformidad entre los litigantes, y que ello implica que, en dichos instantes, el juez debe pronunciarse sobre si determinado hecho es, o no, notorio, parece obvio que en ese instante se conocerá su decisión y que, en función de cuál sea ésta, será necesario o no proponer prueba para intentar acreditarlo. Sin embargo, la realidad pone de manifiesto que, en la práctica, no es frecuente que los jueces se pronuncien sobre esta cuestión en momento procesal tan temprano. Por lo que, si no lo hiciesen, quienes deseen que determinado hecho sea tenido en cuenta por el juzgador no tendrán más remedio que intentar acreditarlo a través de los diferentes medios de prueba reconocidos en nuestro derecho.

22. Finalmente, cabe apuntar que el hecho de que algún litigante afirme que determinado hecho es notorio no supone que efectivamente lo sea. Por lo que, si tal condición es negada por otro pleiteante, y el juez tiene dudas sobre dicho extremo, parece razonable que se permita practicar prueba para intentar acreditar la notoriedad afirmada.

C) Hechos tácitamente admitidos

23. Como antes se apuntó, los hechos *–rectius*, las afirmaciones sobre los mismos– que no sean expresamente admitidos por las partes precisan ser probados si se desea que el tribunal funde en ellos su resolución. Dicha regla solo tiene dos excepciones: cuando el hecho es notorio, supuesto en el cual no precisa prueba, con la salvedad ya apuntada y la de que, si de contrario se niega la notoriedad, sí puede resultar necesaria; y cuando el hecho se haya admitido tácitamente, hipótesis en la cual, el silencio o respuestas evasivas de quien tiene la carga de consentirlo o negarlo, puede dar lugar a que se tenga por cierto en perjuicio de quien adopte semejante comportamiento procesal (cfr. el artículo 405.2 de la LECiv).

24. Ciertamente, el levantamiento de esta carga se produce con más facilidad en los procedimientos predominantemente orales que en los mayoritariamente escritos, en los que suele ser frecuente que se nieguen los hechos aducidos por la contraparte empleando fórmulas genéricas o estereotipadas, como la

⁸ Así lo indica A. DE LA OLIVA SANTOS, *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial* (con I. Díez-PICAZO GIMÉNEZ y J. VEGAS TORRES), 3ª ed., Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 109. ISBN 13-978-84-9961-231-7.

siguiente: «Se niegan todos los hechos contenidos en la demanda que no se acomoden al relato fáctico que a continuación se refiere». Por el contrario, en los primeros, como señala MONTERO, el levantamiento correcto de la carga se produce de manera más natural. Pues el juzgador, de oficio o a petición de parte, puede recordar que se debe contestar «*afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda*», que es lo que dice el artículo 85.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción social –LJS, en lo sucesivo–⁹.

25. En cualquier caso, lo que es evidente es que la falta de pronunciamiento expreso sobre los hechos afirmados por la parte contraria, bien guardando silencio en relación con ellos, bien dando respuestas evasivas, que eluden el requerimiento de manifestarse sobre ellos, aceptándolos o negándolos, puede dar lugar a que el juez estime en su sentencia que dichos hechos han sido tácitamente admitidos. Ello supone:

- Que dicha posibilidad se configura como una facultad del juzgador, que, como tal, éste puede ejercitar o no.
- Que se trata de una licencia que, en su caso, el tribunal ejercita en el momento de dictar sentencia.
- Que esta circunstancia impide que las partes conozcan antes de que se dicte dicha resolución si determinados hechos se van a tener como tácitamente admitidos o no. Por lo que, ante dicha eventualidad, la parte a la que interese que los hechos queden fijados, debería proponer prueba para que éstos puedan quedar debidamente confirmados.

D) Hechos favorecidos por una presunción legal

26. Aunque a primera vista pueda pensarse que los hechos favorecidos por una presunción legal están exentos de prueba, si se reflexiona con atención, enseguida se cae en la cuenta de que se trata de una impresión equivocada: que dicha afirmación solo es válida –y con matices– en el caso de presunciones legales absolutas o *iuris et de iure*, no en todas. Pues en las presunciones legales relativas, es decir, en aquellas que admiten prueba en contrario, precisamente por la posibilidad de que pueda proponerse contraprueba, sí cabe actividad probatoria. Y, en las que no la aceptan, bien mirado, es necesario acreditar el hecho indicio para que pueda tenerse por existente el hecho que se presume, que constituye, a su vez, el supuesto de hecho de la consecuencia jurídica que se interesa. De donde se sigue, y ésta es la conclusión a la que queríamos llegar, que no resulta correcto afirmar, sin precisión o aclaración alguna, que las presunciones legales dispensan de prueba en todo caso, ya que, ciertamente, no es así.

27. Nótese que las presunciones no son sino un medio para inferir determinadas conclusiones, a partir de ciertos datos, en virtud de un razonamiento lógico que permite engarzar éstos con aquéllas; que, en las presunciones legales, aquellas en las que dicho nexo viene determinado por el legislador, es preciso distinguir, como antes subrayamos, aquellas en las que éste permite articular prueba para desacreditar la conclusión alcanzada (presunciones legales *iuris tantum*) de aquellas en las que dicha posibilidad no se autoriza (presunciones legales *iuris et de iure*); y que, como asimismo indicamos, en éstas últimas, la parte que alega la afirmación fáctica de la que se parte tiene la carga de acreditar ésta¹⁰, pudiendo la parte perjudicada articular prueba para desacreditar el hecho base de la presunción, que es lo que propiamente supone proponer contraprueba, o bien impugnar la consecuencia alcanzada, mediante la proposición de prueba en contrario.

⁹ J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 2ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1998, p. 41. ISBN 84-470-1023-6.

¹⁰ Así, por ejemplo, quien desee que se declare el fallecimiento de otro, al amparo de lo previsto en el artículo 194.2º del Código Civil, debe alegar y acreditar que una nave salió de viaje, que se encontraba a bordo de la misma la persona cuya declaración de fallecimiento se interesa, que la nave naufragó o la citada persona desapareció por inmersión en el mar y que han transcurrido tres meses «*desde la comprobación del naufragio o de la desaparición*» sin haberse tenido noticia de ella, presumiéndose que ha existido el naufragio «*si el buque no llega a su destino, o si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido seis meses contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje*».

2. La costumbre

28. También la costumbre debe ser acreditada. Así se dispone en el artículo 281.2 de la LECiv, señalándose, a su vez, en el artículo 1.3 del Código Civil, que la misma solo se aplicará cuando «*resulte probada*».

29. Esta última prevención parece chocar con la regla de que las normas jurídicas –y la costumbre ciertamente lo es– no se prueban. Pues el juez conoce –o debe conocer– el derecho aplicable y ha de decidir los litigios cuya resolución se le encomiende no solo sin necesidad de que las partes lo prueben, sino incluso sin necesidad de que lo aleguen (arts. 218.1, párrafo segundo)¹¹. Y, sin duda, se trata de una impresión acertada. Pero, si se piensa con sosiego, plenamente justificada. Pues la máxima «*iura novit curia*» no significa que el juez deba conocer todo el derecho, escrito o no escrito, nacional o extranjero, ya que, en tal caso, se le exigiría un conocimiento enciclopédico del mismo que está muy lejos de ser posible; lo que en verdad supone es que ha de conocer el derecho que forme parte del ordenamiento interno, que se encuentre vigente, que esté escrito y que sea general. Lo que hace necesario que, en algunos casos, se le deba acreditar la vigencia y contenido de determinadas normas: en concreto, de las que no cumplan dichos caracteres.

Uno de dichos supuestos es el que ahora nos ocupa. Ya que, como apuntábamos, no parece razonable –al contrario, resulta poco sensato– exigir a los jueces y magistrados que integran el poder judicial que conozcan –y no de modo superficial, sino con el detalle que resulta preciso– todas y cada una de las costumbres que existen en nuestro país. De ahí que deba ser acreditada.

Es más, la afirmación de que la costumbre ha de ser probada debe entenderse en el sentido de que han de acreditarse sus dos elementos esenciales; esto es, que existe un comportamiento reiterado y que éste obedece al convencimiento social de que con ello se observa una norma o modelo de conducta (*opinio iuris seu necessitatis*)¹².

30. El propio artículo 281.2 de la LECiv, que establece dicha orden, dispone a continuación que «*La prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público*»

A poco que se relea lo anterior, enseguida se reparará en que la redacción del precepto en este punto es desafortunada. Pues la afirmación de que una norma existe –y la costumbre, conviene insistir en ello, efectivamente es una norma– no implica necesariamente que sea así. Por lo que sería absurdo que la conformidad de los litigantes sobre la existencia y contenido de la costumbre vinculase a los tribunales sobre este particular. La costumbre, siempre y en todo caso, debe ser probada, también en este supuesto. Solo existe una excepción a dicha máxima: que la costumbre sea conocida por el juez. En tal caso, podrá aplicarla, siendo indiferente cómo haya adquirido dicho conocimiento, sin necesidad de que se lleve a cabo actividad probatoria alguna; actividad probatoria que, si fuera propuesta, debería ser rechazada por inútil.

Por lo demás, la afirmación de que la costumbre no debe afectar tampoco al orden público, más que privar de efectos procesales a la eventual conformidad sobre su existencia y contenido, lo que evidencia es que no puede ser tenida en cuenta, ya que, como dispone el artículo 1.3 del Código Civil, solo rige en defecto de ley aplicable si no es contraria a la moral o al orden público, no si se opone a aquella o a éste.

¹¹ M. ORTELLS RAMOS, *El Derecho Procesal Civil* (VV.AA.), 15ª edición, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 292. ISBN 978-84-9099-781-9.

¹² Naturalmente, nos referimos a la costumbre material, pues la costumbre no es fuente del derecho procesal, como acertadamente señala la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 376/1998, de 28 de abril de 1998 (RJ 1998, 3263), Pte. Sr. O'Callaghan Muñoz, en la que se afirma: «La costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una *opinio iuris seu necessitatis* del Juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay usos jurídicos que tengan la consideración de tales. Si la costumbre que se alega es contra *legem*, es indiscutible su no aplicación al proceso y, si además, no se ha probado, no es ni alegable».

3. El derecho extranjero

31. En los casos en que deba aplicarse una norma material extranjera (recuérdese que, con las solas excepciones que puedan prever los tratados y convenios internacionales, los tribunales españoles solo pueden aplicar normas procesales españolas –artículo 3 de la LECiv), las partes han de probar su contenido y vigencia: así lo dispone el artículo 281.2 de la LECiv. Lo contrario sería un dislate: supondría obligar a los jueces españoles a conocer el derecho sustantivo de todos los países, lo que, en absoluto, resulta razonable.

32. La anterior afirmación requiere, sin embargo, una inmediata precisión y algunos comentarios.

33. La precisión viene determinada por lo que ha de considerarse derecho extranjero. Pues, obviamente, no lo es el derecho de la Unión Europea, como tampoco los tratados y convenios internacionales que hayan sido publicados íntegramente en el «Boletín Oficial del Estado», ya que, desde ese momento, forman parte del ordenamiento interno (cfr. los artículos 96.1 de la Constitución Española y 1.5 del Código Civil) y, en consecuencia, obligan a todos los españoles. Derecho extranjero, a estos efectos, es el derecho de un país distinto al nuestro.

34. En cuanto a la prueba del derecho extranjero, procede señalar:

- Que, pese a que el artículo 281.2 de la LECiv solo indica que hay que probar el contenido y vigencia del derecho extranjero, parece necesario acreditar también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles, tal y como señaló en su momento el Tribunal Supremo en diferentes resoluciones¹³.
- Que, como se dijo a propósito de la costumbre, el hecho de que una norma extranjera sea alegada por todas las partes, o alegada por una y admitida por sus adversas, no significa que dicha norma deba considerarse existente por el juzgador. Siempre, y en todo caso, es preciso que se acredite su contenido y vigencia.
- Que la Ley de Enjuiciamiento Civil no obliga a las partes a alegar o aportar al proceso las normas jurídicas aplicables para resolver el litigio, sean éstas normas jurídicas españolas o extranjeras. Lo contrario supondría darles el mismo tratamiento procesal que los hechos, que –como sabemos– solo pueden tenerse en cuenta si son alegados por aquel a quien interese, lo que no es admisible. La determinación del derecho aplicable para la resolución de un caso no depende, por tanto, no puede depender, del ordenamiento que las partes invoquen o dejen de invocar. Viene determinado por el conjunto de normas y principios jurídicos que rigen una sociedad. Por lo que, si las normas y principios jurídicos que rigen en nuestra sociedad determinan que el derecho aplicable a un caso es el de otro país, y no el nuestro, será ese el que nuestros tribunales deberán aplicar, lo quieran o no las partes en conflicto, y, en consecuencia, con independencia de que lo aleguen o no éstas¹⁴.
- Que ello no es incompatible –al revés, es perfectamente congruente– con el hecho de que quien invoque el derecho extranjero deba acreditar su vigencia y contenido por los medios de prueba admitidos por las leyes españolas. Ya que, determinado el contenido de la ley que debe aplicarse, en función de la norma de conflicto correspondiente, deben utilizarse todos los medios de prueba existentes para demostrar al juzgador el contenido, vigencia e

¹³ Cfr., entre otras, las SSTS, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 1990 (RJ 1990, 6855), Pte. Sr. Burgos Pérez de Andrade; 25 de enero de 1999 (RJ 1999, 321), Pte. Sr. García Valera; y 17 de enero de 2001 (RJ 2001, 5433), Pte. Sr. García Valera.

¹⁴ Cfr. las SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 10 de junio de 2005 (RJ 2005, 6491), Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel, en la que se señala que «Lo que han de alegar las partes son hechos que, por la concurrencia de elementos extranjeros, se subsuman bajo la previsión de la norma de conflicto. Basta con tal alegación para que, como efecto de dicha norma, se considere que el litigio debe resolverse según el derecho extranjero en la misma designado», y 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6080), Pte. Sra. Roca Trías.

- interpretación de la norma extranjera declarada aplicable¹⁵. Pues una cosa es que se acredite que, en determinado supuesto, procede aplicar el derecho que rige en determinado territorio y otra, bien distinta, que se acredite su vigencia, su contenido y la interpretación que dan a las normas extranjeras aplicables los tribunales de su país de origen. En palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo, «No cabe confundir la prueba de “legislación” vigente en un determinado territorio, con la prueba “del derecho” aplicable, concepto este referido a la forma en la que la sociedad y los tribunales de aquel lugar solucionan sus conflictos, no siempre mediante la aplicación de legislación formalmente promulgada, lo que, por demás, constituye un hecho notorio en aquellos países en los que rige el “common law”»¹⁶.
- Que las normas jurídicas, también las extranjeras, solo son objeto de prueba si no son conocidas por el tribunal, no en caso contrario. Por lo que el tribunal puede aplicarlas si tiene conocimiento de ellas, sea cual sea la forma en que haya adquirido noticia de ellas.
 - Que los tribunales tienen la facultad de valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación (artículo 281.2 *in fine* de la LECiv). Lo que implica que, así como los litigantes tienen la obligación de probar la vigencia y contenido del derecho extranjero que invoquen, los tribunales pueden utilizar cuantos medios de averiguación consideren necesarios para averiguarlo¹⁷, lo que, a juicio del Tribunal Supremo, permite admitir prueba sobre el mismo en segunda instancia, e incluso durante la tramitación de un recurso de casación¹⁸. El empleo de dichos medios de averiguación es una facultad, no una obligación para el tribunal.
 - Que, con el propósito de adquirir un adecuado conocimiento del derecho extranjero aplicable, es posible acordar de oficio, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de aquellas actuaciones de prueba que permitan adquirir certeza sobre el contenido, vigencia e interpretación del ordenamiento foráneo.
 - Que, si el derecho extranjero es aplicable para resolver un conflicto suscitado ante la jurisdicción, la infracción del mismo para resolver las cuestiones objeto del proceso es apta para fundar un recurso de casación¹⁹.

¹⁵ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de julio de 2006 (RJ 2006, 6080), Pte. Sra. Roca Trias, en la que se señala: «Esta doctrina lleva a la necesidad de determinar los medios de prueba de que puede disponer quien alega la aplicación del derecho extranjero, cuestión a la que también se refiere la recurrente para justificar que su recurso se fundamente en el derecho español. Tanto el derogado artículo 12.6, 2 CC, como la doctrina de esta Sala permiten a quien debe probar la existencia y vigencia del derecho que debe ser aplicado a la relación jurídica de que se trate, utilizar todos los medios de prueba a su alcance: así, a) documentos públicos o intervenidos por fedatarios públicos que pueden aportarse al proceso mediante las correspondientes certificaciones, aunque esta prueba sólo se limita al texto de la norma vigente, pero elude su interpretación muy necesaria en cualquier litigio; b) “mediante testimonio conforme de dos jurisperitos del país respectivo aportado por los autos” (sentencia de 3 febrero 1975, aunque la de 9 noviembre 1984 entendió que las conclusiones de los jurisperitos no son vinculantes), lo que resulta perfectamente admisible en virtud del propio artículo 12, 6 CC».

¹⁶ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 5410), Pte. Sr. Giménez-Bayón Cobos.

¹⁷ La STC –Sección Primera– de 17 de enero de 2000 (RTC 2000, 10), Pte. Sra. Casas Baamonde, advierte, sin embargo, que existen supuestos en los que el uso de dicha facultad «puede trascender de la mera legalidad ordinaria en la que inicialmente debe situarse para alcanzar la decisión del órgano judicial sobre el uso de la facultad que el precepto civil le confiere relevancia constitucional a la luz del art. 24 CE, puesto que esa decisión deberá adoptarse siempre condicionada por la obligación del órgano judicial de prestar a las partes en el proceso judicial del que conozca una efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos, en particular cuando la aplicación del derecho extranjero resulta debida por imposición del propio ordenamiento jurídico español y como consecuencia de lo alegado por las partes en el litigio», agregando más adelante que, en algunos supuestos, es exigible a los órganos judiciales «una más activa participación en la consecución de dicha prueba una vez que la parte aportó un principio de prueba».

¹⁸ SSTs, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 14 de octubre de 2014 (RJ 2015,2), Pte. Sr. Sastre Papiol, y 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena, que, con apoyo en la primera, añade: «Ahora bien, esta posibilidad no supone que el recurso pueda convertirse en un nuevo juicio, en el que se modifique el objeto del proceso. La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que, mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa».

¹⁹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena.

- Que, según ha señalado el Tribunal Supremo²⁰ –con apoyo del Tribunal Constitucional²¹–, cuando no llegue a probarse la vigencia y contenido del derecho extranjero invocado, debe aplicarse el derecho español. Lo que evita que se deniegue justicia, facilita que se dé una respuesta sobre el fondo de la cuestión controvertida y respeta escrupulosamente el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la CE.

Con todo, si se piensa con atención, enseguida se repara en que dicha conclusión no resulta adecuada.

En primer lugar, porque desconoce la que, en rigor y buena técnica jurídica, resulta más razonable si atendemos a nuestra legalidad ordinaria. Ya que, en buenos principios, si la demanda carece del apoyo jurídico necesario para que pueda prosperar, lo que procede es desestimar la pretensión en cuanto al fondo, con plenos efectos de cosa juzgada²².

En segundo término, porque entiende, sin apoyo normativo alguno, que, si no resulta posible aplicar una norma jurídica extranjera, ha de aplicarse, con carácter subsidiario y residual, la norma jurídica española.

Y, finalmente, porque parece desconocer que lo que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva garantiza es un pronunciamiento fundado en derecho, no cualquier resolución. Y, por tanto, que difícilmente puede respetar dicho derecho una tesis que contraría la solución más acorde con nuestro ordenamiento jurídico y que lo hace, además, sin basa o apoyo suficiente. No desconocemos que la solución propugnada por el Tribunal Supremo parece haber quedado corroborada en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil²³.

Sin embargo, si se lee con atención lo que el artículo 33.3 de dicha norma dispone, enseguida se advierte que el legislador matiza que se trata de una solución excepcional, facultativa –en consecuencia, no obligatoria– y solo aplicable cuando las partes no hayan podido acreditar el contenido y vigencia del derecho extranjero. Y, en consecuencia, que no está prevista para supuestos ordinarios, sino insólitos, como pueden serlo aquellos en los que la prueba del derecho extranjero devenga imposible por distintos motivos (países en guerra, países de reciente creación, etcétera). En tales supuestos, sí parece razonable que el derecho español se aplique como última ratio. Pero, no dándose dichas circunstancias, lo lógico y razonable es que, quien solicite la aplicación de un derecho extranjero, acredite debidamente su vigencia, contenido y auténtica interpretación; y que, si no lo hace, asuma las consecuencias negativas que pueda depararle su pasivo proceder.

Por lo demás, como ha hecho notar la doctrina más autorizada en la materia²⁴, la solución avalada por el Tribunal Supremo y por el Tribunal Constitucional facilita que las partes puedan provocar, de forma torticera y por pura conveniencia, que se aplique un derecho distinto –el derecho nacional, el derecho patrio–, en vez del que la norma de conflicto obliga a aplicar –el derecho de otro país–, por lo que no resulta adecuada.

²⁰ Cfr., entre otras, las SSTs, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2005 (RJ 2005, 6491), Pte. Sr. Ferrándiz Gabriel; 4 de julio de 2006 (RJ 2007, 4937), Pte. Sr. Sierra Gil de la Cuesta; 14 de octubre de 2014 (RJ 2015, 2), Pte. Sr. Sastre Papiol, y 17 de abril de 2015 (RJ 2015, 1350), Pte. Sr. Saraza Jimena.

²¹ Vide la STC número 155/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 155), Pte. Sr. Jiménez Sánchez, en la que se significa que la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo «es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 CE que la solución adoptada por la Sentencia impugnada de tener por decaída la demanda, dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige».

²² Tesis, por lo demás, que el ATC –Sección Primera– de 4 de noviembre de 2004 (RTC 2004, 422), considera «una aplicación razonada y razonable de la legalidad ordinaria aplicable al caso».

²³ Artículo 33.3 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: «Con carácter excepcional, en aquellos supuestos en los que no haya podido acreditarse por las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero, podrá aplicarse el Derecho español».

²⁴ A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, En: *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 54, núm. 2, Bilbao, julio-diciembre de 2006, p. 94. ISSN 0423-4847.

4. Otras normas jurídicas

35. En coherencia con la afirmación de que la máxima «iura novit curia» supone que los jueces tienen la obligación de conocer las normas jurídicas escritas que formen parte del ordenamiento interno, se encuentren publicadas, estén vigentes y tengan carácter general, es evidente que también pueden ser objeto de prueba el derecho histórico, y las normas que no se encuentren publicadas en el «Boletín Oficial del Estado», si bien, en este último caso, ha de matizarse que, de conformidad con lo señalado por el Tribunal Constitucional, las normas publicadas en los diarios oficiales autonómicos deben ser conocidas, cuando menos, por los órganos judiciales cuya competencia no exceda del ámbito territorial de aquéllos²⁵.

5. Las llamadas «máximas de la experiencia»

36. También pueden ser objeto de prueba las llamadas reglas o «máximas de la experiencia», es decir, aquellas «definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos»²⁶. O, si se prefiere, «deducciones o inferencias lógicas basadas en la experiencia jurídica y vital, también calificadas como juicios hipotéticos obtenidos de hechos o circunstancias concluyentes determinantes de conclusiones razonables en un orden normal de convivencia que precisamente por ser razonables no cabe impugnar»²⁷.

En suma, conclusiones basadas en la observación de lo que normalmente ocurre que pueden contribuir a formar el criterio del juzgador en orden a la apreciación de los hechos que ha de valorar.

²⁵ Vide la STC número 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994, 151), Pte. Sr. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, en la que se dispone: «Sentados estos principios, cabe plantearse ahora si es posible que, habiendo alegado la parte como fundamento de su pretensión un Convenio publicado en el diario oficial de la Comunidad Autónoma, y habiendo dado, asimismo, los datos suficientes para identificar la norma sectorial, es posible que el Juez, que no discute que sea ésta la norma aplicable, se abstenga de aplicarlo al caso concreto, alegando que no había sido aportada al proceso por quien basaba en ella su pretensión.

3. Para responder a la cuestión planteada, debe partirse de que, conforme se desprende del art. 117.1 C.E., la función jurisdiccional tiene como condicionante básico la sumisión a la Ley, que corresponde a los órganos que la desempeñan seleccionar y aplicar (STC 90/1990, fundamento jurídico 4º, por todas). Siendo ésta su función, es también un deber del órgano jurisdiccional conocer y aplicar de oficio la norma que considere que rige al conflicto de intereses que trasluce el proceso, pues, no hacerlo, equivaldría a una denegación de justicia que transforma en arbitraria la decisión judicial.

Tal es, sin duda, lo sucedido en este caso. Como se ha dicho, el Juez aceptaba que la relación que vinculaba a la actora con la universidad demandada estaba regida por un Convenio específico (el mismo que la actora había venido identificando en apoyo a su pretensión desde la reclamación previa), el cual por su ámbito hubo de ser publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma. Partiendo de esta aceptación y selección de la norma aplicable efectuada por el órgano judicial, no puede ser admisible denegar su aplicación por el sólo hecho de que no se aportase copia al proceso.

En los términos que se han expuesto en el fundamento jurídico anterior de esta resolución, garantizada la publicidad de la norma y su general conocimiento a través de su inserción en el Diario Oficial, no puede el órgano judicial equiparar a la norma -y sin duda el Convenio lo es en nuestro ordenamiento- con un hecho, y subordinar su aplicación a la prueba de su existencia. Ello supone una denegación arbitraria de la justicia pedida, deviniendo la resolución en que así se concluye una mera apariencia de justicia, y esta conclusión no puede quedar desvirtuada por el hecho de que el juzgador resolviera con arreglo a lo dispuesto en la Ordenanza para Oficinas y Despachos. Aparte del dudoso encaje que esta resolución tendría en un ordenamiento como el nuestro, en que la autonomía colectiva ocupa un lugar preferente en la ordenación sectorial de las condiciones de trabajo desde la propia Constitución, es lo cierto que la aplicación de la ordenanza no se basó -como paladinamente se reconoce en el texto de la Sentencia- en la convicción judicial de que ésa y no otra era la norma que debía ser aplicada (en cuyo caso nada tendría que objetarse en esta sede), sino en la falta de prueba, mediante la aportación de una copia al proceso, del Convenio que se consideraba aplicable, lo que es algo sustancialmente diverso y, en los términos antes expuestos, conduce a afirmar que, efectivamente, la resolución impugnada ha vulnerado el derecho consagrado en el art. 24.1 CE».

²⁶ F. STEIN, *ob. cit.*, p. 30. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA entendió por tales «tanto los principios de la experiencia general, insíntos en el saber de la zona cultural a que el juez pertenezca, como los de una ciencia, saber, arte o especialidad determinada (excepto los jurídicos, que el juez conoce o debe conocer y que, como aquellos generales, no tienen que ser probados)» (E. GÓMEZ ORBANEJA, *ob. cit.*, p. 293).

²⁷ STS, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 1996 (RJ 1996, 250), Pte. Sr. Almagro Nosete. En parecidos términos: SSTS, Sala de lo Civil, de 24 de febrero de 1998 (RJ 1998, 976), Pte. Sr. Almagro Nosete; 6 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1496), Pte. Sr. Fernández-Cid de Temes, y 25 de febrero de 2004 (RJ 2004, 1646), Pte. Sr. Martínez-Pereda Rodríguez.

37. De lo expuesto se deduce:

- Que se trata de reglas deducidas de la experiencia de las que cabe extraer conclusiones que pueden ayudar al juzgador a valorar los hechos y el resultado de los medios de prueba sometidos a su consideración.
- Que pueden existir máximas de la experiencia general, que pertenecen a la experiencia común (por ejemplo, que el agua hierve a cien grados centígrados), y máximas de la experiencia especializada, pertenecientes a una rama determinada del saber, arte o especialidad.
- Que, así como las llamadas máximas de la experiencia general, por pertenecer al acervo de una sociedad, pueden ser aplicadas de oficio, las denominadas máximas de la experiencia especializada, normalmente, salvo que el juzgador las conozca, deben ser acreditadas por medio de la pertinente prueba pericial, a fin de que el tribunal pueda basar su decisión en ellas.
- Que no cabe confundir hecho notorio y máximas de la experiencia: primero, porque los hechos notorios, como su nombre indica, son hechos, en tanto las máximas de la experiencia son juicios deductivos de los que cabe inferir determinadas conclusiones; y, segundo, porque aquellos precisan ser siempre alegados por las partes en conflicto, lo que, como hemos señalado, no siempre sucede con las máximas de la experiencia.

IV. Carga de la prueba

38. Una vez analizado qué es la prueba, cuál es su importancia y qué debe probarse, procede examinar a continuación quién tiene la carga de probar los hechos que se afirman ante un tribunal.

Como antes se subrayó, la respuesta a dicho interrogante exige tener en cuenta que son las partes las que deben aportar los que les interese invocar a favor de sus respectivas posiciones y, por tanto:

- Que es el actor el que tiene la carga de alegar los que hemos denominado hechos constitutivos, en tanto es el demandado el que tiene la carga de alegar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes que considere que le pueden favorecer.
- Que, si los hechos afirmados por el demandante son admitidos por sus contrarios, dichos hechos son ciertos para todos y, en consecuencia, no se suscita disputa alguna en relación con ellos. En tal supuesto, ciertamente inusual en la práctica, aunque posible, la contienda no versa sobre los hechos sino sobre la valoración jurídica que los mismos merecen para las partes; es decir, sobre las consecuencias jurídicas que, a su entender, se derivan de ellos, cuestión sobre la que el tribunal deberá pronunciarse en su sentencia.
- Y, finalmente, que, si todos o alguno de los hechos aducidos por alguna de las partes, es negado por otra que se encuentre en la posición procesal adversa, dicha negativa da lugar a que estemos ante hechos controvertidos y, en consecuencia, discutidos.

Y también, claro está, que el derecho a la prueba comprende el derecho a proponer ésta, a que se admitan los medios de prueba interesados en tiempo y forma, a que se practiquen aquellos que hayan sido finalmente admitidos, a que se justifiquen las decisiones que se tomen en relación con la admisibilidad o inadmisibilidad de los medios de prueba propuestos, a intervenir en su práctica y a que se valore en la sentencia el resultado de los medios de prueba que se hayan aceptado y practicado²⁸.

39. Ahora bien, las reglas sobre la carga de la prueba no solo tienen como finalidad determinar qué concreto litigante debe probar una concreta afirmación fáctica. Tienen también como principal propósito que el juez pueda determinar, en el momento de dictar sentencia, a cuál de los distintos contendientes ha de perjudicar que una afirmación de hecho no haya quedado debidamente acreditada.

²⁸ Así lo recalca J. MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil*, 7ª edición, Thomson Reuters, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 108-111. ISBN 978-84-470-3976-0.

Nuestro ordenamiento jurídico establece a este respecto dos reglas generales y diferentes criterios que acomodan aquéllas a la realidad, fijando asimismo normas especiales para determinados supuestos.

40. Nuestra LECiv regula esta cuestión en su artículo 217, y lo hace con gran meticulosidad.

En él, el legislador sienta dos reglas generales, distinguiendo los hechos que tienen la carga de probar el actor y el demandado reconviniendo y aquellos otros que, por el contrario, tienen la carga de acreditar el demandado y el actor reconvenido (apartados 1 a 3); establece unos criterios especiales, aplicables en los procesos sobre competencia desleal, publicidad ilícita y aquellos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón de sexo (apartados 4 y 5); dispone que las anteriores normas se aplicarán siempre que una disposición legal exprese «*no distribuya con criterios especiales la carga de probar hechos relevantes*» (apartado 6); y fija unos parámetros correctores de las directrices anteriores en función de la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada uno de los litigantes (apartado 7).

41. Conforme a las mentadas normas generales, el actor y el demandado reconvenido tienen la carga de acreditar la certeza de los hechos de los que, de ordinario, «*se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición*», en tanto corresponde al demandado y al actor reconvenido «*la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*».

Con ello se está apuntando, evidentemente, que quien solicite una concreta tutela jurisdiccional tiene la carga de acreditar aquellos hechos constitutivos de los que, ordinariamente, se desprende el efecto jurídico pretendido por el accionante; es decir, los que constituyan el supuesto de hecho al que se vincula la consecuencia jurídica que interesa el accionante. Y también, como lógica contrapartida, que corresponde al demandado la carga de probar los hechos que, contemplados por una norma jurídica, impiden, desde el principio, que nazca el hecho alegado por el actor (esto es, los llamados «hechos impeditivos»; por ejemplo, que un contrato carece de causa, o que ésta existe pero es ilícita); los que no impiden que nazca el hecho pretendido por el demandante, pero ponen de manifiesto que, con posterioridad al mismo, tuvo lugar otro que abole sus normales efectos (es decir, los llamados «hechos extintivos», como, por ejemplo, el pago de la deuda que se reclama); y los que descartan o niegan la eficacia jurídica de los hechos que fundamentan la pretensión del accionante (o sea, los calificados como «hechos excluyentes»; *verbi gratia*, la prescripción o la existencia de un pacto de no pedir).

42. Como apuntábamos, junto a las referidas reglas generales, el legislador dispone diferentes reglas especiales, de gran importancia práctica, aplicables a los procesos sobre competencia desleal, publicidad ilícita y aquellos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón de sexo.

En los primeros, corresponde al demandado la carga de probar la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas. Lo que no es sino concreción del criterio que grava al demandado con la carga de probar los hechos extintivos: en este caso, que las indicaciones y manifestaciones realizadas por él son veraces.

En los segundos, por idéntica razón, corresponde al demandado la carga de acreditar la justeza de los datos que haya expresado en la publicidad.

Por último, en los procesos en los que el actor fundamente su pretensión en la existencia de actuaciones discriminatorias por razón de sexo se sigue el mismo criterio: se exonera al actor de la carga de acreditar un hecho constitutivo de su pretensión, el de que ha sido discriminado por su condición masculina o femenina, imponiéndose por el contrario al demandado la carga de acreditar el hecho que lo extingue; es decir, que no ha existido el trato desigual que se denuncia.

43. A continuación, como asimismo se ha indicado, nuestro licurgo fija una nueva regla: la de que los anteriores criterios pueden quedar modificados por una disposición legal que imponga otros especiales (cfr. el artículo 217.6 de la LECiv).

Los supuestos son numerosos.

Así, por ejemplo, en la Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos, se prevé que el titular de un aparcamiento de vehículos puede solicitar a la Administración la retirada de los que se encuentren estacionados de forma continua en el mismo lugar durante un mínimo de seis meses, siempre, eso sí, que acredite el transcurso de dicho período de tiempo y la concurrencia de determinadas circunstancias de las que pueda deducirse racionalmente su abandono (vid. su artículo 71). De igual modo, en los supuestos en los que se contrata con consumidores préstamos o créditos hipotecarios, o servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, se dispone que las personas –físicas o jurídicas– que se dediquen profesionalmente a dichas actividades deben acreditar que han cumplido las obligaciones que les impone la Ley 2/2009, de 31 de marzo (cfr. su artículo 8). Asimismo, en una enumeración que, como antes apuntamos, no tiene carácter exhaustivo, la Ley 16/2009, de 13 de diciembre, de servicios de pago, impone a los organismos públicos, entidades y empresas que estén autorizadas para prestar servicios de pago en nuestro país la carga de acreditar que han cumplido los requisitos que la misma impone sobre la información que ha de facilitarse a los usuarios de los mismos (*vide* su artículo 20).

44. Finalmente, el artículo 217 de la LECiv fija un parámetro que matiza las anteriores reglas, al disponer que «*para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*» (vid. su apartado 7). Lo que no es sino acomodación de las mismas a la realidad y manifestación del criterio de que corresponde probar un hecho al litigante que, en cada caso, esté más próximo a la correspondiente fuente de prueba, concepto al que nos referiremos seguidamente.

V. Fuentes y medios de prueba

45. Una vez se ha analizado qué es la prueba, qué ha de probarse y quién debe probar, la siguiente pregunta, en un orden lógico de exposición del tema que nos ocupa, es: ¿con qué debe probarse?

46. La respuesta es obvia: con los medios de prueba admitidos en cada ordenamiento, siendo clarificadora en este punto la clásica distinción entre fuentes y medios de prueba, formulada por CARNELUTTI y desarrollada por SENTÍS MELENDO, de acuerdo con la cual son «fuente de prueba» los elementos que existen en la realidad y son aptos para convencer de determinados datos de hecho (por ejemplo, el testigo y el conocimiento que tiene de determinados sucesos o acontecimientos) y son «medios de prueba» las actividades que hace falta desplegar para incorporar las fuentes al proceso²⁹.

47. La distinción no es meramente teórica; tiene importantes repercusiones prácticas. Pues, mientras las fuentes de prueba no son jurídicamente limitables, ya que la existencia de elementos que pueden servir para convencer de determinados hechos depende del progreso científico y técnico, la especificación de los medios de prueba que pueden ser utilizados depende de la concreta regulación legal que, en cada lugar y momento histórico, se haya establecido. De ahí que determinadas fuentes de prueba puedan no encajar en las previsiones normativas y, por ello, no tener acceso al proceso jurisdiccional.

48. Nuestro ordenamiento procesal trata de evitar esta indeseable consecuencia de dos maneras distintas. Por un lado, disponiendo que, además de los medios de prueba tradicionales (interrogatorio de las partes, documentos públicos y privados, dictamen de peritos, reconocimiento judicial e interrogatorio de testigos), también se admitirán como tales «*los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el*

²⁹ Vid. F. CARNELUTTI, *La prueba civil*, 2ª edición, traducción de Niceto Alcalá-Zamora, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 67-71. ISBN 950-14-0020-4; y S. SENTÍS MELENDO, *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1978, p. 151.

proceso» (artículo 299.2 de la LECiv). Por otro, facultando a los tribunales para que, a instancia de parte, puedan admitir las nuevas fuentes de prueba que vayan descubriéndose o inventándose, adoptando al efecto «*las medidas que en cada caso resulten necesarias*» (artículo 299.3 de la LECiv), a fin de que puedan incorporarse al proceso y verificarse en él.

49. Si ello es así, parece evidente que, cuando hablamos de prueba, ha de distinguirse entre los elementos que son adecuados para convencer de determinados datos de hecho y los concretos instrumentos que permiten introducir dichos elementos en un proceso. Y parece asimismo cierto que, del mismo modo que algunas fuentes de prueba pueden no ponerse en relación con una concreta causa, todas las que lo hagan lo harán a través de alguno de los medios de prueba específicamente previstos a tal fin.

50. La distinción entre fuentes y medios de prueba también permite explicar, entre otras cuestiones, que, mientras las primeras deben obtenerse de forma lícita, es decir, de conformidad con las reglas establecidas por nuestro ordenamiento jurídico, los segundos deben estar autorizados por éste, guardar relación con lo que sea objeto del proceso y poder contribuir a esclarecer los hechos controvertidos en el mismo.

51. Que las fuentes de prueba han de obtenerse de forma lícita supone, en definitiva, que no pueden adquirirse a cualquier precio. Y, por tanto, que solo surtirán efecto si se han conseguido respetando los derechos y libertades fundamentales constitucionalmente reconocidos (artículo 11.1 de la LOPJ), que constituyen, así, el límite infranqueable que, necesariamente, ha de respetarse en la obtención de cualquier fuente de prueba.

52. A su vez, que los medios de prueba deben estar permitidos por el ordenamiento jurídico, guardar relación con lo que sea objeto del pleito y poder contribuir a esclarecer los hechos controvertidos en éste, implica que la actividad probatoria, como actividad procesal que es, ha de ajustarse a los parámetros de legalidad señalados en cada momento por el legislador. Lo que significa, en lo que ahora importa:

- que las afirmaciones sobre hechos realizadas por los litigantes solo pueden intentar acreditarse a través de los medios de prueba reconocidos por el ordenamiento (artículo 299 de la LECiv);
- que todos y cada uno de los medios probatorios autorizados en nuestro derecho tienen que proponerse y practicarse en la forma prevista en la ley (vid. los artículos 301 a 384 de la LECiv); y
- que, cumpliéndose los anteriores asertos, la prueba propuesta debe ser pertinente y útil, atendiendo a las circunstancias concretas del caso de que se trate (cfr. el artículo 283 de la LECiv).

La pertinencia o impertinencia de la actividad probatoria se determina en función del objeto a que venga referida. Pues, como antes se apuntó, debe tener conexión con los hechos discutidos en el proceso. De donde se deduce que ha de rechazarse, por impertinente, la que no guarde relación con los hechos oportunamente alegados por los litigantes; la que, respetando dicha **unión**, sin embargo, no venga referida a hechos controvertidos, o, refiriéndose a éstos, se proponga para intentar acreditar hechos cuya verificación no está permitida por la ley (como podría suceder, por ejemplo, en los procesos sumarios, en los que se limitan las afirmaciones fácticas que pueden hacer las partes, y, por tanto, el objeto de la prueba), o que, a juicio del juzgador, sean notorios; y la que tenga por finalidad justificar hechos o alegaciones que no sean relevantes para resolver la cuestión discutida en la litis³⁰.

³⁰ Cfr. la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 8 de marzo de 1996 (Cendoj, ROJ: STS 1470/1996), Pte. Sr. Ortega Torres, la STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 8 de marzo de 1996 (Cendoj, ROJ: STS 7902/1996), Pte. Sr. Ortega Torres, y el ATS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 15 de julio de 2008 (Cendoj, ROJ: ATS 6326/2008), Pte. Sr. Xiol Ríos, que parecen confundir los conceptos de impertinencia e inutilidad de la prueba; así como las SSTS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 786/2002, de 19 de julio de 2002 (Cendoj, ROJ: STS 5506/2002), Pte. Sr. Gullón Ballesteros; núm. 558/2003, de 9 de junio de 2003 (Cendoj,

A su vez, la utilidad de la actividad probatoria viene referida al concreto medio sugerido en cada caso por las partes. Pues es evidente que debe rechazarse, por inútil, la petición de que se practique prueba cuando el medio de prueba propuesto no sea adecuado para verificar las afirmaciones de hecho realizadas por quien lo plantea (como sucedería, por ejemplo, si se propusiera la práctica de reconocimiento judicial para resolver si la firma que figura en un documento es o no legítima, o para verificar la calidad del material constructivo que figura en la memoria de calidades de un edificio, cuestiones sobre la que parece más pertinente practicar prueba pericial)³¹ o cuando resulte superfluo o reiterativo, bien porque se haya propuesto la práctica de otro medio probatorio con el mismo fin (por ejemplo, dos pruebas periciales sobre la misma cuestión, una prestada por un arquitecto y otra por un ingeniero), bien porque se proponga para intentar acreditar hechos cuya existencia o inexistencia puede quedar fijada mediante otros elementos de prueba asimismo propuestos y dotados de mayor fuerza para la convicción judicial (por ejemplo, cuando se proponga prueba testifical para intentar confirmar un hecho que consta en un documento público aportado al proceso, o con el propósito de desacreditar lo que figura en éste, siempre y cuando, eso sí, en uno y otro caso, tal documento no hubiese sido impugnado por falsedad). No parece, sin embargo, adecuado que pueda denegarse la práctica de un medio de prueba oportunamente solicitado por los litigantes con el argumento de que no resulta necesaria por disponerse de elementos de prueba suficientes para que el juzgador forme su convicción. Pues ello supondría que los jueces pueden determinar *a priori* con qué elementos de prueba van a formar su convicción en procesos que versan sobre materias disponibles, lo que no resulta aceptable, y, en el fondo, aceptar que es posible saber qué resultado va a proporcionar la práctica de un medio de prueba con el mero hecho de que se proponga, lo que, ciertamente, no resulta admisible.

VI. Las diligencias finales

53. Con la denominación de diligencias finales se alude, dentro del proceso civil, y más concretamente del juicio ordinario, a aquellas actuaciones de prueba que se practican fuera del periodo natural en que habrían de realizarse, y que tienen como común denominador el no haberse practicado o no haberse podido llevar a cabo en el momento procesal previsto para la actividad probatoria, por causas ajenas a la parte que las hubiera interesado, o versar sobre hechos nuevos o de nueva noticia conocidos con posterioridad a los momentos en que, con carácter general, deben alegarse los mismos.

54. La LECiv contempla dos clases de diligencias finales: las que pueden practicarse a instancia de parte y las que pueden tener lugar, de forma excepcional, porque el juez así lo acuerda de oficio.

A petición de parte se practicarán como diligencias finales las pruebas que, por motivos ajenos a la parte que las hubiere propuesto en momento procesal oportuno, no se hubiesen practicado, así como las que, siendo pertinentes y útiles, vengan referidas a hechos nuevos o de nueva noticia que se hubiesen conocido con posterioridad al último instante legalmente permitido para alegarlos (artículo 435.1 de la LECiv).

A su vez, de forma extraordinaria, podrá acordarse, de oficio o a instancia de parte interesada, que se practiquen de nuevo prueba sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, cuando los actos de prueba practicados no hubiesen resultado conducentes, a causa de circunstancias o motivos ya desaparecidos e independientes de la voluntad y diligencia de los litigantes, siempre y cuando existan motivos fundados para creer que las nuevas diligencias permitirán adquirir certeza sobre los hechos a que se refieran, disponiéndose expresamente que, en tal caso, en el auto en que se acuerde la práctica de dichas diligencias deberá expresarse detalladamente las circunstancias que impidieron en su día que las

ROJ: STS 3959/2003), Pte. Sr. Gullón Ballesteros; núm. 1600/2005, de 15 de marzo de 2005 (Cendoj, ROJ: STS 1600/2005), Pte. Sr. Almagro Nosete; y núm. 845/2010, de 10 de diciembre de 2010 (Cendoj, ROJ: STS 7345/2010), Pte. Sr. Xiol Ríos.

³¹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, núm. 558/2003, de 9 de junio de 2003 (Cendoj, ROJ: 3959/2003), Pte. Sr. Gullón Ballesteros.

pruebas practicadas diesen resultado y los motivos que permiten creer que la práctica de las diligencias acordadas pueden adquirir la certidumbre que se desea (artículo 435.2 de la LECiv).

55. De acuerdo con lo dispuesto en la LECiv, las diligencias que se acuerden de acuerdo con lo señalado anteriormente se llevarán a cabo dentro del plazo dispuesto para dictar sentencia, y en la fecha que señale a tal efecto, de resultar necesario, el letrado de la Administración de Justicia, en la forma establecida en dicha norma para las pruebas de su clase. Y, una vez practicadas, *«las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado»*, volviéndose a computar el mencionado plazo –de veinte días– una vez haya transcurrido el concedido a las partes para presentar el citado escrito (artículo 436 de la LECiv).

56. Si se piensa con atención, las diligencias finales que tienen lugar a instancia de parte no son sino una prolongación de la prueba practicada en el pleito a instancia de éstas. Pues, en rigor, están pensadas para que los litigantes puedan completar su actividad probatoria, facilitando que pueda practicarse la prueba que se hubiese propuesto y admitido, pero que no pudo llevarse a cabo por motivos que no son imputables a quien la solicitó, o que pueda tener lugar la correspondiente a hechos nuevos o de nueva noticia alegados a través del denominado «escrito de ampliación de hechos» a que se refiere el artículo 286 de la LECiv.

57. Por el contrario, las que el juez puede ordenar, ya sea por propia iniciativa o porque se lo solicite alguna de las partes, proceden cuando éste considere que los actos de prueba practicados no permiten concluir si los hechos han quedado o no acreditados y que dicho resultado es consecuencia de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de los pleiteantes. Solo entonces, y con relación a dichos hechos, podrá plantearse si procede acordar nuevas diligencias de prueba, ordenando que tengan lugar si considera que existen motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones que se lleven a cabo permitirán adquirir certeza sobre los citados hechos.

Si se repara en lo que acaba de apuntarse, enseguida se caerá en la cuenta de que dicho análisis solo puede tener lugar cuando el juez haya analizado si los hechos discutidos en el pleito han quedado o no fijados; es decir, cuando haya comenzado a estudiar el asunto al objeto de dictar sentencia. Y, más concretamente, cuando después de haber comprobado que lo que pide el actor en su demanda es, en general, jurídicamente admisible y que la tutela que solicita puede concederse con base en las normas que invocó, o con arreglo a otras que puede aplicar sin sobrepasar los límites del *iura novit curia*, proceda a analizar si los hechos alegados pueden considerarse o no determinados. Solo entonces estará en condiciones de realizar los distintos enjuiciamientos que, según hemos apuntado, determinan que pueda acordar diligencias finales; el que le permita concluir que los actos de prueba practicados no permiten concluir si los hechos han quedado o no acreditados, que dicho resultado es consecuencia de circunstancias ya extintas y ajenas a la voluntad y diligencia de las partes, y que, finalmente, hay motivos fundados para creer que los que se lleven ahora a cabo permitirán adquirir certeza sobre dicha cuestión. Únicamente si responde afirmativamente a todos ellos, razonándolo debidamente –ya que debe justificar su decisión mediante auto–, podrá acordar su realización.

POLIGAMIA EN MARRUECOS Y PENSIÓN DE VIUDEDAD EN ESPAÑA. EL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ATENUADO

POLIGAMY IN MOROCCO AND PENSION IN SPAIN. THE SPANISH SUPREME COURT AND THE PUBLIC POLICY EXCEPTION

MARÍA JOSÉ VALVERDE MARTÍNEZ
Abogada del Ilustre colegio de Abogados de Murcia

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia

Recibido:04.05.2018/Aceptado:23.05.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4396>

Resumen: El presente trabajo expone y analiza los criterios de solución empleados por el Tribunal Supremo para dar respuesta a la cuestión de saber si dos mujeres, viudas de un sujeto legalmente casado con ambas en Marruecos, pueden ser beneficiarias de la pensión de viudedad generada por dicho sujeto. El Tribunal Supremo acoge e implementa la tesis del orden público internacional atenuado. Lo hace al margen de todo convenio internacional y de todo precepto legal porque entiende que el orden público atenuado protege los fundamentos jurídicos de la sociedad española y permite, al mismo tiempo, que un matrimonio legalmente celebrado en Marruecos, surta ciertos efectos legales en España. En particular, admite que ambas esposas puedan ser consideradas beneficiarias, a partes iguales, de la pensión de viudedad española.

Palabras clave: orden público internacional, pensión de viudedad, poligamia, Derecho internacional privado

Abstract: This paper deals with the criteria used by the Supreme Court of Spain in order to answer the question of whether two women, widows of the same husband, both legally married in Morocco, can be regarded as beneficiaries of the widow's pension generated by their husband. The Supreme Court of Spain implements a mitigated public policy effect even though no international convention applies to the case. Once guaranteed that the legal foundations of Spanish society are safe, the Spanish Supreme Court activates an attenuated public policy to allow some legal effects of a marriage legally celebrated in Morocco. Among them, the court admits that both wives can be considered beneficiaries, in equal parts, of the Spanish widow's pension.

Keywords: public policy, widow's pension, polygamy, private international law.

Sumario: I. Las dunas de El Aaiún. II. Dos esposas supervivientes. III. Una solución justa: el orden público internacional atenuado. 1. Los tribunales españoles y la pensión de viudedad de las esposas en casos de poligamia. 2. El art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979. 3. La estructura interna del orden público atenuado. Efectos nucleares y efectos periféricos de los matrimonios válidamente celebrados en otros países. A) Matrimonio celebrado en país extranjero y reconocimiento conflictual en España. B) Regla general (norma de conflicto) y excepción (orden público internacional). C) Efecto atenuado del orden público internacional. 4. Sorpresa, sorpresa. La jurisprudencia creativa del Tribunal supremo y el orden público internacional atenuado. A) Inaplicabilidad del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979. B) La jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo.

I. Las dunas de El Aaiún

1. Cae la tarde tras las dunas eternas de El Aaiún. Ésta es la historia de una de las más recientes batallas coloniales libradas ante los tribunales españoles. Y es también la historia de la victoria de las viudas de la poligamia del que fuera el “Sáhara español”. Por primera vez, el Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en sentencia de fecha 24 enero 2018, ha admitido el derecho de una segunda viuda a cobrar la pensión de su cónyuge polígamo y a repartírsela a partes iguales con la primera esposa¹.

2. Es preciso regresar al pasado. Es preciso volver a los años 50 del siglo XX, pues el presente se explica siempre desde el pasado. Y ésta es la historia: un ciudadano marroquí sirvió como soldado de segunda en la Compañía Mixta de Ingenieros de la Policía Territorial española del Sáhara español durante una década. Tras la finalización de sus servicios, generó un derecho a pensión de retiro con cargo al erario público español, pensión que percibió hasta su fallecimiento, que se produjo el 23 enero 2013. A continuación, su segunda esposa solicitó una pensión de viudedad. Ésta le fue denegada por el Ministerio de Defensa español, ya que dicha pensión le había sido ya reconocida y la estaba ya percibiendo su primera esposa.

II. Dos esposas supérstites

3. La cuestión central que plantea este caso radica en saber si se debe admitir o no la condición de “beneficiaria” de una pensión de viudedad del régimen de clases pasivas del Estado español a las esposas que, de acuerdo con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con el causante percceptor de una pensión con cargo al erario español.

4. En efecto, por un lado, sabido es que en Derecho marroquí, la *Mudawana*, -nombre que recibe el Código de Familia de dicho país-, permite la poligamia². Aunque dicho código contempla la poligamia del varón (= en realidad, sólo la poliginia) con recelo y se han recogido diversas restricciones que dificultan dicha poligamia, lo cierto es que, como exponen M.C. FOLETS / M. LOUKILI, la poligamia no ha desaparecido³. El varón, en efecto, puede contraer válido matrimonio simultáneamente hasta con cuatro esposas. Todos esos matrimonios son considerados como tales y son perfectamente válidos en el Derecho marroquí.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 24 enero 2018 [ECLI: ES:TS:2018:121]. Esta resolución ha sido profusamente comentada en medios digitales, tanto en la prensa de corte generalista como en la prensa digital jurídica. *Vid.* Por ejemplo, *Diario Expansión* de 31 enero 2018 (<http://www.expansion.com/juridico/2018/01/30/5a70b63b468aebf9298b45dc.html>), diario 20 minutos 30 enero 2018 (<https://www.20minutos.es/noticia/3248053/0/supremo-viudas-soldado-poligamo-pension/>); diario *El Economista* de 30 enero 2018 (<http://www.eleconomista.es/legislacion/noticias/8903900/01/18/El-TS-divide-la-pension-de-un-marroqui-poligamo-entre-sus-dos-viudas.html>), *Europa Press* de 30 enero 2018 (<http://www.europapress.es/sociedad/noticia-tribunal-supremo-reconoce-derecho-pension-viudedad-dos-esposas-marroqui-poligamo-20180130141725.html>), *Diario jurídico “La Ley”* de 31 enero 2018 (<http://diariolaley.laley.es/home/NE0001519040/20180131/Pension-de-viudedad-y-bigamia-Es-posible>), *Derecho news* de 30 enero 2018 (<http://www.derechonews.com/el-supremo-reconoce-el-derecho-a-pension-de-viudedad-de-dos-esposas-de-un-marroqui-poligamo/>) y *Cadena Ser* de 30 enero 2018 (http://cadenaser.com/ser/2018/01/30/tribunales/1517313390_301738.html). *Vid.* también la nota de prensa del Poder Judicial en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Sala-de-Prensa/Notas-de-prensa/El-Tribunal-Supremo-reconoce-el-derecho-de-dos-viudas-de-un-soldado-marroqui-poligamo-que-servio-al-ejercito-espanol-en-el-Sahara-compartir-la-pension-de-viudedad>. *Vid.* También el interesante comentario a esta sentencia en comparación con la STS, Sala de lo Social, de 25 enero 2018, que no reconoce la existencia de un matrimonio celebrado en España con arreglo al rito gitano, y debido a EDUARDO ROJO, en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/02/pension-de-viudedad-dos-dias-dos-salas.html>. Del mismo modo, sugestivo resulta el análisis de R. NAVARRO VALLS (6 febrero 2018) publicado en http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_justel=1173900. No todos los comentarios publicados sobre esta sentencia han sido positivos. *Vid.*, por ejemplo, el muy crítico texto contenido en <https://eladiofernandez.wordpress.com/2018/04/06/el-tribunal-supremo-convierte-en-negocio-la-poligamia-de-marroquies-todas-las-mujeres-de-poligamos-cobrarán-pension/>.

² El texto de la *Moudawwana* marroquí puede consultarse aquí (<http://www.icafi.com/docs/estrangeria/documents/fmarr.pdf>). *Vid.* en particular, arts. 40-46.

³ M.C. FOLETS / M. LOUKILI, “Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?”, *RCDIP*, 2006-3, pp. 521-555. También M.L. LABACA ZABALA, “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *noticias jurídicas* (versión on line).

5. Frente a ello, sabido es también que el Derecho español es hostil a la poligamia en varios sentidos.

En primer lugar, el Derecho español no admite la poligamia. Y no sólo no está admitida en las leyes civiles. Constituye un delito prohibido y castigado por el art. 217 del Código Penal español. El ordenamiento jurídico español considera que la poligamia genera una situación de desigualdad entre hombres y mujeres contrario al art. 14 CE 1978. El Derecho de Familia español arranca, en efecto, del principio básico de la monogamia matrimonial, de modo que la poligamia atenta contra la dignidad constitucional de la mujer (*vid.* SAN CA 5 abril 2011 [sujeto polígamo pakistaní]⁴). En esta línea, la DGRN entiende que “... un matrimonio poligámico [...] atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer” (RDGRN [27^a] 23 enero 2015 [matrimonio de senegalés], RDGRN [28^a] 23 enero 2015 [matrimonio de ciudadano de Gambia], RDGRN [2^a] 6 febrero 2015 [matrimonio poligámico de ciudadana de Gambia], RDGRN [33^a] 6 febrero 2015 [matrimonio poligámico en Senegal], entre otras muchas)⁵.

En segundo lugar, el Derecho español no admite la celebración de un matrimonio poligámico ante autoridades españolas, puesto que la aplicación de la Ley extranjera (Ley nacional del contrayente, art. 9.1 CC) que permite en teoría la celebración de dichos matrimonios resulta frontalmente contraria al orden público internacional español.

En tercer lugar, tampoco se admite la validez en España de los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, puesto que admitir en España el efecto constitutivo de estos matrimonios produce, también, resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

La pluralidad de modelos familiares existente en España tiene, es evidente, sus límites. Es cierto que se observa en la actualidad una poderosa apertura a la libertad individual en la creación y configuración de la familia en los países occidentales, apunta H. MUIR WATT⁶. Sin embargo, como ilustran de modo transparente los trabajos de C. CAMPLIGLIO, ciertos modelos de familia no tienen cabida, como tales, en Derecho español porque no se ajustan a las claves valorativas superiores que marca la Constitución Española y que recogen los convenios internacionales sobre derechos humanos firmados por España⁷. Esos modelos de familia no ajustados a los ejes constitucionales pueden ser perfectamente válidos y legales en otros países. Ello suscita una «tensión estructural» que, indica A. BAINHAM, se revela de modo particular intenso en los casos de Derecho internacional privado, que son los casos que «conectan» los diferentes modelos de familia existentes en el mundo⁸. En efecto, como subraya E. JAYME, mientras un matrimonio poligámico de raíz islámica no se hace valer en España, los modelos de familia diferentes no interactúan⁹. Sin embargo, cuando los particulares invocan en España los efectos jurídicos de un matrimonio poligámico (= un modelo de familia «no occidental») se produce una contradicción valorativa, escribe A. BUCHER, entre diferentes y opuestos «modelos de familia matrimonial»¹⁰. El temido fantasma del conflicto de civilizaciones, en la expresión que hicieron célebre de P. MERCIER y J. DÉPREZ, resurge, ahora, ante los tribunales españoles¹¹. Como ha destacado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, ese conflicto de

⁴ SAN CA 5 abril 2011 [JUR 2011\134086].

⁵ *Id.* RDGRN [27^a] 23 enero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015]; RDGRN [33^a] 6 febrero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015]; RDGRN [2^a] 6 febrero 2015 [BIMJ 19 agosto 2015].

⁶ H. MUIR WATT, “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit International Privé)”, en A. L. CALVO CARAVACA/ J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 11-22.

⁷ C. CAMPLIGLIO, “Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar”, *CDT*, 2012, pp. 5-21; C. CAMPLIGLIO, “Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato”, *RDI*, 2011, pp. 1029-1064; C. CAMPLIGLIO, “Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana”, *RDIPP*, 2008, pp. 43-76; C. CAMPLIGLIO, “Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *RDIPP*, 1990, pp. 853-908. También D. COHEN, “La Convention européenne des droits de l’homme et le droit international privé français”, *RCDIP*, 1989, pp. 451-483.

⁸ A. BAINHAM, “Family Law in a Pluralistic Society: A View From England and Wales”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 295-307.

⁹ E. JAYME, “Diritto di famiglia, società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *RDIPP*, 1993, pp. 295-304.

¹⁰ A. BUCHER, “La famille en droit international privé”, *RCADI*, 2000, vol. 283, pp. 19-186, esp. pp. 22-29. Similares consideraciones en A. BUCHER, *Le couple en droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

¹¹ P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et repudiation*, Ginebra, 1972; J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *RCADI*, 1988, vol.211, pp. 9-372, esp. pp. 33-39.

civilizaciones es más amplio y también más profundo que un mero conflicto entre modelos de familia¹². Se trata, precisa D. MAYER, de un auténtico «conflicto entre sociedades»¹³. En este caso, puede afirmarse, con M. CHARFI, que se trata de un enfrentamiento de valores entre una sociedad edificada sobre presupuestos religiosos concretos y una sociedad no confesional en el que el Derecho Privado no se construye sobre principios de ninguna concreta creencia religiosa¹⁴.

6. En suma, en el presente supuesto se trata de decidir si, con arreglo al Derecho español, dos esposas legalmente casadas con el sujeto cotizante tienen o no derecho a percibir la pensión de viudedad del Estado español. El artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, texto refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, establece que es beneficiario de la pensión de viudedad la persona que sea “*cónyuge supérstite*”. Nótese que la norma hace una referencia literal a un beneficiario, uno solo, expresado en singular¹⁵.

7. El precepto antes citado, sin embargo, ha sido diseñado por el legislador para situaciones meramente internas. Es una norma jurídica concebida para ser aplicada a matrimonios monogámicos, que son los propios del Derecho español. Por ello, la regla resulta parcial e incompleta y, por ello, profundamente inadaptada para resolver una situación de Derecho internacional privado como la que resulta de un matrimonio en el que existen varias esposas de los soldados polígamos, ahora fallecidos, que sirvieron al Ejército español en los antiguos enclaves españoles del Sáhara Occidental.

III. Una solución justa: el orden público internacional atenuado

1. Los tribunales españoles y la pensión de viudedad de las esposas en casos de poligamia

8. La legislación española reguladora de la Seguridad Social concede, en ciertas condiciones, una pensión de viudedad al cónyuge supérstite. Se plantea ahora la cuestión de decidir si, en el caso de que el fallecido cotizante dejara varias esposas con las que está legalmente casado con arreglo a su Ley nacional, disponen todas estas esposas de un derecho a esta pensión de viudedad. Como exponen A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, varios datos previos deben subrayarse al respecto¹⁶.

1º) La legislación reguladora del derecho a la pensión de viudedad a pagar por la Administración Española es siempre la legislación española de Seguridad Social, normativa de Derecho Público español (art. 8 CC).

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo XXI”, en *Anales de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia*, n.21, 2003, pp. 109-143.

¹³ D. MAYER, “Evolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI Clunet*, 1977, vol.104, pp. 447-469.

¹⁴ M. CHARFI, “L’influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans”, *RCADI*, 1987, vol.203, pp. 321-454. También H. AL DABBAGH, “Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque”, *RCDIP*, vol. 98, n° 1, 2009, pp. 29-40.

¹⁵ Con arreglo a este precepto, en efecto, el soldado saharauí se encontraba acogido al régimen de Clases Pasivas del Estado, regulado en el Real Decreto Legislativo 670/1977, de 30 de abril (texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado). El art. 38 del mismo hace referencia a un beneficiario singular de la pensión de viudedad: “1. *Tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge supérstite del causante de los derechos pasivos*” [subrayado añadido]. Es aplicable también a este caso la Orden de la Presidencia de Gobierno de 1 de marzo de 1977 por la que se dictan normas para el retiro del personal saharauí de la Policía Territorial de Sahara (BOE núm. 56, de 7 marzo 1977 / <https://www.boe.es/boe/dias/1977/03/07/pdfs/A05304-05304.pdf>). Con arreglo a su Disposición Primera, “[l]os suboficiales y personas de tropa saharauí pertenecientes a la Policía Territorial de Sahara en 31 de enero de 1976, que contaran en dicha fecha con más de veinte años de servicios con abonos, tendrán derecho a percibir la pensión de retiro que con arreglo a los años de servicio les corresponda”. Por otro lado, según su Disposición Segunda, “[l]o establecido en el número anterior será de aplicación a los suboficiales y personal de tropa saharauí que hayan pasado a prestar sus servicios a las Fuerzas Armadas marroquíes o a las Fuerzas Armadas Mauritanas”.

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), 17ª edición, Comares, Granada, 2017, pp. 123-212, esp. pp. 148-159.

- 2º) En ocasiones, puede resultar aplicable un convenio internacional de Seguridad Social en vigor entre España y otro Estado. En dicho supuesto, dicho convenio internacional se aplica con preferencia sobre la legislación española de Seguridad Social de producción interna. Algunos de dichos convenios internacionales prevén expresamente que el sujeto cotizante fallecido estuviera legalmente unido en matrimonio con varias esposas según su Ley nacional e indican que, en tal caso, “*la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*” (art. 23 del Convenio hispano-marroquí de 8 noviembre 1979, al que más abajo se hace referencia). Pues bien, en dicho supuesto, existe una sola pensión de viudedad y no “varias pensiones”, pensión única que deberá repartirse en igual proporción entre las esposas supervivientes. El legislador español admite, en el citado convenio bilateral, que el matrimonio poligámico legalmente celebrado en el extranjero puede surtir efectos jurídicos en lo relativo a determinación de la persona o personas beneficiarias de la pensión de viudedad.
- 3º) En el caso de que ningún convenio internacional de Seguridad Social que contenga una previsión resulte aplicable, dicha legislación debe ser interpretada para adaptarla al caso de múltiples mujeres potenciales receptoras de la pensión de viudedad. Se han mantenido varias tesis al respecto, muy bien expuestas por P. JUÁREZ PÉREZ¹⁷.

9. Una primera tesis sostiene que la pensión de viudedad sólo corresponde, y por entero, a la primera esposa del varón polígamo (STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [poligamia y matrimonio en Senegal]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [matrimonio celebrado en Gambia], STSJ Cataluña núm. 5255/2003, Social, 30 julio 2003 [esposas gambianas], aunque con interesantísimo voto particular contrario; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [segundo matrimonio contraído en Méjico]). Para estas resoluciones judiciales, el segundo matrimonio es nulo para en Derecho español y no produce ningún efecto jurídico¹⁸. Alguna jurisprudencia francesa se ha apuntado a esta tesis (Sent. Cass. Francia 5 noviembre 2015 [bigamia y pensión de viudedad])¹⁹. Estas sentencias entienden, en suma, que los únicos casos en los que la segunda esposa tiene derecho a su pensión son los contemplados en convenios internacionales vigentes para España y que, por tanto, a falta de tales convenios, el segundo matrimonio no produce efecto legal alguno y la segunda esposa no es tal y no tiene derecho a pensión. Sin embargo, esta tesis resulta excesiva e injusta, ya que ignora totalmente un segundo matrimonio perfectamente válido en el extranjero, de modo que deja sin ninguna cobertura social a una de las esposas del cotizante. Lo que sí parece entender esta jurisprudencia es que no es exigible que el matrimonio en cuestión aparezca inscrito en el Registro Civil, siempre que se pueda probar su existencia por los medios admitidos en Derecho.

10. Una segunda postura, sostiene que debe repartirse la pensión de viudedad española entre las esposas del fallecido en proporción al tiempo que permanecieron casadas con fallecido (STSJ Madrid núm. 456/2002, Social, 29 julio 2002)²⁰.

¹⁷ P. JUÁREZ PÉREZ, «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *REEI* (www.reei.org), 2012. También M. FLOR FERNÁNDEZ, *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2002; M.F. DE NO VÁZQUEZ, “Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad Laboral*, nº 13, 22, 2004, pp. 1899-1910; Y. SÁNCHEZ URÁN, “Derecho a la prestación social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 63, 2006, pp. 249-296; L. PERICÁS SALAZAR, “El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 9, 2007, pp. 129-135; A.L. DE VAL TENA, “Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la «extensión» del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia 2 abril 2002”, *Actualidad Laboral*, nº 3, 13 al 19 enero 2003, pp. 47-58; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “Matrimonio poligámico, orden público y extranjería”, *Actualidad Laboral*, nº 33, 8 al 14 septiembre 2003, pp. 581-601; J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “Aspectos críticos de la pensión de viudedad. Especial mención al matrimonio polígamo y homosexual”, *Aranzadi Social*, V, 2005, p. 1168; R. SASTRE IBARRECHE, “Transformaciones sociales y cambios en la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, nº 15, 2007, pp. 61-62.

¹⁸ STSJ Cataluña, Social, 27 septiembre 2017 [ECLI:ES:TSJCAT:2017:9230]; STSJ Cataluña, Social, 25 abril 2016 [AS 2016/879]; STSJ Cataluña, Social, 30 julio 2003 [AS 2003/3049]; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005 [AS 2005/2454].

¹⁹ Sent. Cour Cass. Francia 5 noviembre 2015 [*JDI Clunet*, 2016, p. 554].

²⁰ STSJ Madrid, Social, 456/2002, de 29 julio 2002 [AS 2002/3324].

11. Finalmente, una tercera tesis indica que la pensión de viudedad debe repartirse, a partes iguales, entre todas las esposas del varón cónyuge polígamo fallecido (STSJ Madrid 29 julio 2002 [esposas marroquíes]; Sent. Juzgado Social núm.3 La Coruña 13 julio 1998, confirmada por la STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002 [esposas senegalesas], STSJ Andalucía 30 enero 2003 [esposas marroquíes], que aplica el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social y concede la pensión al 50% a las dos esposas viudas; STSJ Andalucía 18 junio 2015 [polígamo marroquí])²¹.

Esta tercera tesis es preferible, por varios motivos: preserva la seguridad jurídica internacional y la igualdad ante la Ley, se adapta a las circunstancias del caso concreto, cubre las necesidades sociales de todas las mujeres que eran legalmente esposas del fallecido, no vulnera el orden público internacional “presupuestario” español, pues no perjudica a las arcas públicas del Estado español, ya que pensión a pagar es única y sólo resulta repartida entre las esposas (A. QUIÑONES ESCÁMEZ), y finalmente, es una solución que se alinea con la recogida en los convenios internacionales firmados por España que abordan el supuesto de múltiples viudas del cotizante²².

2. El art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979

12. La incidencia de la poligamia en los supuestos de pensiones de viudedad no ha pasado desapercibida para España y para la política jurídica española. En este sentido y para ofrecer soluciones justas, adaptadas a la realidad internacional, el Gobierno de España y el Gobierno del Reino de Marruecos, “*resueltos a cooperar en el ámbito social*” y “*afirmando el principio de igualdad de trato entre los nacionales de los dos países en orden a las legislaciones de Seguridad Social de cada uno de ellos*”, concluyeron un Convenio internacional bilateral sobre Seguridad Social de fecha 8 noviembre 1979, tendente a coordinar la aplicación, a los nacionales de los dos países, de las legislaciones de España y del Reino de Marruecos. Dicho convenio internacional bilateral se integró en el ordenamiento jurídico español tras ser publicado en el Boletín Oficial del Estado de 13 octubre 1982 y entró en vigor el 1 octubre 1982²³. El art. 96.1 *in primis* de la Constitución Española, siempre es interesante recordarlo, indica que “[l]os tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. Este Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos es Derecho español. Sus normas son Derecho español y sus valores se hallan en perfecta sintonía con los criterios axiológicos que recoge la Constitución española de 27 diciembre 1978.

13. Pues bien, el art. 23 del convenio hispano-marroquí dispone que “[l]a pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”. Con otras palabras, puede afirmarse que el Derecho español admite, expresamente, ciertos efectos legales, en España, de los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países.

14. La segunda viuda del soldado marroquí polígamo es consciente de que se han logrado pequeñas victorias en juzgados españoles en casos similares e inicia los trámites para que le sea reconocida, por reparto equitativo, la pensión de viudedad. Conserva el DNI bilingüe que expidió España en su día a los saharauis que vivían en las colonias españolas y presenta solicitud ante la Subdirección General de Recursos de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa español, que deniega su petición. Posteriormente, el Ministerio de Defensa, enalzada y con audiencia a la primera esposa del soldado fallecido, desestima nuevamente la solicitud mediante resolución administrativa. Dicha resolución es

²¹ STSJ Madrid Soc., 456/2002, 29 julio 2002 [AS 2002\3324]; STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002 [AS 2002\899]; S. Juzgado Social 3 La Coruña 13 julio 1998 [AS 2001\1493]; STSJ Andalucía 30 enero 2003 [JUR 2003\96144]; STSJ Andalucía 18 junio 2015 [AS 2015\1520].

²² A. QUIÑONES ESCÁMEZ, Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa, Barcelona, 2000; Id., “Limitaciones infundadas al jus nubendi: el repudio revocable. En torno a la RDGRN 14 junio 2001 sobre autorización de matrimonio civil”, Homenaje R. Arroyo, Madrid, 2003, pp. 297-304.

²³ Texto consolidado del convenio en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-26519>.

recurrida ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid. Mediante sentencia de 18 octubre 2016 dictada por el referido tribunal, se desestima el recurso contencioso-administrativo planteado por la interesada al quedar acreditada la situación proscribida de “bigamia” y porque el Real Decreto Legislativo 670/1987 no contempla la pensión de viudedad para casos de pluralidad de cónyuges supervivientes como el presente, puesto que el tenor literal del citado art. 38 se refiere al “cónyuge”, en singular.

15. Este convenio hispano-marroquí abre el camino a la Justicia. Es entonces cuando comienza la batalla ante el Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). La batalla culmina en la sentencia de 24 enero 2018, por la que, finalmente, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad no sólo a la primera esposa del varón polígamo, sino también a la segunda o ulteriores esposas. El TS admite este derecho a la pensión de viudedad como un efecto legal en España del matrimonio que válidamente contrajo el causante conforme a su legislación personal nacional. El TS destaca, también, que el criterio del cálculo del importe de la pensión de las segundas o ulteriores esposas beneficiarias de la pensión es el criterio del reparto por iguales partes entre todas ellas, tal y como establece el art. 23 del citado Convenio hispano-marroquí. Ahora bien, como suele suceder, lo más interesante no es el destino final alcanzado, sino el viaje que ha sido preciso recorrer para llegar a ese destino.

3. La estructura interna del orden público atenuado. Efectos nucleares y efectos periféricos de los matrimonios válidamente celebrados en otros países

A) Matrimonio celebrado en país extranjero y reconocimiento conflictual en España

16. Un matrimonio celebrado en el extranjero es válido en España si se ajusta a la Ley que regula su celebración en cuanto a la capacidad nupcial (art. 9.1 CC: Ley nacional de cada contrayente), consentimiento matrimonial (de nuevo art. 9.1 CC: Ley nacional de cada contrayente), y forma del matrimonio (arts. 49 y 50 CC). Un examen cuidadoso de estas reglas permite descubrir que el legislador español ha diseñado un sistema de “reconocimiento conflictual” en España del matrimonio celebrado en país extranjero. Es decir, un matrimonio celebrado en otro país es válido en España si respeta los requisitos legales establecidos por las Leyes a las que remiten las normas de conflicto españolas. Por tanto, aunque la validez en España de un matrimonio celebrado en el extranjero constituye una cuestión de “reconocimiento” de una situación jurídica creada en otro país, el legislador español regula su reconocimiento, indica P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, a través de las normas de conflicto españolas (*vid.* por analogía, art. 65 CC y art. 256 RRC)²⁴. Eso significa que, en principio, -y se subraya, *en principio*-, si el segundo matrimonio (poligámico) del ciudadano marroquí se ha ajustado a la ley a la que remite el art. 9.1 y 49-50 CC, que es la Ley marroquí, deberá ser reconocido y tenido por válido en España.

B) Regla general (norma de conflicto) y excepción (orden público internacional)

17. Ahora bien, pende sobre la validez en España de dicho matrimonio la espada de Damocles de la temida, compleja y magmática excepción del “orden público internacional”. El art. 12.3 CC impide la aplicación en España de una ley extranjera que “resulte” contraria al orden público internacional español. Como antes se ha indicado, no son válidos en España los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero aunque sean válidos con arreglo a la Ley extranjera a la que remiten los arts. 9.1 CC y 49 y 50 CC, puesto que la aplicación en España de un Derecho extranjero que admite la poligamia produce resultados contrarios al orden público internacional español (art. 12.3 CC).

18. Sin embargo, debe recordarse que el orden público internacional español es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Impide la aplicación de la Ley extranjera, que es la “solu-

²⁴ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en el DIPr. español, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 69-71.

ción general” que el legislador español considera justa y que por ello se contiene en las normas de conflicto españolas, en este caso, en los arts. 9.1 y 49 *in fine* CC. Como tal excepción, el orden público internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo. El carácter restrictivo del orden público internacional significa que éste operará sólo y exclusivamente cuando sea estrictamente necesario para proteger la estructura organizativa jurídica, moral y económica de la sociedad española, y sólo en la medida en que sea preciso para ello. A tal efecto, el orden público internacional sólo interviene en atención al caso concreto y una vez que ha quedado probado el contenido del Derecho extranjero y el efecto negativo que produciría su aplicación en España en el supuesto específico del que se trate. La solución general (= la norma de conflicto) se protege ante un uso pernicioso de la excepción (= el orden público internacional) mediante una aplicación estricta y restrictiva de dicha excepción. No debe ésta devorar la regla general. El orden público internacional sólo debe activarse para defender los valores esenciales del Derecho español y sólo en la medida necesaria para evitar una externalidad negativa que puede producir la norma de conflicto española²⁵.

19. La doctrina, la jurisprudencia y también la legislación han diseñado distintas estrategias jurídicas para lograr que el orden público internacional opere de modo restrictivo. Las tres técnicas más extendidas son: (a) el orden público internacional “parcial”; (b) el orden público internacional “atenuado” y (c) el orden público internacional “de proximidad”. Pues bien, el art. 23 del convenio hispano-marroquí acoge un orden público internacional atenuado, como expresamente admite el TS. Como norma de aplicación preferente al estar incluida en un convenio internacional en vigor para España, este precepto se impone sobre una lectura puramente literal del art. 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril.

C) Efecto atenuado del orden público internacional

20. El conocido como “carácter atenuado” del orden público internacional español o “efecto atenuado” del mismo significa, como observa J. MESTRE, que éste no debe operar contra la aplicación de un Derecho extranjero cuando éste regula situaciones jurídicas ya creadas legalmente en otros países con arreglo a un Derecho extranjero en lo que respecta a ciertos efectos jurídicos «periféricos» que producen dichas situaciones jurídicas²⁶. Este orden público internacional “atenuado”, que opera frente a las situaciones legales válidamente creadas en el extranjero fue diseñado en el siglo XIX por dos grandes teóricos del Derecho internacional privado, L. v. BAR y A. PILLET y que puede ya observarse en la célebre sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 28 febrero 1860, *Bulkley*²⁷. Ya en el siglo XX, esta perspectiva fue relanzada por PH. FRANCESCAKIS y tuvo acogida en la no menos famosa sentencia de la *Cour de Cassation* francesa de 17 abril 1953, *Rivière*²⁸.

21. Se trata de una construcción jurídica, explican F. NIBOYET y B. BOURDELOIS, que la doctrina ha proyectado con especial atención a los efectos legales, en Europa Occidental, de matrimonios poligámicos celebrados en países con legislaciones inspiradas en el Islam²⁹. Muy conocida es la posición del Reino Unido. En dicho país se han promulgado leyes que admiten, de modo expreso, este orden público internacional atenuado en relación con los matrimonios poligámicos celebrados en otros países³⁰. En definitiva,

²⁵ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Orden público internacional y externalidades negativas”, *BIMJ*, 2008, núm. 2065, pp. 2351-2378.

²⁶ J. MESTRE, “Le mariage en France des étrangers de statut confessionnel”, *RCDIP*, 1977, vol.LXVI, pp. 659-700.

²⁷ Sent. Cass Francia 28 febrero 1860, *Bulkley* [*Sirey*, 1860, p. 210]. Sobre el origen de esta construcción y sus basamentos teóricos y valorativos, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 17ª edición, Ed.Comares, Granada, 2017, pp. 628-630.

²⁸ Sent. Cass. Francia de 17 abril 1953, *Rivière* [*RCDIP*, 1953, p. 412, nota H. BATIFFOL, *JDI Clunet*, 1953, p. 860, nota PLAISANT, *RabelsZ*, 1955, p. 520, nota PH. FRANCESCAKIS].

²⁹ B. BOURDELOIS, “Nota a Sent. Cour Cass. Francia 14 febrero 2007 [matrimonio poligámico en Francia]”, *JDI Clunet*, 2007, pp. 934-943; F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, Paris, L.G.D.J., 2008.

³⁰ I. SAUNDERS/ J. WALTER, “The Matrimonial Proceedings (Polygamous Marriages) Act 1972”, *ICLQ*, 1972, pp. 781-789; B.A. WORTLEY, “Polygamy in private international law”. *REDI*, 1972, vol.XXV, (homenaje al profesor D. José de Yanguas Messía), pp. 441-450.

el orden público internacional atenuado arranca de la existencia de situaciones jurídicas que ya han sido creadas, que ya existen y que ya han producido legalmente sus efectos fundamentales en un país extranjero y en una “sociedad extranjera”, cuyo Derecho las admite. Ahora se trata de “exportar” tales situaciones jurídicas con destino a España. Pues bien, la situación jurídica resulta ahora “muy alejada en el tiempo y en el espacio” respecto del país cuyos tribunales conocen del asunto. El impacto, en la sociedad española, de la Ley extranjera aplicada al asunto, es débil. El perjuicio que puede producir dicha Ley extranjera en España, es también débil. Por ello, la intervención del orden público internacional debe limitarse sólo a “ciertos efectos” derivados de la situación regulada por la Ley extranjera.

22. En relación con el presente caso, ello se traduce en que debe rechazarse el efecto constitutivo del matrimonio poligámico en España, cierto es, pero, al mismo tiempo, ese matrimonio válidamente celebrado en Marruecos puede considerarse válido en España a los solos efectos de que las dos esposas puedan cobrar una pensión de viudedad española.

23. Admitir en España un efecto jurídico meramente “periférico” derivado de un matrimonio poligámico válidamente celebrado en Marruecos no produce daño sustancial a la estructura básica y a la cohesión de la sociedad española, como explica la doctrina³¹. Por tanto, dichos efectos jurídicos pueden y deben admitirse en España por no considerarse contrarios al orden público internacional español. Que las dos esposas marroquíes del soldado marroquí cobren la pensión de viudedad con cargo al erario público español a partes iguales, no daña la estructura jurídica fundamental del Derecho español. Es más, se trata de un resultado justo. Justo es que un matrimonio (poligámico) válidamente celebrado en un país no se evapore totalmente, como explica L.D. WARDLE, y quede reducido a la nada cuando la cuestión de su validez surja en otro país donde tales matrimonios no son válidos³². Justo es que la segunda esposa, que confía en la validez de su matrimonio porque válidamente se ha celebrado éste en Marruecos, no se vea totalmente defraudada al cruzar la frontera con destino a España y siga siendo considerada como “cónyuge supérstite” a pesar de que su matrimonio no pueda ser inscrito en España ni produzca efectos constitutivos. Es la previsibilidad de soluciones jurídicas, la seguridad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos, elementos todos ellos cardinales del Derecho internacional privado. La continuidad del estado jurídico de las personas por encima de las fronteras, escriben A. DIONISI-PEYRUSSE y P. FOURNIER, es uno de los objetivos intrínsecos del Derecho internacional privado contemporáneo³³. Como expone G. VAN BUEREN, ello explica el actual auge de la técnica del reconocimiento mutuo de situaciones legales creadas en otros países³⁴. Por otro lado, la innegable tendencia a la aplicación de la Ley del foro a la formación del matrimonio comporta, como advierte G.P. ROMANO, la necesidad de activar mecanismos legales específicos para posibilitar los efectos jurídicos de tales matrimonios en otros países³⁵. Entre tales mecanismos el orden público internacional atenuado ocupa una posición destacada.

³¹ Vid. en relación con aspectos diversos tales como la reagrupación familiar, la percepción de pensiones de viudedad por la segunda esposa y la adquisición de la nacionalidad española, *inter alia*, J. REHMAN, “The Sharia, Islamic Family Laws and international Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Polygamy and Talaq”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, pp. 108 y ss.; N.M^a. ALMAGRO RODRÍGUEZ, “Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 19 de junio 2008, sobre denegación de la concesión de la nacionalidad española por poligamia”, *CDT*, 2009-II, pp. 274-283; J.L. IRIARTE ANGEL, «El matrimonio poligámico en la jurisprudencia y la práctica españolas», en C. ESPLUGUES MOTA / G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 627-641; P. JUÁREZ PÉREZ, «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *REEI* (www.reei.org), 2012; J. MOLINS GARCÍA-ATANCE, “La pensión de viudedad en la sociedad multicultural”, *Revista del poder judicial*, 2007, núm. 85, pp. 343-380; F. DI PIETRO, «La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia», *CDT*, 2015, pp. 56-70.

³² L.D. WARDLE, “International Marriage Recognition: A World Dilemma”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 75-88.

³³ A. DIONISI-PEYRUSSE, «La conforme à l’article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales creées à l’étranger au nom de l’ordre public international», en *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, 2012, pp. 157-177; P. FOURNIER, *Muslim Marriage in Western Courts (Lost in Transplantation)*, *Cultural Diversity and Law*, Ashgate, Surrey, 2010.

³⁴ G. VAN BUEREN, “Crossing the Frontier – The International Protection of Family Life in the 21st Century”, en N. LOWE/ G. DOUGLAS (eds.), *Families Across Frontiers*, The Hague, 1996, pp. 811-830.

³⁵ G.P. ROMANO, “La bilateralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état des personnes”, *RCDIP*, 2006, pp. 457-520.

24. En este sentido, el orden público internacional atenuado representa la solución más recta, ecuaníme, equitativa y menos dañina. En efecto, aplicar en su integridad en España la Ley marroquí que admite el matrimonio poligámico produciría un daño a los principios jurídicos básicos sobre los que se asienta la convivencia y cohesión de la sociedad española. Este resultado es intolerable, pues daña intereses generales, daña a toda la sociedad. Por otro lado, descartar completamente la aplicación del Derecho marroquí designado por la norma de conflicto, y aplicar, en su lugar, el Derecho sustantivo español, conduce a resultados negativos. En efecto, se abraza el detestable “legeforismo”, se destruye la seguridad jurídica y se arruinan las expectativas legales de las partes, que confiaron en que sus conductas quedaban sujetas a la Ley designada por la norma de conflicto española. Pues bien: como ambas soluciones son negativas, el legislador española ha escogido “la solución menos perversa” (*the lesser of two evils - ex malis eligere minima*). Es el orden público internacional atenuado. El orden público sólo interviene en la medida necesaria para proteger a la sociedad española.

25. Ejemplos de orden público internacional atenuado se encuentran en la jurisprudencia española. Así, en una época en la que el divorcio era inexistente en España y radicalmente contrario al orden público internacional español, el TS admitió que una sentencia de divorcio cubana, si bien no podía reconocerse en España, podía surtir efectos en lo relativo a la separación de bienes que se recogía en la sentencia cubana de divorcio. Dice así el TS: “... *la litis sólo afecta, pues, al terreno patrimonial y en contemplación al mismo han de resolverse, si bien teniendo presente que así como la cuestión de la validez del divorcio vincular ofrece ante la diversidad de legislaciones un matiz delicado que puede dificultar su reconocimiento en el aspecto internacional, por razones de índole moral y religiosa afectantes al orden público, éstas no rezan con la simple separación personal que no presente obstáculo legal alguno para ser reconocida, como efecto admisible de la sentencia de divorcio vincular proferida en el extranjero*” (STS 13 marzo 1969)³⁶. Otro ejemplo, ahora extraído de la doctrina de la DGRN, puede resultar también útil: un español contrajo matrimonio en Alemania Occidental con una alemana divorciada de anterior matrimonio canónico. Ambos tuvieron una hija cuya filiación era, en Alemania, una “filiación matrimonial”. La DGRN no podía, en la época de los hechos, inscribir en el Registro Civil español el matrimonio en cuestión, pero admitió la inscripción de la hija de ambos sujetos como hija de ambos³⁷. Es decir, se admitió que el matrimonio, inexistente y no inscribible en España, podía producir el efecto colateral de servir para acreditar, en España, la filiación de la hija común.

26. Puede afirmarse que, mediante el orden público internacional atenuado, sólo los efectos jurídicos producidos por la situación legalmente creada en el extranjero (= el matrimonio poligámico en este caso) y que vulneran la organización moral y económica de la sociedad española, quedan eliminados. Y como ciertos efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero no se producen “en España” y no afectan a la sociedad española, sino que se producen en otro Estado y afectan a una sociedad extranjera, la intervención del orden público internacional “español”, no es necesaria. Puede subrayarse, del mismo modo, que aunque el art. 12.3 CC no alude a la tesis del orden público internacional español “atenuado”, ello se explica por la factura antigua del precepto, que data de 1974. Sin embargo, el art. 23 LAI 2007, mucho más moderno, admite de modo explícito la tesis del orden público internacional “atenuado” en materia de adopción internacional³⁸. Dicho precepto indica que para poder activar la excepción de “orden público internacional español” es preciso “tener en cuenta los vínculos sustanciales del supuesto con España”. Por otro lado, debe indicarse que, en general, además de los ejemplos antes citados, la jurisprudencia española se ha mostrado muy receptiva con dicha

³⁶ STS 13 marzo 1969, *CLJC*, 1969, núm. 167.

³⁷ RDGRN 23 abril 1970, BOE de 3 julio 1970 y *Anuario DGRN*, 1970, pp. 242-250. Este caso así como el anterior aparecen muy bien analizados en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS / J.C. CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, “Artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO Y S. DÍAZ ALABART, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 894-826. *Vid.* también M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “A propósito de la Resolución de 6 de abril de 1979 el supuesto de matrimonio con divorciado”, *RFDUCM*, 1979, pp. 195-211;

³⁸ Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (BOE núm. 312 de 29 diciembre 2007).

teoría. En particular, en lo relativo a los matrimonios poligámicos, el mismo TS había destacado, al menos indiciariamente, que los efectos nucleares de tales matrimonios no se admiten en España, pero sí se podrían admitir los efectos jurídicos que tales matrimonios, legalmente celebrados en país extranjero, pueden producir, en España, en relación con otros aspectos, como filiación, alimentos, sucesiones, pensiones de viudedad a pagar por la seguridad social española, etc. (STS 21 diciembre 1963, STS 13 marzo 1969, STS 12 junio 1969)³⁹.

27. El orden público internacional atenuado constituye, en realidad, un “mecanismo modal” del mismo orden público internacional en el sentido expuesto por M. HOOK. Se trata de una cláusula que fija los límites operativos del orden público internacional. Su finalidad radica en que dicha excepción intervenga sólo como tal y pueda, en definitiva, cumplir con la misión correctora que el legislador le ha asignado de modo expreso de una forma que no exceda su propio objetivo⁴⁰.

4. Sorpresa, sorpresa. El Tribunal supremo y el orden público internacional atenuado

A) Inaplicabilidad del art. 23 del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 8 noviembre 1979

28. Tras la lectura de los breves párrafos anteriores, podría pensarse que esta STS CA 24 enero 2018 no es, en absoluto, ni novedosa ni importante ni tampoco realmente innovadora. En efecto, podría afirmarse que el TS se limitó a aplicar un precepto legal de lectura clarísima recogido en el tan citado Convenio hispano-marroquí de Seguridad social, precepto que permite a la segunda esposa que estuvo, según el Derecho marroquí, legalmente casada con un cotizante marroquí, solicitar una pensión de viudedad al Estado español. Bien, pues no es así. En realidad, y como muy bien puso de relieve el voto particular a la decisión del TS, debido a los magistrados Sres. D. Jose Luis Requero y D. Jorge Rodríguez Zapata, en línea con lo apuntado por la Abogacía del Estado, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 8 de noviembre de 1979, no era aplicable al caso objeto de la STS CA de 24 enero 2018. Sorpresa, sorpresa.

29. En efecto, en este caso, el sujeto marroquí cotizante estaba cubierto por el “régimen español de clases pasivas”. Frente a ello, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 noviembre 1979 sólo es aplicable, en lo que se refiere al sistema español (*vid.* art. 2 del convenio) a las prestaciones que ofrece el “Régimen General de la Seguridad Social” española y también a las que ofrecen ciertos “Regímenes Especiales de seguridad social” españoles, y en concreto, los regímenes agrario, del mar, de la minería del carbón, de trabajadores ferroviarios, de empleados del hogar, de Trabajadores independientes o Autónomos, de representantes de comercio, de estudiantes, de artistas, de escritores de libros y de toreros. En definitiva, el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979, no cubre las prestaciones que ofrece el llamado “Régimen especial de las Clases Pasivas”, que era, precisamente, el régimen aplicable al sujeto marroquí fallecido, que prestó servicios al Estado español como policía territorial en el entonces Sahara español. El supuesto analizado queda fuera del ámbito material del Convenio bilateral hispano-marroquí de Seguridad Social de 8 noviembre 1979. El art. 23 del mismo, que recoge de modo expreso un orden público internacional atenuado, es inaplicable a este caso.

30. Puede ser conveniente recordar que existen dos grupos de pensionistas entre los empleados públicos españoles: aquéllos cubiertos por el “régimen de las Clases Pasivas” y los incluidos en el “sistema de la Seguridad Social”. El “Régimen de Clases Pasivas” es el sistema de jubilación de los funcionarios del Estado que estuvo vigente hasta el 31 diciembre 2010. A partir de esta fecha, los nuevos funcionarios quedan incluidos en el “Régimen General de la Seguridad Social” a efectos, únicamente,

³⁹ STS 21 diciembre 1963 [R.5360]; STS 13 marzo 1969 [R.1276]; STS 12 julio 1969 [JC, p. 249].

⁴⁰ M. HOOK, “The concept of modal choice of law rules”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 185-211.

de su jubilación. La protección social (asistencia sanitaria y todos los demás programas) propia del “Régimen de Clases Pasivas” se lleva a cabo a través del llamado “mutualismo administrativo”, MUFACE, MUGEJU e ISFAS. Pues bien, este régimen queda sujeto, en sus rasgos esenciales y más importantes, a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 670/1987 de 30 de abril por el que se aprueba el Texto refundido de Clases Pasivas del Estado, texto que ha sido modificado por disposiciones posteriores. El ciudadano marroquí, en realidad, no estaba cubierto por el sistema “sistema general” de la Seguridad social española ni tampoco por ninguno de los regímenes especiales a los que hace referencia el art. 2 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Marruecos de 8 noviembre 1979.

31. Por tanto, si el Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979 no es aplicable a este caso, la decisión adoptada por el TS en su STS CA 24 enero 2018 adquiere una nueva dimensión mucho más relevante.

B) La jurisprudencia creativa del Tribunal Supremo

32. El Tribunal Supremo no se ha limitado a aplicar un precepto legal contenido en un convenio internacional bilateral firmado por España, en vigor para España y parte del Derecho español y cuya letra es clarísima. En realidad, en esta STS CA 24 enero 2018, el Tribunal Supremo ha extraído, mediante *analogía juris*, un principio clave contenido en el art. 23 del Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos de 8 noviembre 1979 y lo ha aplicado a un caso excluido del ámbito material de dicho artículo. Este precepto acoge la tesis del “orden público internacional atenuado” con arreglo a la cual el matrimonio poligámico no surte efectos en España ni puede ser reconocido como matrimonio en España ni inscrito en el Registro Civil, pero algunos de sus efectos periféricos, sí que pueden ser hechos valer en España. Con ello se garantiza el respeto a los derechos adquiridos, a la seguridad jurídica y a las expectativas de los particulares. El Tribunal supremo, con extrema valentía y profundo sentido de la Justicia de Derecho internacional privado, afirma que, incluso en los casos no cubiertos por el citado Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social, es justo, es equitativo, es ecuaníme y es ajustado a Derecho recurrir al orden público internacional atenuado. Eso es lo que hace el Tribunal Supremo en esta sentencia. A la segunda esposa del ciudadano marroquí que trabajó como empleado público para el Estado español, sujeto al “régimen de clases pasivas” y excluido del Convenio hispano-marroquí sobre Seguridad Social de 1979, le debe ser concedida la mitad de la pensión de viudedad, aunque no existe precepto legal español concreto que así lo establezca de modo expreso. Y debe ser así porque el orden público internacional “atenuado” conduce a un resultado justo. Con otras palabras: el orden público internacional debe operar, siempre, de modo restrictivo, por lo que debe acogerse un efecto atenuado del mismo siempre que sea posible, exista o no exista un precepto legal que así lo indique de modo expreso.

33. El Voto Particular que se incluye en la STS CA de 24 enero 2018 insiste en que el art. 23 del tantas veces citado Convenio hispano-marroquí debe aplicarse de manera restrictiva, esto es, para beneficiar exclusivamente a los beneficiarios legalmente previstos en el precepto, a las múltiples esposas en relación con prestaciones propias del Régimen General de la Seguridad Social”, y no en relación a otros regímenes no cubiertos por el Convenio hispano-marroquí, como el “régimen de clases pasivas”.

34. No obstante, el Tribunal Supremo subraya que no aplicar a este supuesto, por analogía, el orden público internacional atenuado recogido en el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí, y no permitir, en consecuencia, que la segunda esposa pueda acceder a la mitad de la pensión de viudedad, produciría un resultado radicalmente injusto. Y tiene toda la razón el Tribunal Supremo.

En efecto, en primer lugar, una interpretación restrictiva del art. 23 mencionado supone, *a contrario sensu*, aplicar de modo expansivo el orden público internacional español, lo que no encaja bien con el art. 12.3 CC, que exige, siempre, una lectura restrictiva de dicho orden público. Sólo debe rechazarse la aplicación en España de la ley extranjera cuando “la aplicación” de la misma “resulte” contraria al orden público internacional español, no cuando “el contenido” de dicha Ley “sea” contrario al orden público.

En segundo lugar, admitir el derecho a la pensión en favor de varias esposas es justo, pues refuerza, como se ha indicado, las expectativas legítimas de las partes basadas en la Ley aplicada a la celebración del matrimonio, la seguridad jurídica en el escenario internacional y el respeto a los derechos adquiridos con arreglo a la Ley. La solución, por tanto, encaja con valores constitucionales de primer rango (art. 9.3 CE 1978) que, en Derecho internacional privado adquieren un relieve muy significativo.

En tercer lugar, la opinión mayoritaria de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aunque parca y escueta, refuerza también el principio de igualdad entre los ciudadanos (art. 14 CE 1978 interpretado con arreglo al art. 10 CE 1978). En este sentido, visto que las dos mujeres casadas con el soldado marroquí son consideradas como “esposas” por la Ley marroquí, ambas deben ser tratadas por igual por parte del Derecho español de la Seguridad Social. El principio de igualdad, no se olvide, está recogido en la Constitución española y también en numerosas normas internacionales sobre derechos humanos suscritas por España. El orden público internacional puede y debe intervenir, siempre, para potenciar los derechos humanos. Por ello, un orden público internacional atenuado, subraya J. OSTER, debe siempre encajar con el principio de igualdad de todas las personas ante la Ley, que es realización del derecho humano a no ser discriminado legalmente⁴¹.

En cuarto término, admitir la pensión de viudedad para la segunda esposa no produce daño, en el caso concreto, al orden público internacional español. El erario público español paga la misma cantidad en concepto de pensión de viudedad ya exista una sola esposa superviviente o ya existan varias. Además, admitir el derecho de la segunda esposa a percibir la mitad de dicha pensión de viudedad no supone, en ningún caso, aceptar la validez del matrimonio en España, esto es, su “efecto constitutivo”. Tan sólo se acepta, en España, un efecto colateral o periférico de un matrimonio poligámico legalmente celebrado en Marruecos. Permitir dicho efecto legal periférico en España es justo, precisamente, para realizar los antes nombrados valores constitucionales de seguridad jurídica e igualdad ante la Ley.

35. El Tribunal Supremo ha sabido leer la norma por encima de la letra de misma. Cierto es que el Convenio bilateral hispano-marroquí tantas veces citado no es de aplicación al caso en cuestión. Sin embargo, aplicar la solución que contiene su art. 23 a supuestos excluidos del ámbito material del convenio mediante una oportuna *analogia juris*, está plenamente justificado por dos poderosas razones.

En primer lugar, no existe razón de fondo, -aparte, únicamente, la propia literalidad del precepto convencional-, para que el mencionado art. 23 se aplique sólo a unos casos y queden excluidos otros, cuando se trate de sujetos que, en todo caso, han prestado sus servicios al Estado español y han cotizado a la Seguridad Social española o al Estado español. La no inclusión de los regímenes de Clases Pasivas en el ámbito material del convenio no tiene razón de ser, salvo que existiera una motivación política para ello o que sea en resultado de un olvido involuntario del legislador.

En segundo lugar, el art. 23 del Convenio bilateral hispano-marroquí sobre Seguridad Social transporta dos principios fuertes del ordenamiento jurídico español que son, al mismo tiempo, dos valores fundamentales del mismo: la igualdad y la seguridad jurídica. Por ello, aplicar la solución contenida en dicho precepto a supuestos excluidos del mismo no sólo no vulnera el art. 23 citado, sino que proporciona una solución constitucional a los supuestos de determinación de los beneficiarios de pensiones de viudedad españolas en casos de poligamia del sujeto cotizante.

Es claro, pues, que el Tribunal Supremo conoce al gran jurista romano Celso, que dejó escrito, hace ya casi mil años, que “*Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*”. Esto es, “*entender las leyes no consiste en retener sus palabras, sino en comprender su fuerza y su espíritu*” (Publius Juventius Celsus, en Digesto de Justiniano 1, 3, 17). Como en su momento sugirió con sagacidad P. JUÁREZ PÉREZ, la situación de inseguridad jurídica generada por una jurisprudencia española oscilante, contradictoria, confusa y variable, tenía que ser superada por el Tribunal Supremo. Pues bien, así ha sido⁴². El Tribunal Supremo, pues, ha sabido emplear la *analogia juris* para hacer Justicia, con mayúsculas, y para dotar de certeza legal y seguridad jurídica a la cuestión de la pensión de viudedad de las posibles varias esposas de un mismo viudo cotizante.

⁴¹ J. OSTER, “Public policy and human rights”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, 2015, pp. 542-567.

⁴² P. JUÁREZ PÉREZ, «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *REEI* (www.reei.org), 2012, p. 41.

36. El Tribunal Supremo nos enseña que, en Derecho internacional privado, la Justicia se contiene en la solución recogida en las normas de conflicto españolas. Nos enseña también la excepción (= el orden público internacional) no debe devorar de modo completo la regla general (= la norma de conflicto). Nos indica que lo justo es que una persona legalmente casada en un país sea considerada como legalmente casada también en otro país y que sólo en casos excepcionales ello no debe ser así. Nos enseña el Tribunal Supremo, en suma, que el Derecho internacional privado está al servicio de las personas, que es una fascinante rama del Derecho cuyo máximo objetivo es procurar que los derechos de las personas, como el derecho de una mujer a cobrar una pensión de viudedad generada por los servicios que su marido prestó a España, no se vean perjudicados por la división del mundo en un conjunto de Estados soberanos que disponen de diferentes ordenamientos jurídicos con diferentes valores. El Tribunal Supremo recuerda que, en Derecho internacional privado, la Justicia sólo puede realizarse con atención al caso concreto. Se trata, en definitiva, de una sentencia decididamente valiente, decididamente justa. Es la victoria de las viudas de la poligamia del que fuera el Sáhara español.

UNA LECTURA CRÍTICA DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES A LA LUZ DE LA DIRECTIVA 2003/86/CE Y DE LAS NORMAS ESPAÑOLAS DE EXTRANJERÍA*

A CRITICAL VIEW TO RESTORING FAMILY LEGAL TIES IN THE COUNCIL DIRECTIVE 2003/86/EC AND IN THE SPANISH IMMIGRATION LAW

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Profesora Titular de Derecho internacional privado

Universidad Nacional de Educación a Distancia

ORCID ID: 0000-0002-4574-341X

Recibido: 12.07.2018 / Aceptado: 27.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4397>

Resumen: La salvaguarda del derecho a la vida en familia, tal y como se recoge en los instrumentos internacionales de Derechos humanos, inspiran las condiciones de ejercicio de la reagrupación familiar. En la tramitación de las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar, los Estados miembros cuentan con dos mecanismos que permitirían limitar el acceso al territorio de los miembros de la familia: (1) mediante el establecimiento de condiciones materiales subjetivas y objetivas para la entrada en el territorio (problema típico de derecho de extranjería o migratorio); (2) mediante el control de la validez de los vínculos familiares preexistentes (problema típico del Derecho internacional privado). El examen crítico de la interacción de ambos mecanismos y su análisis a la luz de la Directiva 2003/86/CE y de las normas españolas sobre reagrupación familiar (LO 4/2000 y RD 557/2011) es el objetivo de este trabajo.

Palabras clave: reagrupación familiar, nacionales de terceros países, reconocimiento de los vínculos familiares, límites materiales de las normas de extranjería, interacción de las normas de Derecho internacional privado, Directiva 2003/86/CE, Derecho español de extranjería (LO 4/2000; RD 557/2011).

Abstract: One of the fundamental issues to implement legal measures concerning family reunification in the European Member States is to protect the family unit and respect family life, safeguarded by many instruments of international law. Administratively, in accordance with the integration policies of Member States, two mechanisms can be applied to restrict the potential access of a family member to the new territory. One, through stand still and status quo clauses (typical matters concerning migration law). Two, in international family law, interactions with the complexities of private international law (PIL) are unavoidable, which can be decisive on entry and exiting decisions concerning family regrouping. This paper provides a critical evaluation of both matters in light of the Council Directive 2003/86/CE and the Spanish regulation for family reunification.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (EAE)”. IP: Francisco Javier Matía Portilla. Universidad de Valladolid. Ref: DER2016-75993-P, 2017-2020. Recoge en lo esencial la ponencia impartida el 31 de mayo de 2018 en el marco del Congreso sobre Protección de menores en Derecho internacional privado celebrado en la Universidad de Murcia los días 31/05 y 01/06 bajo los auspicios del Grupo Accursio DIP y la Facultad de Derecho de la citada universidad. Agradezco a los profesores Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González sus enriquecedores comentarios.

Keywords: family reunion of third-country nationals, limits to recognize the existence of family ties, restrictive measures, *stand still clause*, *status quo clause*; interaction of private international law rules; Directive 2003/86/CE, Spanish Immigration Law.

Sumario: I. Introducción. II. Límites materiales a la “reconstitución” de la familia inmigrante en el territorio de acogida. 1. Los (discutidos) criterios de integración de la Directiva europea: cláusulas *stand still* y *de emplazamiento*. 2. Manifestaciones del criterio de integración del reagrupante en las normas españolas de extranjería. A. En la duración de la residencia. B. En los medios económicos y vivienda. III. La dislocación de los vínculos familiares y el control de validez documental. 1. El cónyuge. 2. La pareja de hecho. 3. Los hijos. 4. Los ascendientes. IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La articulación de los vínculos de parentesco de los nacionales de terceros países que pretenden entrar en el territorio de un Estado miembro por la vía de la reagrupación familiar es una cuestión no exenta de polémica y discusión académica tanto en el ámbito sociológico como en el jurídico¹. La doctrina ha venido entendiendo que la configuración jurídica de la familia inmigrante objeto de reagrupación estructura los lazos familiares actuando en un doble nivel de intervención normativa².

2. Un primer nivel de intervención actúa sobre el diseño de la familia “ideal” objeto de reagrupación (problema típico del Derecho de extranjería). Se *quiere y re-quiere* un modelo tradicional y no ampliado de familia; es decir, *una* familia que se identifica con la familia nuclear europeo-occidental (cónyuge o pareja registrada + hijos menores de edad). Excepcionalmente, se permite una ampliación controlada de la familia al incluir a los *ascendientes dependientes* del reagrupante y *no competitivos* en el mercado laboral del país de acogida. Las normas materiales de extranjería van a definir, entonces, los perfiles de los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación (*quién es cónyuge, quién es pareja, quién es hijo, quién es ascendiente*). Un segundo nivel opera en el plano del reconocimiento de los vínculos jurídicos de esa familia. De nuevo, *quién es cónyuge, quién es pareja, quién es hijo* puede ser puesto en cuestión. La prueba documental de la relación y la validez de los vínculos familiares es inevitable (problema típico de Derecho internacional privado, en adelante DIPr).

¹ La bibliografía es particularmente extensa. Una aproximación en: A. REA/M. TRIPIER, *Sociologie de l’immigration*, La Découverte, París, 2003, esp. pp. 107-109; S. SASSEN, “Regulating Immigration in a Global Age: A New Policy Landscape”, *Parallax*, vol. 11.1, 2005, 35-45; M. REQUENA / M. SÁNCHEZ, “Las familias inmigrantes en España”, *Revista Internacional de Sociología*, Vol. 69(1), 2011, pp. 79-104. Los debates de la época pueden consultarse en: EUROPEAN MIGRATION DIALOGUE, *Current Immigration Debates in Europe* (J. NIESSEN/Y.SCHIBEL/C. THOMPSON, Eds.), “Preface and Introduction”, September 2005. Aunque los ámbitos de aplicación de una y otra Directiva sean diferentes existen algunas confluencias que la doctrina ha analizado. Sin ánimo exhaustivo véase: J. M. CORTÉS MARTÍN, “Ciudadanos de la UE vs. nacionales de terceros países. Sobre la incipiente convergencia interpretativa del Derecho europeo a la reagrupación familiar”, *Revista General de Derecho Europeo*, Núm. 26, 2012, pp. 1-58; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de estudios Internacionales*, Núm. 35, 2018; P. JIMÉNEZ BLANCO, “Cap. VI. Entrada y residencia por vida familiar”, en *Régimen jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE* (P. RODRÍGUEZ MATEOS/P. JIMÉNEZ BLANCO/A. ESPINELLA MENÉNDEZ, Dirs.), Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 289-326; D. MARÍN COSARNAU, *La reagrupación familiar en el régimen comunitario*, J. Bosch, Ed., 2010, esp. pp. 39-50; M. MOYA ESCUDERO, “Un código de derechos para los nacionales de terceros estados residentes legales en la UE. Un avance en derecho antidiscriminatorio”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, Núm. 34, 2017; M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La reagrupación familiar de los extranjeros en el Derecho comunitario de la Inmigración. Algunas contradicciones en las esferas de la libre circulación de personas”, *El Derecho de familia ante el Siglo XXI* (A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ, Dirs.), Colex, 2004, pp. 819-84; Id., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Thomson Aranzadi, 2006, p. 185.

² Siguiendo a E. LA PINA, “La reestructuración ideal de las familias migrantes en la Ley de extranjería”, *Athena Digital*, 13(3), 2013, 137-148; La autora hace referencia a los estudios de D. FAHY BRYCESON / U. VUORELA (2002), Chapter 2. “Europe’s Transnational Families and Migration: Past and Present”, *The Transnational Family: New European Frontiers and Global Networks*, Berg/Bloomsbury, Eds, pp. 31-59 y J. CARENS (2003). “Who Should Get in? The Ethics of Immigration Admissions”, *Ethics & International Affairs*, 17(1). Idea ya avanzada en mis trabajos sobre la materia, en particular: M. VARGAS GÓMEZ URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, *op.cit.*, pp. 35-61.

3. En la aplicación de este “doble control” no cabe olvidar que la protección jurídica de la familia migrante, en particular en presencia de menores, está sujeta al respeto a la *vida privada y familiar* según los estándares de derechos humanos convencionales y europeos. Esta protección ha de quedar garantizada en las normas nacionales y procedimientos consulares y policiales (administrativos) arbitrados para el control de entrada (visados) y el acceso a la residencia (autorizaciones y renovaciones) *de la familia objeto de reagrupación y de integración*. Desde esta perspectiva, la *reconstitución* de “ese” modelo de familia que se desea *recibir e integrar* no puede vulnerar el derecho al respeto a la *vida familiar preexistente* consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales (CEDF). Sin embargo, las legislaciones nacionales pueden establecer límites a ese derecho por razones de seguridad pública y salud pública y por motivos económicos establecidos legalmente (art. 8.2 CEDH y art. 24.3 CEDF). Las normas europeas sobre reagrupación familiar (Directiva 2003/86/CE³) y las normas nacionales pueden, por consiguiente, establecer condiciones de acceso al territorio (visados) y a la residencia (renovaciones) para todos y cada uno de los miembros de la familia⁴. Límites que habrán de examinarse y aplicarse a la luz la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TEDH y TJUE, respectivamente).

4. En este trabajo abordaremos ese doble nivel de control jurídico-administrativo de los vínculos familiares en el escenario de la reagrupación familiar a la luz de las normas de extranjería y, eventualmente, de las normas de Derecho internacional privado. Esta interacción puede darse, por ejemplo, cuando la autorización administrativa para la expedición del visado de reagrupación dependa de la acreditación de la validez del vínculo matrimonial preexistente o de la prueba de la disolución del vínculo conyugal realizado en un “procedimiento jurídico” en el extranjero. Cuestiones relativas a la validez probatoria del documento extranjero que pretende sustentar la “realidad” de la relación jurídica familiar son resueltas por nuestros tribunales con un alcance no siempre homogéneo.

5. En la práctica observamos que el valor jurídico de la integración puede quedar severamente comprometido por una comprensión diferente según se observe desde las normas de extranjería, que recogen una determinada política de integración, y las normas de conflicto sobre el estatuto personal en sentido amplio⁵. Sostenemos que para la salida del laberinto se precisa una visión de mayor alcance; una visión no enfocada ciegamente en la *dislocación* de la familia extranjera *en aras de la integración* sino consciente de que el valor de la integración puede preservarse igualmente contemplando el juego de las

³ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (en lo sucesivo Directiva 2003/86 o Directiva sobre reagrupación).

⁴ En España, el régimen jurídico de la reagrupación familiar de los extranjeros nacionales de terceros países se regula en los artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo, LOEx) y en los artículos 52 a 61 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 (en adelante, RLOEx). Además, han de tomarse en consideración las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración. En particular, la relativa a la reagrupación familiar de menores e incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal (DGI/SGRJ/01/2008); la que aclara la situación del acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles o residentes extranjeros basado en el documento denominado “kafala” (DGI/SGRJ/06/2007); la que indica la acreditación de la disposición de vivienda adecuada en los procedimientos administrativos de reagrupación familiar (DGI/SGRJ/04/2011); la relativa a la constancia del informe gubernativo previo en los expedientes de autorización de residencia y en particular el del art. 53.1.i) RLOEx (DGI/SGRJ/09/2008); la relativa a la aportación de documentos extranjeros en los procedimientos en materia de extranjería (DGI/SGRJ/06/2008).

⁵ En las normas de extranjería sobre reagrupación familiar la integración se concibe como un criterio funcional que pone el acento en la incorporación del extranjero al mercado de trabajo y la duración de la residencia. Esta orientación funcional no es, sin embargo, el único parámetro indicador de la integración del extranjero. De hecho, en el arraigo familiar, expediente extraordinario que permite regularizar administrativamente situaciones en las que el extranjero carece de autorización de residencia (art. 124 RD 557/2011), el criterio de integración mira hacia los vínculos familiares del extranjero en España y el tiempo de permanencia en nuestro país. Sobre esta cuestión, mi trabajo, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España, op.cit.* pp. 269-272 (específicas para el concepto en sede de las normas de extranjería sobre reagrupación familiar); pp. 284-289 (específicas para la noción de integración en las normas del Código civil regulatorias de la adquisición de la nacionalidad española por residencia); y, pp. 299-309 (específicas para el concepto en sede conflictual-estatuto personal).

normas de conflicto y su comprensión *in favor integrationis*⁶. Ello implica incorporar en el análisis las variables del respeto a la vida en familia y el principio del interés superior del menor.

El análisis se articula en torno a dos ideas: primera, partiendo del criterio de integración pre-diseñado por la normativa europea (Directiva 2003/86/CE) se examinan los límites materiales o “restricciones autorizadas” para la *reconstitución* de la familia en el territorio de acogida y su plasmación en la normativa española (apartado II); segundo, la *dislocación* de los vínculos familiares en la familia objeto de reagrupación se examina a la luz de las normas de extranjería (art. 17 LOEx y correlativos RLOEx) y la interpretación jurisprudencial a la luz del control documental de estos por las autoridades gubernativas y consulares.

II. Límites materiales a la “reconstitución” de la familia inmigrante en el territorio de acogida

1. Los (discutidos) criterios de integración de la Directiva europea: cláusulas *stand still* y de *emplazamiento*

6. Durante la negociación de la Directiva 2003/86/CE el establecimiento de un criterio de integración fue un elemento crucial para los Estados miembros. Afirmamos que es el valor jurídico de la integración, tal y como se entiende por los Estados miembros y se refleja en la Directiva, la clave sobre la que se reconstituiría la familia objeto de reagrupación. Su manifestación en las normas nacionales no estuvo exenta de críticas ni tampoco su propia expresión en las normas de la Directiva que fue cuestionada, ante el Tribunal de Justicia, por su (posible) contrariedad con el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En otras palabras, el criterio de integración y su verificación por las autoridades permitirá excluir de la reagrupación determinados vínculos familiares perfectamente legítimos de acuerdo con la ley aplicable al estatuto familiar (por ejemplo, familias poligámicas) y de manera muy especial permitirá limitar la reagrupación familiar de los hijos menores de edad. Esta idea no era desconocida por algunas legislaciones nacionales (Austria, Alemania, Finlandia y Holanda ya limitaban la reagrupación familiar por razón de la edad de los menores a la luz del criterio de integración). La Directiva lo contemplará en dos de sus artículos más polémicos al permitir que las autoridades nacionales puedan limitar la edad de los hijos (art. 4, apartado 1, último párrafo y en el apartado 6) o ampliar los periodos de espera (art. 8).

7. Ambas disposiciones responden a concreto método de armonización legislativa que plasma en la Directiva y que fue útil en la consecución de las negociaciones si bien dejó abierto un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros. Y es que, cuando en el espacio europeo se intenta armonizar las legislaciones nacionales mediante Directivas, se corre el riesgo de que los Estados miembros utilicen la normativa europea para adaptar sus legislaciones internas en términos más restrictivos. Si la normativa afecta a los derechos humanos, como ocurre con la reagrupación familiar al estar comprometido el derecho a la vida en familia de los extranjeros concernidos, el riesgo se acentúa.

⁶ La Comunicación de la Comisión Europea de 2015 relativa a una Agenda Europea de Migración subrayó que la política de migración únicamente tendrá éxito si se sustenta en una *política de integración eficaz*. En el Plan de acción sobre la integración de 2016, la UE estableció medidas para incentivar y apoyar a los Estados miembros en sus esfuerzos por fomentar la integración de los nacionales de terceros países, entre las que figuran la financiación y los instrumentos específicos dedicados a la cohesión social y económica en todos los Estados miembros. Recientemente la Comisión presentó una Guía o herramientas para ayudar a los países de la UE a determinar los recursos de que dispone la UE y diseñar estrategias y proyectos de integración de los migrantes. Los elementos relevantes son: empleo, educación, vivienda, admisión y acceso a los servicios básicos. Del Consejo de Europa, el documento *Time for Europe to get migrant integration right*, mayo 2016, pp. 15 ss. hace notar que la reagrupación familiar es uno de los principales factores de política legislativa para la integración de nacionales de terceros países en los Estados de acogida. Sin embargo, los procedimientos para lograr la reunión de las familias son cada día más complejos y burocráticos. En particular, el Estudio señala: retrasos injustificados en la tramitación de los expedientes, discrecionalidad administrativa en la valoración de la prueba de los requisitos acreditativos de la condición de familiares y retrasos injustificados a las autorizaciones de reunión familiar en las familias de refugiados y solicitantes de protección internacional).

8. Para conjurar parcialmente esta “tentación” se emplean dos cláusulas de distinto alcance. La primera, contenida en el artículo 4.1 último párrafo, y conocida como *cláusula de mantenimiento del statu quo* o cláusulas *stand still*, tiene una función armonizadora aparentemente positiva. Una cláusula de este tipo no permite a los Estados miembros armonizar “a la baja” sus normas de extranjería que establecen las condiciones de reagrupación respecto de los menores. Ahora bien, agrega una condición “si no estuvieran previstas por la legislación interna antes de la fecha de aplicación de la misma”. Dicho en otros términos, la cláusula *stand still* no impide a los Estados miembros anticiparse a modificar su normativa interna para hacerla más restrictiva de acuerdo con la Directiva. De donde, al cobijo de la norma europea armonizadora por venir nada impedía a los Estados miembros rebajar su nivel interno o nacional de protección respecto de los menores beneficiarios de la reagrupación familiar (España no hizo uso de esta posibilidad). La segunda, reflejada en el artículo 8 (tiempo mínimo de residencia para solicitar la reagrupación) es una *cláusula de emplazamiento* cuya función es permitir a los Estados miembros volver a negociar aquellas disposiciones respecto de las que no se pudo conseguir una completa armonización. Justamente el tiempo mínimo de residencia exigido al reagrupante y establecido en la Directiva fue uno de esos preceptos claves “para la integración” y que formaba parte del núcleo duro de las negociaciones. Lo acordado fue admitir un reexamen del artículo 8 de la Directiva pero no con carácter inmediato sino a partir de los dos años de su aplicación (España no ha hecho uso de esta cláusula).

9. *Las cláusulas stand still y la edad de los menores.* Este artículo contiene dos polémicas limitaciones al derecho a la reagrupación familiar de los menores en función de su edad. El apartado 1 último párrafo del citado precepto permite que “cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la Directiva, puede verificar *si cumple algún criterio de integración*”. Y, el apartado 6 permite a los Estados miembros “exigir excepcionalmente que las solicitudes relativas a la reagrupación familiar de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes a la fechas de aplicación de la presente Directiva”⁷. En el caso de que las solicitudes se presenten después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción “deben autorizar la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación” (frase final del precepto).

El problema que plantea esta norma es su compatibilidad con la protección de la vida en familia. La cuestión llegó al Parlamento europeo donde se discutió la compatibilidad de estas restricciones con el estándar de derechos fundamentales. Ni el Consejo y ni la Comisión veían contrariedad alguna con el estándar europeo de los derechos humanos pues entendían que la vida en familia como derecho no quedaba comprometido sino que se trataba de un requisito de integración necesario para que la familia migrante pudiera estar mejor preparada para ajustarse a los estándares cívicos del Estado de acogida y “no vivir aislado”. En relación con el apartado 6 se entendía que su finalidad es favorecer la llegada de los hijos lo antes posible pues ello fomenta la integración en el Estado de acogida. El límite de edad (12-15 años) se guía por la escolarización obligatoria.

El tiempo ha demostrado que la ambición de integración no se impone ni se logra según los parámetros de ciudadanía cívica de los Estados miembros.

10. *La cláusula dead line o de emplazamiento y la duración de la residencia (art. 8).* Este precepto confiere a los Estados miembros la posibilidad de requerir del reagrupante un período de residencia legal de dos años antes de permitir la reagrupación de su familia. El párrafo segundo permite

⁷ Respecto de los hijos mayores de quince años, el límite de edad tiene una naturaleza distinta al límite de edad de los doce años. Básicamente, se aplica a todas las familias y a todos los supuestos de reagrupación tardía de los hijos, bien porque no se ha podido antes bien porque habiéndose intentado no se han podido cumplir todos los requisitos y la solicitud ha sido denegada. Sucede entonces que las familias no pueden determinar libremente el momento en que quieren hacer venir a sus hijos. La interpretación del precepto debe hacerse a la luz del artículo 17 de la Directiva: cualquier denegación (de solicitudes, renovaciones o devoluciones) ha de tomar en cuenta la naturaleza y la solidez de los vínculos familiares del interesado y la duración de su residencia en el Estado miembro, así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con su país de origen. Además, los Estados miembros deben velar por que se tenga debidamente en cuenta el interés mejor del menor (art. 5.5). Finalmente, los conceptos de la Directiva deben interpretarse de manera que las normas nacionales de adaptación dejen un “margen de maniobra” adecuado para poder cumplir lo dispuesto en los citados artículos.

incluso establecer un período de espera de tres años contados a partir de la presentación de la solicitud de reagrupación familiar “cuando la legislación en materia de reagrupación familiar vigente en un Estado miembro en la fecha de adopción de la Directiva tenga en cuenta su capacidad de acogida”. El enfoque de este periodo de espera generó igualmente la duda de su compatibilidad con los estándares europeos de respeto a la vida en familia. El acuerdo se logró convirtiendo el precepto en “una cláusula de emplazamiento”. Sin embargo, el Parlamento consideró que este régimen de periodos de espera no era respetuoso con el respeto a la vida en familia preexistente. El Consejo defendió estos periodos de espera como un instrumento habitual de la política de inmigración y conformes a Derecho.

11. La cuestión quedó dirimida por el TJCE en su sentencia de 27 de junio de 2006⁸ (Asunto C-540/03). Con desestimación del recurso interpuesto por el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia entendió que ambas disposiciones respetan los derechos fundamentales y, en concreto, garantizan el respeto a la vida familiar, la obligación de tener en cuenta el interés superior del menor y el principio de no discriminación por razón de edad. En su argumentación el Tribunal realiza algunas consideraciones de importancia para la adecuada interpretación de la Directiva y su “correcta” transposición y aplicación por parte de las autoridades nacionales de los Estados miembros.

12. En primer lugar, respecto del artículo 4, apartado 1 último párrafo, recuerda que la Directiva “impone” a los Estados miembros *obligaciones positivas* precisas y que el margen de apreciación *limitado* que les reconoce no difiere del criterio que el TEDH sigue en su jurisprudencia. Ello significa que para ponderar los intereses en conflicto los Estados miembros habrán de tener en cuenta la interpretación del art. 8 del CEDH. De donde cabe deducir que ese margen de apreciación no es absoluto y que cualquier limitación nacional respecto del derecho a la reagrupación familiar de los menores concernidos basadas en la no superación del criterio de integración habrá de ser motivada a la luz de la interpretación del TEDH.

13. En segundo lugar, por lo que hace a la conformidad del apartado 6 del mencionado artículo 4, el razonamiento del Tribunal de Justicia aclara que “no puede interpretarse esta disposición en el sentido de que prohíbe a los Estados miembros tener en cuenta una solicitud relativa a un hijo mayor de 15 años o les autorice a no hacerlo” (Considerando 85). Aclara que carece de relevancia que la citada disposición diga que los Estados miembros que decidan hacer uso de la excepción deban autorizar la entrada de los hijos que hayan cumplido los 15 años “por motivos distintos de la reagrupación familiar”. El Tribunal recuerda que, en el contexto de la Directiva, la expresión reagrupación familiar debe interpretarse en el sentido de que se refiere a la *reagrupación familiar en los supuestos en que la Directiva obliga a permitirla. No puede ser interpretada en el sentido de que prohíbe a un Estado miembro que ha aplicado la excepción autorizar la entrada y la residencia de un hijo para permitirle reunirse con sus padres* (Cdo. 86).

14. Finalmente, sobre el artículo 8, el Tribunal señala que esta excepción no impide *toda* reagrupación familiar sino que admite un *margen de apreciación limitado*. En cuanto a su alcance indica que deben cerciorarse de que la reagrupación familiar “se producirá en buenas condiciones, después de que el reagrupante haya residido en el Estado de acogida durante un período suficientemente prolongado para presumir una instalación estable y cierto grado de integración” (Cdo. 98); y que la duración de la residencia del reagrupante previa a la solicitud es *solo uno* de los elementos a tener en cuenta en el examen de las peticiones.

⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de junio de 2006 (C-540/03). ECLI: EU:C:2006:429. Para una crítica doctrinal a la sentencia, véase, entre otros: A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “La transposición de las Directivas de la Unión Europea sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *Documentos CIDOB. Serie Migraciones*, 2006, pp. 18 ss. E. GÓMEZ CAMPELO, “La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Revista Española del Tercer Sector*, Núm. 12, Madrid, 2009, pp. 73-100. E. PÉREZ MARTÍN, “El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, Núm. 1, 2007, p. 9 ss.

2. Manifestaciones del criterio de integración del reagrupante en las normas españolas de extranjería

A. En la duración de la residencia

15. En la reagrupación familiar el concepto de residencia del reagrupante tiene un alcance especial al ser considerado uno de los elementos de integración en la Directiva. El artículo 18.1 LOEx recoge el derecho a reagrupar en los siguientes términos: los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar *cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los ascendientes que sólo podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.*

16. Ser titular de una autorización de residencia es condición *sine qua non* para que el extranjero pueda solicitar la reagrupación de sus familiares en España. De acuerdo con los límites autorizados por la Directiva, el legislador español ha fijado un periodo temporal de espera de un año en posesión de la tarjeta más la obtención de la primera renovación. En la práctica por consiguiente, se consolida una espera de casi dos años. Si observamos la norma comunitaria, se trata de que el reagrupante pruebe que tiene una perspectiva fundada de obtener un derecho de residencia de larga duración en el Estado de acogida. Por regla general, las renovaciones de la primera residencia temporal en España se extienden a dos años. El permiso sigue siendo temporal aunque la perspectiva de obtener una residencia de larga duración (a partir del quinto año) se entienda conseguida con la residencia temporal de un año más la autorización renovada por dos años más⁹.

¿Pueden los extranjeros reagrupados ejercer a su vez la reagrupación (“reagrupación en cadena”)? La Ley de extranjería, aunque no prohíba a los extranjeros reagrupados ejercer a su vez el derecho de reagrupar a sus familiares, lo condiciona bien a una autorización independiente, en el caso del cónyuge y los hijos, bien a una autorización de larga duración, en el caso de los ascendientes reagrupados, siempre que en ambos casos acrediten el resto de los requisitos previstos en la Ley (art. 17.2 LOEx).

En consecuencia, el presupuesto general que marca la imposibilidad de reagrupación por parte del reagrupado-reagrupante es la naturaleza del primer permiso de residencia o, dicho de otro modo, la especial naturaleza del permiso de residencia que se obtiene en virtud de la reagrupación familiar –absolutamente dependiente de la autorización de residencia del extranjero reagrupante– que inhabilita al reagrupado a ejercer *ab initio* el derecho a reagrupar. Tratándose de ascendientes, la exigencia es haber obtenido la residencia de larga duración y acreditar solvencia económica. Sólo excepcionalmente podrá eximirse de la residencia de larga duración a estos ascendientes (reagrupados-reagrupante). El supuesto es muy concreto, cuando tenga a su cargo uno o más hijos menores de edad o hijos con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer sus propias necesidades debido a su estado de salud¹⁰.

B. En los medios económicos y vivienda

La Ley y el Reglamento de extranjería exigen al reagrupante acreditar recursos económicos y vivienda adecuada.

17. *Recursos económicos.* Con carácter general se exige al reagrupante probar que dispone de medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada (art. 18.2 LOEx *in fine*). En relación a la cuantía de los medios de vida y su evaluación ha de ser conforme a la Directiva. Esta indica que “se hará en función de su naturaleza y de su regularidad y podrá tenerse en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia”. El Reglamento concreta esta cantidad teniendo en cuenta el número de personas que el solici-

⁹ Sobre el titular residente y la discusión en la negociación de la Directiva, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “El régimen jurídico de la reagrupación familiar”, *op. cit.*, pp. 148 ss.

¹⁰ M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “CAPÍTULO 2. ENTRADA EN ESPAÑA”, EN VV.AA. *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 87.

tante interese reagrupar y teniendo en cuenta además el número de familiares que ya conviven con él en España, a su cargo:

- En caso de unidades familiares que incluyan computando al rea-grupante y al llegar a España la persona reagrupada (dos miembros) se exigirá una cantidad que represente mensualmente el 150% del IPREM.
- En caso de unidades familiares que incluyan computando al reagrupante y al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas: una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional.

La STS de 18 de junio de 2018 señala que en las renovaciones de residencia ha de tomarse en consideración los recursos económicos del conjunto familiar.

18. Vivienda adecuada. También el artículo 18.2 LOEx se refiere a este requisito material cuando señala que el reagrupante deberá aportar la prueba de que dispone de un alojamiento adecuado.

¿Qué debe entenderse por vivienda adecuada y cómo se prueba la disposición del alojamiento a efectos de obtener la autorización de reagrupación? La evaluación del criterio adecuada plantea algunos problemas. Ante todo, conviene recordar que una interpretación conforme a la Directiva no permite que los criterios establecidos por las legislaciones nacionales sean discriminatorios; es decir, no pueden ser más estrictos que los establecidos para una vivienda considerada normal en la misma región. Además, la Directiva exige que se trate de criterios objetivos, en el sentido de ser posible su verificación. El Reglamento español exige adjuntar, cuando se solicite la autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares, un informe expedido por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma del lugar de residencia del reagrupante a los efectos de acreditar que cuenta con una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia. También tienen competencia para emitir el Informe la Corporación local en la que el extranjero tenga su lugar de residencia, cuando así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma. El informe (ya sea de la Comunidad Autónoma ya de la Corporación local) habrá de ser emitido y notificado al interesado en el plazo de treinta días desde la fecha de la solicitud. Simultáneamente y por medios electrónicos, deberá dar traslado del informe a la Oficina de Extranjería competente. Si el informe no se emite en plazo, el interesado podrá justificar el requisito de la vivienda adecuada por cualquier medio de prueba admitido en Derecho (normalmente mediante Acta Notarial). Es importante destacar el contenido del informe que debe recoger al menos los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento¹¹.

III. La dislocación de los vínculos familiares y su control de validez documental

1. El cónyuge: matrimonio válido, preexistente y efectivo

19. El artículo 17 LOEx se refiere al cónyuge (apartado 1) y a la pareja de hecho (apartado 4) del siguiente modo:

1. a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que

¹¹ *IDEM.*, p. 88.

correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia. En la disolución por nulidad, deberán haber quedado fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes, así como la indemnización, en su caso.

4. La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equiparará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

20. En el matrimonio pueden concurrir especiales situaciones de las que han de ocuparse las normas de extranjería y para cuya solución, en ocasiones, habrá de acudir a las normas de DIPr. Es cierto que las normas de extranjería van a evitar en lo posible la acción de las normas de DIPr acudiendo a la técnica de reglamentación material. Recurrir a esta técnica para determinar quiénes son los miembros de la familia beneficiarios de la reagrupación no es en absoluto ilógico. Es, además, el método seguido por las normas europeas relativas a la libre circulación de personas cuyas nociones (cónyuge, hijos, ascendientes, etc.) vienen siendo interpretadas, caso a caso, por el TJUE y también por nuestros tribunales. La ventaja de esta técnica material es indudable en la medida en que el legislador podrá resolver el surgimiento de *cuestiones previas* determinando, por ejemplo, quiénes son menores de edad (se fija la edad concreta) o prohibiendo la cohabitación *more poligámico* (se limita la reagrupación a un cónyuge). Desde esta óptica no cabe duda que la reglamentación directa se adapta mucho mejor a las diversas relaciones familiares que se dan en la inmigración familiar¹².

La reagrupación del cónyuge no es automática, pues, en prevención de “matrimonios blancos” se controlará que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. Terminantemente se excluye del beneficio de la reagrupación a varias esposas pues en ningún caso podrá reagruparse a otro cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita la poligamia. En el supuesto de que el extranjero reagrupante se encuentre casado en segundas nupcias, la reagrupación del cónyuge exige mayores cautelas no sólo en lo relativo al procedimiento de separación del anterior matrimonio sino también en relación con la situación en que haya quedado el cónyuge anterior (ahora divorciado) y los hijos en relación con las pensiones, alimentos y disponibilidad de la vivienda.

Así pues, el matrimonio del reagrupante puede examinarse desde tres situaciones. Primera situación, que se trate de un matrimonio de conveniencia (incluidos los matrimonios concertados y forzados que si bien no son equiparables, plantean el problema de la inexistencia del consentimiento matrimonial). Segunda situación, que se trate de un matrimonio poligámico. Tercera situación, que se trate de un matrimonio celebrado en segundas o posteriores nupcias.

21. Primera situación: *los matrimonios de conveniencia*. El punto de partida en el plano de la reagrupación familiar es que el el matrimonio *existe* para permitir la vida marital y mantener la vida familiar en el territorio de acogida¹³. Si el matrimonio careciere de toda apariencia matrimonial “no existirá”, esto es, no será percibido -desde la óptica del Derecho español de extranjería- como una relación matrimonial *apta* para la reagrupación familiar. Si estamos de acuerdo en lo anterior, la comprensión del artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería habría de hacerse así: la ausencia de convivencia marital supondrá la denegación de la petición del visado de residencia por reagrupación si los cónyuges están separados (de hecho o de derecho). En otros términos, la reagrupación deviene innecesaria cuando se constate que los cónyuges habían dejado de hacer vida familiar efectiva en el país de origen. Una interpretación conforme a la Directiva avala esta postura¹⁴.

La doctrina y la jurisprudencia española -ante la presunción de falta de convivencia previa- enfocan el análisis desde la perspectiva de los elementos que pueden configurar un matrimonio de complacencia; ello es debido a la idea de “matrimonio bajo sospecha” que inspira el precepto. Ello no empece que los tribunales toman en consideración el principio fundamental del derecho a vida en familia: “la

¹² Sobre esta problemática, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, *op.cit.*, p. 211.

¹³ Principio común a la totalidad de las legislaciones nacionales de los Estados miembros y derivado de la Directiva.

¹⁴ En efecto, la norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y residencia (y, en su caso, retirar los permisos concedidos o no renovarlos) cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia *no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva* [art. 16.1 inciso b)].

reagrupación familiar, como derecho subjetivo que es, sólo puede desconocerse sobre la base de sólidas razones pues es un derecho subjetivo de la mayor trascendencia”¹⁵.

Si el matrimonio es de complacencia el fundamento esencial de la reagrupación (mantenimiento de la unión conyugal como comunidad de vida) desaparece. La consecuencia administrativa es la denegación de la concesión del visado (art. 57.3 inciso a) RLOEx) y, en su caso, la no renovación de las autorizaciones de residencia (art. 61.4 b) RLOEx).

El análisis de los aspectos jurídicos del fraude en el consentimiento matrimonial muestra que prevenir la celebración de matrimonios fraudulentos en materia de reagrupación familiar es mucho más sutil y difícil. En efecto, ¿cómo probar a posteriori *que un matrimonio ya celebrado en el extranjero entre extranjeros —que no requiere inscripción en el Registro Civil español— es nulo por simulación del consentimiento matrimonial?* Por una parte, en la búsqueda de pruebas no es posible eludir el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE) y el *ius nubendi* como un derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución (art. 32) y en diversos instrumentos internacionales que vinculan a España. Por otro lado, no actuar contra los matrimonios simulados en el contexto del derecho de extranjería y otorgar efectos a un matrimonio meramente instrumental, burlaría las normas relativas a la entrada y a la residencia establecida por el derecho interno y podría generar, posteriormente, graves problemas de derecho privado familiar.

22. En el Derecho español el estudio y análisis de la sanción del fraude se realiza tomando en cuenta si el matrimonio ha de inscribirse o no en el Registro Civil y a la luz de la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006. El control de fraude en el supuesto de matrimonio inscribible en el Registro civil español se realiza por el Encargado del RC en el expediente previo al matrimonio a la inscripción en su caso. Sin embargo, los matrimonios “celebrados en fraude” a los que parece referirse el artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería —por no afectar a españoles ni haberse constituido en España— serán ajenos al tráfico registral español. En principio puede afirmarse que el matrimonio como tal matrimonio carece de interés y, en este sentido, la doctrina los califica como matrimonios que en sí mismos no son objeto de preocupación, aunque puedan cobrar relevancia como cuestión conexa a otro negocio jurídico (*v. gr.* contratos, filiación, sucesiones).

Pues bien, sostenemos que la realidad jurídica de los matrimonios de complacencia no opera en el Derecho de extranjería (ante la reagrupación familiar) de igual modo que en el Derecho registral. Y es que, la valoración de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero que sirven de base para otorgar un visado por reagrupación familiar viene determinada por la conjunción de dos elementos: de un lado, la definición comunitaria de matrimonio de conveniencia contenida en la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que habrán de adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos¹⁶; y de otro lado, la jurisprudencia que toma en consideración “el hecho cultural diferencial” y las costumbres del país de origen en torno a la concertación de los compromisos matrimoniales. Además, la autoridad competente que controlará la realidad del consentimiento matrimonial o su carácter fraudulento es el cónsul español en el momento en que deba expedir el visado por reagrupación. Consecuentemente, las autoridades consulares españolas carecen de toda competencia para controlar el acto jurídico fraudulento en el momento de la celebración del matrimonio y el margen para la prevención (*a priori*) del fraude es particularmente estrecho: sólo en un

¹⁵ Entre otras, STSJ Madrid, de 6 de mayo de 2003, de 16 de junio de 2003 y de 23 de septiembre de 2002.

¹⁶ En relación con la definición de la Resolución del Consejo de la Unión Europea, su artículo 1º establece: “Con arreglo a la presente Resolución se entenderá por matrimonio fraudulento, el matrimonio de un nacional de un Estado miembro o de un nacional de un tercer país que resida regularmente en un Estado miembro con un nacional de un tercer país con el fin exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional de un tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado miembro”. Este concepto comunitario abarca el supuesto que interesa a nuestro estudio: necesariamente habrá de intervenir un nacional de un tercer país (no miembro de la UE) que celebre matrimonio con un nacional de un tercer país en situación regular, con el objetivo exclusivo de eludir las normas relativas a la entrada y residencia y de obtener para el nacional de un tercer país una autorización de residencia en un Estado miembro. La simulación en el consentimiento matrimonial sólo actúa con dicho alcance y agota sus efectos en el ámbito concreto del derecho de extranjería. La Resolución del Consejo de la Unión Europea remite a los derechos nacionales en orden a la determinación de la autoridad o autoridades competentes para declarar que el matrimonio fue de conveniencia.

momento posterior (al solicitarse el visado) cabrá dilucidar si existen o no indicios de simulación y, en su caso, denegar motivadamente el visado, pero no podrá declararse la nulidad del matrimonio pues tal declaración compete en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

23. La validez de “ese” matrimonio lo será en virtud de las pruebas que aporten los solicitantes sobre la existencia de la relación jurídica. Con este alcance, la forma de acreditar el matrimonio no prejuzga su validez a otros efectos sino, únicamente, que ese matrimonio existe a los efectos de la reagrupación familiar. La cuestión reside, entonces, en los medios de prueba y en su evaluación para verificar la existencia del matrimonio. *Medios de prueba.* La valoración de si el matrimonio en cuestión puede formar parte del supuesto de hecho del artículo 17.1 a) de la Ley de extranjería requiere su prueba. A tal efecto, los interesados habrán de presentar los documentos que les sean solicitados por la autoridad consular en los términos establecidos en el Reglamento de extranjería (art. 57). Los medios de prueba de la relación jurídica matrimonial serán normalmente las actas extranjeras o los certificados originales de inscripción expedidos por el Registro extranjero correspondiente¹⁷. *Evaluación de la existencia del matrimonio.* La presentación de la prueba documental no empece la celebración de una entrevista personal con el solicitante, si el Cónsul lo estimara necesario, para comprobar la identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada”. En todo caso, el Consulado realizará la evaluación de la concesión del visado a la luz la documentación presentada. Desde esta perspectiva, resultan de especial relevancia los factores que, según la Resolución del Consejo de la Unión Europea, pueden permitir la presunción de que un matrimonio es fraudulento. Como no puede ser menos, en la lista encontramos coincidencias con los elementos apreciados por la DGRN para denegar — en base a los indicios de simulación en el consentimiento matrimonial— la expedición del certificado de capacidad matrimonial o la inscripción registral de matrimonios consulares o de matrimonios celebrados según la *lex loci*; sin olvidar la sustancial diferencia de finalidades entre ambos expedientes, pues, la normativa registral española exige un control de la ley aplicada al matrimonio celebrado en el extranjero en la forma permitida por la *lex loci* cuando se trate de matrimonio que accede al Registro; requisito ausente en la valoración de la relación matrimonial que sirve de presupuesto a la reagrupación familiar.

24. La jurisprudencia española arroja luz sobre este particular y hace una interpretación de los elementos del fraude tomando en consideración el marco en el que la reagrupación familiar opera. Ante todo, nuestros tribunales ponderan el peso del derecho a la vida en familia frente los indicios de simulación que llevan a la autoridad consular a denegar el visado. Así, en general, y para la acreditación del fraude matrimonial, en particular, no basta una simple apreciación del Cónsul pues, “no se escapa a nadie que es de casi imposible prueba la calificación como fraudulento de un matrimonio y a esa consideración sólo cabe llegar por la vía de los indicios serios”, siendo preciso que los interesados conozcan los fundamentos de la decisión adoptada por la Administración so pena de causarles indefensión”.

Entre otros elementos, se toma en consideración las costumbres del país de origen (hecho cultural diferencial). En este sentido —y constando matrimonio— no hay fraude cuando en la cultura del país de origen la mediación familiar o de amigos en la concertación del compromiso es habitual; tampoco es un indicio absoluto de fraude ni el desconocimiento mutuo precisamente por tratarse de personas que viven en países distintos y que pueden haber contraído matrimonio recientemente, ni la diferencia de edad, ni el hecho de que las segundas nupcias hubieran sido inmediatas al precedente divorcio. Una sentencia aislada sitúa el problema desde la perspectiva de la prueba del derecho extranjero invocado. El caso, procedente del Consulado de España en la RP de China, trataba la reagrupación de un cónyuge varón. La reagrupante había conocido al marido por “pacto familiar” y tras la boda no habían tenido contacto ulterior alguno. En el recurso, la recurrente invocó las tradiciones imperantes en China, argumento que es rechazado por el tribunal por no aportar prueba alguna “que merecerían la consiguiente acreditación al igual que lo requiere el derecho extranjero”. La Abogacía situó el supuesto en el ámbito de los ma-

¹⁷ Habrán de ser aceptados los documentos constituidos al amparo del ordenamiento extranjero del que sea nacional el solicitante o —en su caso— del país donde se hubiere celebrado el matrimonio. La eficacia probatoria extrínseca de tales documentos (existencia y veracidad) está supeditada a su autenticidad (regla *locus*) e incorporación de la legalización o apostilla y así como la traducción.

trimonios de conveniencia. El tribunal no estimó este argumento y desplazó, en su fundamento final, la carga de la prueba a la recurrente pues “la cuestión de fondo versa sobre la acreditación de los requisitos exigidos por la normativa de aplicación”, desestimando el recurso. En cambio, sí son relevantes a efectos de su consideración como sospecha de fraude, y siempre que obren en autos, elementos que pongan de relieve contradicciones entre la prueba documental aportada y las declaraciones de los interesados, tales como: el desconocimiento de la fecha de la boda, el tiempo que llevan casados, el lugar de trabajo de la esposa o de sus hermanos, o el casamiento concertado entre primos hermanos; y muy especialmente, la falta de cumplimiento de las responsabilidades derivadas del matrimonio, en concreto, y dada la ausencia de convivencia, el envío de cantidades periódicas para levantar las cargas del matrimonio.

En íntima relación con este problema un nuevo interrogante se ha abierto. En concreto, la valoración en sede consular (trámite de expedición del visado) de las circunstancias y datos objetivos previamente admitidos como válidos en la primera fase del procedimiento administrativo (trámite de autorización de la residencia por reagrupación). La posibilidad de este doble control o reexamen documental en sede consular fue objeto de la STS de 20 de julio de 2016 que disipa la duda con fundamento en anteriores pronunciamientos (STS de 15 de noviembre de 2011, STS de 25 de abril de 2014 y STS de 23 de julio de 2014). En este sentido: (1) no se puede reconsiderar la documentación original (que se aporta en el trámite de expedición del visado) si coincide con la aportada anteriormente en España (son duplicados) y cuya validez ha sido acordada mediante resolución administrativa firme y así cambiar el criterio sentado en esa primera resolución; (2) pero, esta afirmación no empece que la Embajada o Consulado a la vista de la documentación original pueda indagar sobre la autenticidad de los documentos entregados cuando existan datos que permitan pensar que se trata de un matrimonio fraudulento (FJ Tercero).

En la especie, el Consulado de España en Islamabad albergaba la duda sobre la validez de una certificación de matrimonio celebrado en Pakistán pues algunas firmas y números de serie no se correspondían con las existentes en otros certificados contenidos en el registro. La tacha de validez requirió valoración de validez del documento y del matrimonio según la *lex loci* (derecho extranjero). Así, a instancia de parte se inició en origen en un “proceso judicial” que declaró que la interesada estaba casada con el reagrupante y que la inscripción del matrimonio en la oficina del registro local era válida. Sobre estos datos, el Tribunal Supremo casa la sentencia de instancia y, anulándola, ordena se expida el visado de entrada por reagrupación familiar.

El interés de este pronunciamiento reside en su enfoque: el Tribunal Supremo, sin hacerlo explícito, considera adecuada la indagación consular del derecho extranjero cuando la validez del matrimonio se cuestiona sobre la base de un (hipotético) fraude documental. Doble control que se explica a la luz de la estructura dual del procedimiento administrativo de reagrupación familiar: dos fases -España y país de origen-; y dos autoridades diferentes -policial en España y consular en el país de origen. Dos miradas jurídicas (Derecho de extranjería y Derecho internacional privado) sobre un mismo objeto: validez de los documentos extranjeros y control del fraude documental.¹⁸

25. Segunda situación: las *familias de estatuto poligámico*. La efectividad de la poligamia ha sido y es un talón de Aquiles en la reagrupación familiar y ello aun cuando algunos países de tradición coránica hayan ido relegándola a un plano casi simbólico y marginal¹⁹. Sin ningún tipo de excusas lo deseable sería su abolición, pero las tradiciones culturales y religiosas son en ocasiones más fuertes y tenaces que los derechos de la mujer y el principio de igualdad entre hombres y mujeres apenas ha podido conquistado algunas parcelas los derechos de tradición coránica. Desde la perspectiva de los Estados occidentales, ya declaró la extinta *Comisión Europea de los Derechos Humanos de Estrasburgo*, el Estado no puede estar obligado por el CEDH a reconocer plenamente los matrimonios poligámicos que son contrarios a su propio ordenamiento jurídico. De esta manera, el CEDH no rechaza la poligamia,

¹⁸ Sobre el efecto legitimador de los documentos públicos, vid., P. JIMÉNEZ BLANCO, “Movilidad transfronteriza...”, op. cit. p. 30.

¹⁹ Marruecos como país más cercano a España y siendo precisamente un Estado de estatuto poligámico ha merecido un estudio especial en la doctrina internacional privatista española. Por todos, véase: P. DIAGO DIAGO, “Repercusiones de la nueva *Mudawwana* en la inmigración marroquí”, *Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo*, Zaragoza, 2004, p. 148; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “La reception du nouveau Code de la famille marrocaïn (*Moudawana*, 2004) en Europe”, *Riv.dir.int.privato e processuale*, Núm. 3, 2004, pp. 877-900, esp. p. 881.

pero considera como un fin legítimo el de la preservación de la cultura monógama dominante en el país de acogida. El Estado puede, por tanto, limitarse a aceptar en su territorio al marido acompañado de solo una de sus mujeres y los hijos comunes²⁰.

26. ¿Qué sucede en el Derecho español de extranjería? El artículo 17.1 a) de la Ley de Extranjería dispone que “en ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial”. Esto significa que puede ser reagrupada cualquiera de los cónyuges y no necesariamente el primero. Toda vez que en nuestro ordenamiento jurídico civil el matrimonio poligámico no está permitido, esta situación implicaría en la práctica que la reagrupación del segundo cónyuge únicamente producirá efectos, es decir, se estimará eficaz a los efectos de la reagrupación familiar (perspectiva administrativa) pero sería nulo desde la perspectiva civil. En un plano distinto, cabría preguntarse si la autorización al marido (reagrupante) a realizar la elección vulnera el principio de la igualdad de sexos en el matrimonio como cuestión de orden público. En principio, difícilmente podrá la mujer oponerse a la elección hecha por el reagrupante siendo lo más probable que en la toma de la decisión influya decisivamente la familia del esposo²¹. En relación a la prueba del matrimonio, basta con demostrar su existencia mediante las actas del registro o en su defecto por cualquier otro medio probatorio admitido en Derecho español. Previamente, el reagrupante habrá debido aportar la declaración jurada de que no convive con él en España otro cónyuge (art. 56. 3 apartado a) inciso 4 RLOEx).

27. Tercera situación: *matrimonio celebrado en segundas o posteriores nupcias*. De acuerdo con el artículo 17.1 LOEx si el extranjero residente está casado en segundas o posteriores nupcias solo podrá reagrupar al nuevo cónyuge, si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto tres elementos: uso de la vivienda común anterior, pensión compensatoria al cónyuge o cónyuges y alimentos que correspondan a los hijos menores o mayores en situación de dependencia. En el caso de que la disolución lo fuera por nulidad del matrimonio, deberá haber fijados los derechos económicos del cónyuge de buena fe y de los hijos comunes así como la indemnización²².

En estas situaciones, el problema que se plantea es acreditar que la disolución o anulación del vínculo previo es válida de acuerdo con el ordenamiento jurídico español y no ha dejado sin garantías económicas y protección al ex cónyuge y a los hijos de ese matrimonio disuelto. Según las normas de Derecho internacional privado, para que una sentencia de divorcio produzca efectos en España deberá haber obtenido su previo reconocimiento. En materia de reagrupación familiar, y a los solos efectos de la obtención del visado de entrada en España y posterior obtención de la tarjeta de residencia este reconocimiento no se exige, siendo suficiente la prueba documental y que quede acreditado en el Estado de origen.

²⁰ La doctrina ha llamado la atención sobre el problema que podría plantearse respecto de la validez de un segundo matrimonio en el caso de que el cónyuge reagrupado fuera el segundo y qué efectos puede tener en nuestro ordenamiento. *Id.*, A.P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (A.L. CALVO CARAVACA / J.L. IRIARTE ÁNGEL, DIRS.), Colex, Madrid, 2000, pp. 163-179, esp. p. 172. Entre los diversos estudios doctrinales, véase para este concreto aspecto: A. RODRÍGUEZ BENOT, “Tráfico externo, derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, en *La multiculturalidad: especial referencia al Islam* (A. RODRÍGUEZ BENOT, DIR.), *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2002, pp. 15-88, esp. 27.

²¹ Cuando la concertación de matrimonios por hermanas, cuñadas o tías de la familia es un modo habitual en la cultura del país de origen no puede entenderse automáticamente como sinónimo de fraude (STSJ Madrid, de 22 de julio de 2003). Es importante este matiz en sede de reagrupación familiar. Y es que, en la valoración de la concertación de compromisos matrimoniales no debemos guiarnos por la práctica registral española (doctrina de la DGRN) pues no estamos ante un matrimonio que accede al Registro Civil (donde opera la normativa registral y que exige un control de la ley aplicada) sino ante un matrimonio celebrado en el extranjero entre extranjeros que sirve, únicamente, de presupuesto para la reagrupación familiar. Sobre la distinta sintonía entre las resoluciones de la DGRN y las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia ante recursos por denegación de visados por reagrupación, véase: M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar*, *op. cit.*, pp. 225-226.

²² La norma comunitaria permite a los Estados miembros denegar una solicitud de entrada y residencia (y, en su caso, retirar los permisos concedidos o no renovarlos) cuando el reagrupante y el miembro o miembros de su familia “no hagan o hayan dejado de hacer vida conyugal o familiar efectiva” (art. 16.1 inciso b)] y cuando se constate que el reagrupante (o la pareja no casada) ha contraído matrimonio o mantiene una relación estable con otra persona [art. 16.1 inciso c)].

28. En cuanto el término “procedimiento jurídico” no quiere decir que haya de ser jurisdiccional. La norma parece requerir que, en el mismo procedimiento, se contemplen o fijen determinadas condiciones respecto de la vivienda, la pensión compensatoria del cónyuge y los alimentos de los menores. En cierta medida, esta previsión actuaría como freno (o al menos sería disuasoria) de divorcios “a vapor” con el fin de reagrupar al segundo cónyuge. Aunque en sede de extranjería, como estamos viendo, no se exige el exequátur de la resolución donde conste la disolución del matrimonio anterior²³, cabría cuestionarse, en el plano de las hipótesis, si es posible poner en discusión en sede consular la validez del procedimiento. En nuestra opinión, la regularidad de la decisión no debe ser objeto de control pues es suficiente con medir el valor probatorio del documento aportado, además de comprobar que efectivamente en el mismo quedan recogidos los elementos anteriormente mencionados²⁴.

No cabe duda que la norma está pensada para garantizar la subsistencia de la primera familia que reside en el país de origen. Hubiera sido deseable que la norma de extranjería, además de atender al orden público alimentista de la familia que no se va a reagrupar y que hipotéticamente residen en el país de origen, insistiera en la salvaguarda de los derechos de defensa del cónyuge vencido (citación legal y oportunidad de defensa)²⁵.

2. La pareja de hecho

29. La Directiva permite a los Estados miembros “autorizar la entrada y la residencia de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada, o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5” (art. 4.3). Ahora bien, el hecho de que la legislación nacional de un Estado miembro autorice la reagrupación familiar de las parejas de hecho (registradas o no) no implica para el resto de los Estados (cuyas legislaciones no reconozcan la existencia de vínculos familiares en dicho supuesto) la obligación de su toma en consideración como miembros de la familia a los efectos del derecho de residencia. En este contexto, y dada la disparidad de figuras, instituciones y contenidos de regulación en los diferentes ordenamientos jurídicos, la Directiva opta por una noción neutra al referirse a una relación estable “debidamente probada” o a una “pareja registrada”. Mediante la calificación autónoma de la institución, que no distingue la pareja por razón de sexo sino sobre la base de un estatuto registral, separa en dos categorías los modelos de regulación, el conviviente y la pareja inscrita y permite, únicamente respecto de este último, que los Estados miembros apliquen el principio de igualdad de trato con los cónyuges a los efectos de la reagrupación familiar.

30. De acuerdo con el artículo 17.4 LOEx es posible la reagrupación de la persona que mantenga con el extranjero residente una “relación de afectividad análoga a la conyugal”. La norma de extranjería equipara expresamente esta relación a la conyugal “siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España”. La doctrina mayoritaria entiende que la legislación española de extranjería no exige un registro de pareja sino una acreditación de la relación de afectividad²⁶. En este sentido, la acreditación mediante documentos pú-

²³ Ello debido a que no pretenden su reconocimiento en España ni ser invocadas ante un registro español para su inscripción: sus efectos se agotan en el estricto ámbito del Derecho de extranjería.

²⁴ La jurisprudencia corrobora lo anterior: en la STSJ Madrid, de 1 de julio de 2004, se debatía la reagrupación familiar de un segundo cónyuge siendo que el primer matrimonio había sido disuelto por divorcio consensuado. El Tribunal valoró las diversas pruebas presentadas y observó que el divorcio *consensual retribuido* de su anterior esposa se obtuvo tras un procedimiento judicial seguido en el Reino de Marruecos, que en dicho matrimonio no hubo descendencia y que la anterior esposa renunció a cuantos derechos legales pudieran corresponderle. La consecuencia de esa prueba demuestra que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar “tras un procedimiento jurídico”. En similar sentido la STSJ Madrid, de 7 de abril de 2014 apuntada por P. JIMÉNEZ BLANCO en *Régimen Jurídico de los extranjeros y de los ciudadanos de la UE*, op. cit., p. 301.

²⁵ Esta es la postura adoptada en Francia respecto de las actas de repudio que, para hacer prueba de la disolución del vínculo anterior a los fines de la reagrupación familiar, habrán de incluir la constancia expresa de la citación regular de la esposa y de su presencia o legal representación en el procedimiento. Cfr. M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, op. cit., p. 246.

²⁶ Entre otros: M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO / H. GRIEDER MACHADO, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España”, *El nuevo derecho de extranjería* (A. Rodríguez Benot / C. Hornero Méndez, Coords.), Comares, Granada, 2001, pp.

blicos tendría prevalencia frente a otros medios de prueba. Por su parte, el Reglamento de extranjería (art. 53 RLOEx) exige la prueba de la existencia mediante el certificado de inscripción en un registro público siempre que no se haya cancelado la inscripción. Para el supuesto de una relación no registrada, su existencia ha de ser previa al inicio de la residencia del reagrupante en España siendo admitido cualquier medio de prueba admitido en Derecho y teniendo prevalencia la prueba documental emitida por una autoridad pública.

3. Los hijos

31. El artículo 17.1 LOEx se refiere a hijos del siguiente modo:

b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. Cuando se trate de hijos de uno solo de los cónyuges se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

c) Los menores de dieciocho años y los mayores de esa edad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surgen las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español.

El control de la relación de filiación de *los hijos* beneficiarios de la reagrupación familiar plantea numerosas cuestiones jurídicas. La norma de extranjería diferencia tres grupos de menores en atención a si son de doble vínculo (los hijos del residente y de su cónyuge) o de un solo vínculo (los hijos de uno solo de los cónyuges). Un grupo distinto de menores son aquellos menores de 18 años o *incapaces* cuando el reagrupante sea su representante legal. Conviene señalar que la LOEx permite la reagrupación a los hijos, por naturaleza o adoptivos, menores de 18 años. En este sentido, se deja al margen la norma de Derecho internacional privado (art. 9.1 C. civil) que determina la ley aplicable al estatuto personal. Es decir, para la reagrupación familiar solo son hijos los menores de 18 años y solo son menores, al margen de su ley nacional, los que no sean mayores de 18 años. Este requisito de la edad ha de darse en el momento en que se presente por el reagrupante la solicitud de reagrupación familiar ante la autoridad competente española.

Cuatro cuestiones pueden analizarse al respecto: (a) la igualdad de la filiación y la prueba del vínculo de filiación; (b) la edad de los hijos; (c) los hijos de uno solo de los cónyuges; y (d) la representación legal en la reagrupación familiar.

32. a) Igualdad de la filiación y prueba del vínculo de filiación. El ámbito de aplicación de las normas sobre reagrupación familiar incluye a los hijos por naturaleza y a los hijos adoptivos. En nuestro Derecho la igualdad de la filiación es una cuestión de orden público constitucional, y ello aunque la legislación del país de origen del menor de cuya reagrupación se trate no proclame esta igualdad. En este sentido, los parámetros básicos de interpretación de la posición jurídica de los menores reposan sobre los precepto constitucionales que consagran la igualdad (art. 14 CE), el derecho a contraer nupcias (art. 32 CE) y el mandato relativo a la protección integral de los hijos, la igualdad de los mismos ante la Ley y la investigación de la paternidad (art. 39.1 CE).

Estos elementos pueden reconducirse a un principio según el cual “allí donde exista un hijo existe una relación jurídica familiar”. En consecuencia, una limitación que excluyera de la reagrupación familiar a los hijos no matrimoniales vulneraría el principio de igualdad de los hijos ante la ley, cuestión de orden público constitucional.

97-14; I. LÁZARO GONZÁLEZ, “La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Previsible incidencia de la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Revista Migraciones*, Núm. 12, 2000, pp. 43-79; M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, *op. cit.*, p. 687.

33. Ahora bien, dado que la reagrupación familiar tiene por finalidad “reconstituir” la vida en familia en el Estado de residencia del reagrupante, cabe preguntarse si además de constatar el vínculo de filiación es posible exigir la dependencia respecto del titular reagrupante. O, dicho en otros términos, *¿permite la noción vida familiar del art. 8 CEDH controlar la dependencia económica de los hijos respecto de reagrupante?* Esta cuestión fue objeto de interpretación por el TEDH en la sentencia Moustaquim²⁷. El Tribunal entendió que la adopción de una interpretación amplia de la noción “vida familiar” permite declarar que la existencia de vida familiar de los padres con sus hijos no depende del matrimonio ni deja de existir en caso de divorcio. Vida familiar que igualmente existe, aun cuando los miembros de la familia no vivan bajo el mismo techo²⁸. De modo explícito el Tribunal ha entendido que la familia aludida en el artículo 8.1 incluye tanto a la familia legítima como a la familia natural y a la adoptiva²⁹.

34. En relación a los hijos adoptados, la Directiva exige que la resolución en que se acuerde la adopción haya sido “adoptada por la Autoridad competente del Estado miembro de que se trate o de una resolución ejecutiva en virtud de obligaciones internacionales de dicho Estado miembro o que debe reconocerse de conformidad con las obligaciones internacionales” [art. 4.1 b)]. La ley de extranjería exige acreditar que la resolución en la que se hubiere acordado la adopción “reúne los elementos necesarios para producir efecto en España”. La pregunta radica en saber si la norma exige propiamente el “reconocimiento” de la adopción a la luz de las normas de la Ley de Adopción Internacional y del Convenio de La Haya sobre adopción internacional o basta con que la resolución sea reconocible en España. A nuestro entender, en sede de reagrupación familiar el control del documento donde consta la resolución extranjera de adopción se ha de realizar, incidentalmente, por la autoridad administrativa competente en el expediente de reagrupación.

35. b) La edad de los hijos. Quiénes sean menores a los fines de la reagrupación debe establecerse “según el derecho interno del Estado de acogida, sin que dicha edad pueda superar la mayoría de edad legal del Estado en cuestión” (art. 4.1 penúltimo párrafo de la Directiva). Ahora bien, la Directiva no impide a las legislaciones nacionales rebajar considerablemente la edad de los menores en atención a criterios de integración, legalmente previstos en su legislación interna antes de la fecha de aplicación de la Directiva. Como ya se ha anticipado, el legislador español ha adoptado una norma que excluye de la reagrupación familiar a los hijos mayores de 18 años. El artículo 53 c) del Reglamento de extranjería señala el momento temporal en el que ha de apreciarse la edad recogiendo la jurisprudencia en la materia. Dicho momento será el de la solicitud de autorización de residencia. La norma parece presumir que los hijos mayores de 18 años son independientes, que su formación secundaria ha terminado y que pueden afrontar, sin necesidad de la ayuda de la comunidad familiar, su propia subsistencia. Cabe preguntarse si esta presunción admite prueba en contrario. Los tribunales españoles consideran que “el límite temporal de la mayoría de edad constituye un requisito objetivo y de rango legal que únicamente podrá dispensarse de concurrir alguno de los restantes supuestos que prevé la propia Ley Orgánica”. Teniendo en cuenta que las circunstancias excepcionales han sido excluidas de la reagrupación familiar, un hijo mayor de 18 años no incapacitado no podrá obtener un visado de residencia por reagrupación familiar.

36. Una cuestión debatida en la negociación de la Directiva fue la exigencia del conocimiento del idioma como criterio de integración cultural, de modo que su desconocimiento podría permitir a las autoridades nacionales la no admisión de hijos. Aunque España no lo sigue, las legislaciones de Austria, Alemania, Finlandia y Holanda sí someten a los reagrupados a un test de integración previo a la autorización de entrada en el territorio que incluye expresamente el conocimiento del idioma. A nuestro modo

²⁷ Asunto Moustaquim c. Bélgica, STEDH de 18 de febrero de 1991.

²⁸ *IDEM.*

²⁹ Podría así deducirse que, en el plano de la reagrupación familiar, la filiación natural, la legítima y la adoptiva producen los mismos efectos. En relación con esta terminología, importa subrayar que desde la reforma del Código civil, por Ley 11/1981, de 13 de mayo, sólo cabe hablar en nuestro derecho de “filiación por naturaleza y por adopción”. La primera, a su vez puede ser matrimonial y no matrimonial, cuyos efectos son idénticos según dispone el artículo 108 C.c. *Cfr.* M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La reagrupación familiar...*, *op. cit.*, p. 252.

de ver, si se toma la idea de integración como una finalidad de las normas de la Ley de extranjería y por consiguiente, también predicable de las normas sobre reagrupación familiar, sería necesario concluir la importancia del conocimiento del idioma y la adecuada formación en pro de la más fácil integración en el territorio de acogida. Sin embargo, de implantarse tal medida de “integración anticipada” el resultado no debería conllevar en todo caso el rechazo de la reagrupación familiar pues, como indica la norma comunitaria y el propio TJCE, en la ponderación de los intereses del Estado de controlar la inmigración y el respeto a la vida en familia, debe tenerse en cuenta el interés prioritario del particular de llevar a cabo esa vida familiar en el país de acogida así como el interés del menor³⁰.

37. c) los hijos de uno solo de los cónyuges. La segunda parte del inciso b) del artículo 17.1 de la Ley de extranjería se refiere a los hijos de uno solo de los cónyuges, en cuyo caso “se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo”. Es evidente que el precepto está pensado para el supuesto de hijos de padres separados o divorciados y trata de prevenir que al cobijo de las normas de extranjería pueda consolidarse un supuesto de sustracción internacional de menores. La norma permite la reagrupación de los hijos no comunes del matrimonio (del reagrupante o de su cónyuge) pero, también, tanto para el caso en que sólo uno los cónyuges resida en España y pretenda reagrupar a los hijos propios, como cuando se trate de los hijos de su cónyuge, supuesto en el que se requerirá el ejercicio en solitario la patria potestad o que se le haya otorgado la custodia en solitario. En ambos supuestos se exige acreditar la dependencia, pues han de estar a cargo del reagrupante.

En la práctica, no obstante, se ha admitido la reagrupación cuando el cotitular de la responsabilidad parental ha consentido el traslado del hijo a España (STSJ Madrid, de 27 de marzo de 2015). En sentencia temprana se planteó un caso de reagrupación de los hijos no biológicos del cónyuge reagrupado y la pregunta de si una madre no biológica puede reagrupar a los hijos de su cónyuge, a su vez reagrupado, bastando con la aquiescencia de la madre natural. El supuesto fue interpretado en sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de octubre de 2002, en un caso procedente del Consulado español en Nador (Marruecos) y entendió que quien deba pedir la reagrupación es el padre natural.

38. d) la representación legal en la reagrupación familiar. La Ley de extranjería amplía el derecho de entrada y residencia a favor de otras personas dependientes, no hijos, cuyo representante legal sea el extranjero residente. El artículo 17.1 c) LOEx establece un supuesto especial de menores de 18 años y los mayores de dicha edad que no sean “objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, debido a su estado de salud, cuando el residente extranjero sea su representante legal y el acto jurídico del que surjan las facultades representativas no sea contrario a los principios del ordenamiento español”. La Directiva en su artículo 4.2 b) se refiere a los hijos mayores solteros del reagrupante o de su cónyuge cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud. En relación con el concepto representante legal, cabe la duda de su reconocimiento en el caso de que el alcance de sus obligaciones, en principio establecidas por la norma extranjera que le ha atribuido tal representación, sea diferente al previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En opinión de la profesora M. MOYA ESCUDERO, dentro del concepto de representación legal deben estimarse incluidas las instituciones protectoras de los menores e incapacitados existentes en diversos ordenamientos jurídicos que otorguen al reagrupante extranjero ambas funciones o una de ellas. En este sentido, señala la autora, debe presumirse que es a la luz del ordenamiento extranjero, y en su caso con la prueba del certificado expedido por la autoridad extranjera, como deberá acreditarse tal vinculación³¹.

39. Los tribunales españoles estudiaron el alcance de la representación legal en la reagrupación familiar en un supuesto de solicitud de exención de visado al amparo del antiguo artículo 49.2 c) del RD 865/2001, precepto que admitía excepcionalmente dicha exención “al extranjero menor sujeto legalmente a la tutela de un ciudadano extranjero residente legal en España”. En el caso concreto, el menor,

³⁰ Numeral 99 de la STCE de 27 de junio de 2006 (C-540/03), *op. cit.*

³¹ M. MOYA ESCUDERO, “Derecho a la reagrupación familiar”, en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería* (M. MOYA ESCUDERO, Coord.), Granada, 2001, pp. 637-707.

de nacionalidad marroquí, vivía con su hermano en España después de que su padre, residente en Marruecos, lo había dejado a su cargo, constando tal circunstancia en un “Acta notarial de manutención”. El tribunal entendió que como el menor mantenía el vínculo de parentesco con sus padres biológicos, esto es, seguía sujeto a la patria potestad, no se daba la situación de desamparo del menor y su situación, por consiguiente, no podía encuadrarse en el supuesto de representación legal a los fines pretendidos de exención de visado³².

En relación con este ejemplo, la práctica española diferencia el acogimiento familiar de la Ley de extranjería frente a la institución de la *kafala* del Derecho marroquí³³. Dado que la *kafala* es una institución desconocida en Derecho español se ha dictado dos Instrucciones de la Dirección General de Inmigración sobre el cuando el reagrupante no sea el progenitor sino que ostente la representación legal en virtud de *kafala* (IDGI/SGRJ/01/2008); instrucción que ha de completarse con otra de la misma Dirección sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado *kafala* (IDGI/SGRJ/2007). El criterio de delimitación de los supuestos en orden a su asimilación o no a la tutela dativa se establece en torno a quién constituya la *kafala*, siempre que el menor -o la persona respecto de la que se ostenta la representación legal- vaya a desplazarse a España. Mientras que la *kafala* constituida por los padres biológicos no ampara un visado por reagrupación familiar sino una situación de residencia por acogimiento familiar (art.187 RLOEx), la *kafala* constituida por autoridad judicial o administrativa se equiparará a la tutela dativa y podrá expedirse un visado por reagrupación familiar³⁴.

4. Los ascendientes

40. Resulta necesario no olvidar que a los efectos de la reagrupación familiar los ascendientes no forman parte del núcleo familiar. La Directiva no impide a los Estados miembros que, excepcionalmente, autoricen la reagrupación familiar de ascendientes del reagrupante o de su cónyuge siempre que lo sean *en línea directa y en primer grado* [(art. 4.2 a)], limitación que fue materializada en la reforma a la LOEx mediante LO 2/2009, de 11 de diciembre³⁵.

El artículo 17.1 apartado d) LOEx se refiere a los ascendientes del siguiente modo:

d) Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea, de los trabajadores titulares de la tarjeta azul de la U.E. y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores. Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, podrá reagruparse al ascendiente menor de sesenta y cinco años si se cumplen las demás condiciones previstas en esta Ley.

41. El desarrollo reglamentario de este precepto lo realiza el artículo 53 RLOEx admite la posibilidad excepcional de reagrupar a ascendientes mayores de 65 años “cuando concurren razones de carácter humanitario” y siempre que se trate de ascendientes a cargo. En relación a la excepcionalidad señala como elementos de valoración las siguientes situaciones: cuando el ascendiente conviviera con el reagrupante en el país de origen en el momento en que este último obtuvo su autorización; cuando el ascendiente sea incapaz y su tutela esté otorgada por la autoridad competente en el país de origen al

³² STSJ Baleares, de 21 de septiembre de 2004.

³³ M.P. DIAGO DIAGO, “La kafala islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2010), Vol. 2, Nº 1, pp. 140-164.

³⁴ Excede del propósito de este trabajo el estudio de la reagrupación familiar cuando menor está en situación de acogimiento por *kafala* y es el representante legal quien solicita la reagrupación. No obstante, la cuestión ha merecido atención por parte nuestros tribunales. Entre otras: STS de 9 de diciembre de 2011 y STSJ Madrid, de 20 de septiembre de 2006, de 12 de septiembre de 2007, de 11 de octubre de 2007, de 3 de abril de 2008, de 2 de octubre de 2008 y de 11 de febrero de 2010.

³⁵ La reagrupación familiar de los ascendientes en redacción dada con anterioridad a la LO 2/2009 fue analizada por A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, 2005, pp. 9-44, para este punto esp. pp. 35 ss.

extranjero residente o a su cónyuge o pareja reagrupada; o cuando el ascendiente no sea objetivamente capaz de proveer a sus propias necesidades. Igualmente se extiende la consideración de excepcionalidad al cónyuge o pareja de hecho del otro ascendiente siendo este último mayor de 65 años. En este caso, la solicitud puede presentarse conjuntamente. En relación a la dependencia, el parámetro de control es una fórmula que gira en torno a la acreditación de la asunción de los gastos del familiar residente en el extranjero. Ello se prueba mediante transferencias de fondos periódicas realizadas en el (último año de su residencia en España, dice la norma) o haber soportado gastos de su familiar que se fijan en atención al PIB bruto per cápita del país de residencia (al menos el 51%) según lo establecido por el Instituto Nacional de Estadística (Indicadores sobre renta y actividad económica por país y tipo de indicador).

42. La reagrupación de los ascendientes es por tanto más difícil y las condiciones más onerosas desde la perspectiva material. Ello se explica ante todo por los límites que impone la Directiva. Parte de una valoración fundamentalmente económica y de dependencia. Pero también por las condiciones de acceso al mercado de trabajo de estas personas. De donde la cuestión a resolver es si los Estados miembros pueden limitar el acceso a una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena y, en su caso, qué margen de discrecionalidad poseen³⁶. La Directiva lo permite sin especificar ni límites temporales ni otros condicionantes. En el caso de España, los ascendientes reagrupados podrán obtener una “autorización de residencia independiente del reagrupante cuando hayan obtenido una autorización para trabajar (art. 59.5 RLOEx), sin perjuicio del límite que se impone a los efectos de dicha autorización de residencia independiente (solo podrán reagrupar a otros familiares cuando hayan obtenido una residencia de larga duración y acrediten solvencia económica para atender las necesidades de los miembros de su familia que pretendan reagrupar (art. 60 apartados 2 y 3 RLOEx).

43. Los tribunales españoles interpretan la exigencia de la dependencia económica de modo riguroso³⁷ aunque también han prestado atención como elemento relevante de la dependencia económica la ayuda física y afectiva, la viudedad del ascendiente, el padecimiento de enfermedades, la ausencia de profesión así como el hecho de que otros hijos residan en España o en el país de origen³⁸.

IV. Consideraciones finales

44. (1) A pesar de que las sucesivas reformas de la legislación de extranjería sobre reagrupación familiar han intentado, desde una perspectiva jurídico formal, mejorar la confusa redacción de las regulaciones precedentes, los preceptos que determinan la familia beneficiaria de la reagrupación ofrecen espacios para una reflexión crítica sobre el establecimiento y control de los vínculos de parentesco. Los criterios excluyentes que configuran el régimen jurídico de la entrada en el territorio de los miembros de la familia dislocan los vínculos familiares al prefigurar -en términos económicos y de integración social- el perfil del círculo familiar. Una vez reagrupada “esa familia” las normas administrativas de extranjería seguirán controlando “ese” *perfil económico de la integración* en las renovaciones de residencia de cada miembro de la familia.

La comprobación de esta dislocación la observamos en los tres grupos de miembros que la norma de extranjería considera familia a efectos de entrada en el territorio por la vía de la reagrupación familiar.

³⁶ Al respecto, el estudio de 2009 de P. VÁZQUEZ VEGA, *Reagrupamiento familiar de los inmigrantes: Efectos sobre la afiliación e incidencia en los gastos de protección social*, Publicación del Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA). Disponible en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/129736.pdf>.

³⁷ El Tribunal Supremo así lo reafirma, entre otras: SSTS (Sala 3ª) de 20 de octubre de 2011, 26 de diciembre de 2012 y 10 de junio de 2013.

³⁸ Dependencia física y afectiva: STSJ Madrid, núm. 1095/2004, de 19 de julio de 2004; STSJ Navarra Tribunal Superior de Justicia de Navarra en Sentencia de 17 de febrero de 2005. Viudedad: STSJ Madrid de 19 de julio de 2004. Enfermedad: STSJ Madrid, núm. 1095/2004, *cit.*, y STSJ Madrid de 5 de junio de 2003. Ausencia de profesión: STSJ Madrid, núm. 1352/2002, de 15 de octubre y STSJ Madrid núm. 585/2003, de 16 de mayo de 2003. Otros hijos residiendo en España: STSJ Madrid, núm. 63/2003, de 30 de enero de 2003.

45. (2) En primer lugar, con los *hijos* donde la edad -menores de 18 años- es el elemento de corte para poder ser reagrupados. El resultado es una reestructuración del vínculo familiar basado en una idea completamente desenfocada de la realidad familiar. Esta reagrupación a la carta ha quedado amparada por Tribunal de Justicia en su sentencia C- 540/03 cuya interpretación del criterio de integración frente al derecho a la vida en familia merece un serio reproche en cuanto al resultado pues ha consolidado una diferencia de trato entre hijos mayores de doce años que llegan solos y otros hijos: una discriminación inadmisibles que, además, no garantiza el éxito de la integración en el país de acogida.

46. (3) En segundo lugar, con el *cónyuge* y la *pareja de hecho*. El matrimonio no basta por sí solo para obtener un permiso de residencia por razón de vida familiar. La validez y prueba del matrimonio en la reagrupación familiar debe observarse desde la perspectiva de que la existencia o inexistencia de una relación matrimonial agota sus efectos en el ámbito estricto del derecho de extranjería. Consecuentemente, la prueba de la realidad de la vida matrimonial de los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero es eminentemente documental siendo esta prueba, junto con las evaluaciones personales que pudiera atender el Cónsul en el trámite de expedición de visados, la única que debe admitirse. Idénticas reflexiones caben respecto de la prueba de la existencia de una convivencia de hecho al margen del matrimonio.

47. (4) En tercer lugar, los *ascendientes*. Los efectos “multiplicadores” de la reagrupación familiar se quieren evitar y ello se aprecia en la dislocación de la familia cuando se observa la regulación de los ascendientes. Subyace en el control de estos la idea de que ejercerán una presión sobre el mercado laboral y serán una carga sobre el sistema de salud del Estado de bienestar europeo. De ahí que se establezca una edad (65 años) que coincide con la imaginaria edad de jubilación y se exija una completa dependencia económica del reagrupante. Merece, igualmente, un serio reproche tal dislocación pues la realidad (al menos la española) demuestra que los abuelos (sean o no pensionistas del sistema) aportan su economía a la de los hijos y nietos y, en ocasiones, soportan ellos solos el bienestar económico de los hijos.

48. (5) En fin, esa *familia dislocada* que los Estados miembros han diseñado en materia migratoria expresa el mínimo simbólico de nuestra pertenencia al grupo cultural occidental (padres e hijos según la tradición matrimonial y monógama). No obstante, que “los otros” modelos familiares se replieguen absolutamente ante modelo (migratorio) preestablecido no es demostrable. Lo importante será, en todo caso, el éxito del valor jurídico de la integración y el respeto al derecho a la vida en familia.

MEASURE AND DISCIPLINE IN WORLD PROCUREMENT MARKETS

MEDICIÓN Y REGLAS DE LOS MERCADOS MUNDIALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

PABLO ZAPATERO MIGUEL

*Professor of Public international law
Carlos III University of Madrid*

MARC PETZ

*Visiting Professor of Economics
Carlos III University of Madrid*

Recibido: 20.07.2018 / Aceptado: 30.08.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4398>

Abstract: The revised Government Procurement Agreement (GPA) illustrates the long-term transformation in the way governments currently deliver public policies: steering, not rowing. Under a regulatory paradigm based on improving efficiency and best value for money, the 51 GPA Parties have reformed the previous GPA framework and expanded global procurement markets in accordance. However, the figures of this structural policy trend have not yet been properly mapped. This research estimates on basis of the available data that the GPA parties cover round 26% (US\$2,140bn) of their GGCE (US\$8,220bn), whereby the global GPA coverage could potentially be expanded substantially (compare to global GGCE: US\$13,100bn) on the long term.

Keywords: public-private partnerships, world trade, market-formation, government procurement, GPA.

Resumen: El Acuerdo de Contratación Pública (GPA) revisado ilustra la transformación de largo plazo en la forma en que los Estados desarrollan políticas públicas: guiar, y no remar. Bajo un paradigma regulatorio basado en la mejora de la eficiencia y el mejor valor por el dinero, los 51 Miembros del GPA revisado han reformado el marco legal originario y contribuido a expandir los emergentes mercados globales de contratación pública. Esta investigación calcula en base a los datos disponibles que las partes del GPA cubren un 26% (2.140.000 US\$) de su GGCE (8.220.000 US\$), mientras la cobertura global del GPA podría expandirse de manera significativa (comparar con el GGCE global: 13.100.000 US\$) a largo plazo.

Palabras clave: partenariados público-privados, comercio mundial, formación de mercados, contratación pública, GPA.

Summary: I.- States and public authority as market niche. II.- Exploring the main practices and disciplines. III.- Regulatory upgrades and coverage. IV.- The GPA disciplines in current context.

I.- States and public authority as market niche

1. The world trade regime functions as a multi-issue regulatory barter exchange.¹ This phenomenon operates not only within but across some of its covered agreements. In this regard, the WTO Agreement contains several so-called ‘plurilaterals’ in its annex 4, resulting from such barter exchange, which are not binding on all members but on those who are party to them. The Government Procurement Agreement (GPA) is one of the plurilaterals within this annex. Traditionally, plurilateral agreements such as the Agreement on Trade in Civil Aircraft, the International Dairy Agreement, the International Bovine Meat Agreement, or the GPA itself, have not attracted much academic, media and public attention compared to the multilateral agreements (e.g. GATT, GATS, TRIPS). However, some of these instruments are increasingly important; and this is particularly the case of the revised GPA.²

2. The revised GPA entering into force in April 2014 is a paradigmatic example of the emerging world procurement markets. The new agreement substitutes the 1996 GPA resulting from the Uruguay Round (1986-1994) for all the 1996 GPA parties that have accepted its Protocol of Amendment. Essentially, the new GPA is the last of a wide variety of policy initiatives within GATT for the progressive opening up of government procurement to foreign competitors, which began with the negotiations within the Tokyo Round (1973-1979) for a Code on Government Procurement, which entered into force on 1 January 1981, and originally aimed at correcting the non-applicability of GATT rules to this sector.³ Against this background, the following pages contextualize and explore the disciplines and coverage of the new revised GPA.

3. The GPA is an illustrative example of steady regulatory trends towards market-formation in all areas of society, including basic tasks and activities originally performed by public authorities (e.g. communication infrastructures, education, health, etc.). It is no accident that, nowadays, government procurement offers a highly attractive market niche for global companies: states as market niches. In fact, the so-called ‘procurement markets’ are conventionally accounted for approximately 13% of the gross domestic product (GDP) and 29% of general government expenditures of the OECD countries.⁴

4. Both the number and volume of these contracts are steadily increasing, generally involving not only goods but services. In addition, the business opportunities of this emerging global ‘market’ are quite significant, as only a limited number of government procurement contracts are currently subject to international disciplines. In this context, globalized companies lobby host and home-state governments for increased “market access” to their procurement activity. Today various international regulatory initiatives establish disciplines ensuring that procurement contracts above certain economic thresholds are awarded in competitive, transparent and non-discriminatory conditions between local and foreign companies. Thus far, the world trading system is the most relevant initiative in this regard.⁵

5. Coverage of government procurement subject to the GPA amounts to 600 billion Euros annually according to the WTO Secretariat estimates: 500 billion Euro per annum, pursuant to the 1996 GPA, and a further 80-100 billion with entry into force of the 2014 GPA.⁶ However, the figures of this increasing trend have not yet been properly mapped on a global scale and context. The global Gross

¹ For an analysis of the negotiating forum as a multi-issue barter exchange, see B. HOEKMAN/ KOSTEKI, *The Political Economy of the World Trade Organization: From GATT to WTO*. Oxford, New York: Oxford University Press, 1995, pp.56-83.

² S. ARROWSMITH. "Reviewing the GPA: The Role and Development of the Plurilateral Agreement After Doha" *Journal of International Economic Law*, Vol. 5 (No. 4), 2002, pp.761-790.

³ See A. BLANK. "The History of the Government Procurement Negotiations Since 1945" *Public Procurement Law Review*, Vol. 4, 1996, pp. 77-147 and J. BOURGEOISE. "The Tokyo Round Agreement on Technical Barriers to Trade and on Government Procurement in International and EEC Perspective" *Common Market Law Review*, No. 5, 1982, pp.1157-1244.

⁴ See OECD (2013) *Government at a Glance 2013*, p.130 (for the ‘Size of Procurement Market’).

⁵ The ten Parties that have currently accepted the Protocol to amend the GPA are: Liechtenstein, Norway, Canada, Chinese Taipei, the United States, Hong Kong China, The European Union, Iceland, Singapore and Israel.

⁶ See WTO (2013) *Report of the Committee on Government Procurement*: World Trade Organization, p.2.

Domestic Product (GDP) increased in the last four decades by nearly 23 times from US\$ 3,394bn in 1970 to US\$75,119bn in 2016 on an average annual not adjusted growth rate of round 7.3 percent. The global General Government⁷ final Consumption Expenditures (GGCE)⁸ synchronically increased from US\$534bn in 1970 to US\$12,371bn in 2016 and the ratio between GDP and GGCE increased slightly, both at a relatively constant proportion during this period.

Table 1. Global aggregates of GDP and GGCE (1970-2016)

	1970	1980	1990	2000	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
GDP	3,394	12,231	23,733	32,967	65,272	72,325	73,730	75,665	77,507	74,171	75,119
GGCE	534	2,098	3,987	5,277	11,382	12,412	12,552	12,814	13,002	12,157	12,371
Ratio [%]	15.7	17.2	16.8	16.0	17.4	17.2	17.0	17.4	16.8	16.4	16.5

Source: Based on UNdata, in billion US dollars at current prices.⁹

Table 1 demonstrates the potential Free Trade Agreement (FTA) range of the GPA, covering the global scale of GGCE. On one hand, the GGCE does not include larger proportions of the general public expenditures (e.g. subsidies and investments). On the other hand, the GGCE includes positions (e.g. defense, aerospace, partially education, and social transfers such as unemployment or pension schemes) which are usually not covered by the GPA.

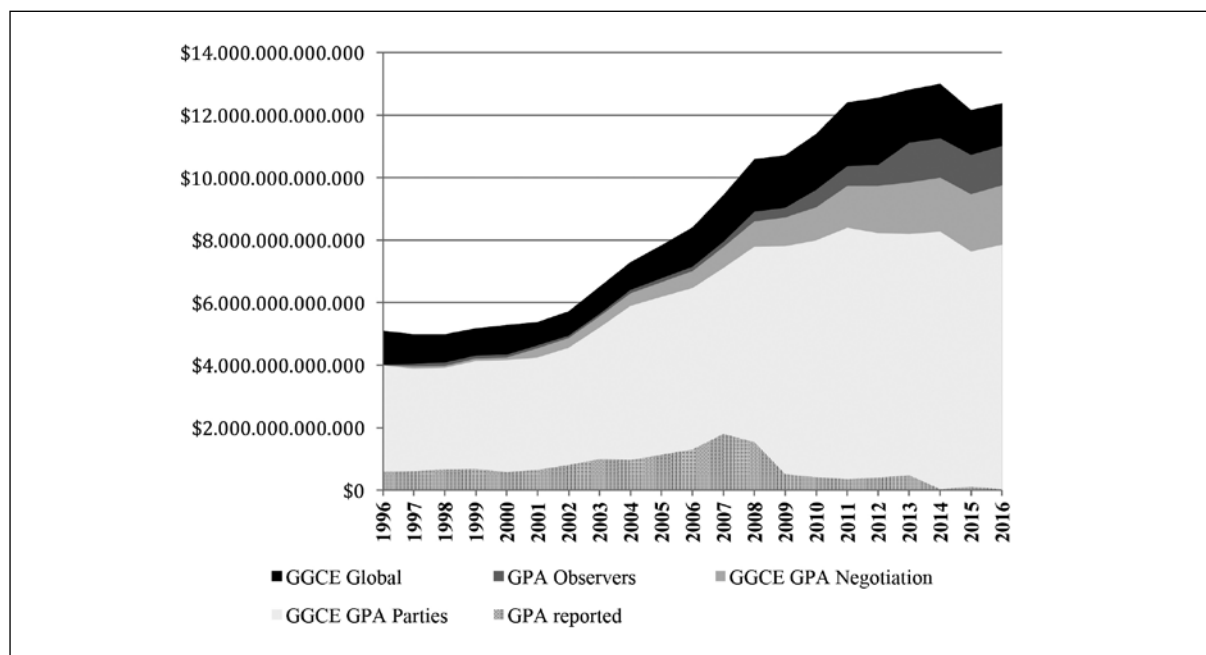
Figure 1 illustrates the aggregates of global GGCE, the GGCE of the GPA observers, the GGCE of GPA accession negotiating parties, the GGCE of the GPA parties, and, the public expenditures as reported under the GPA to the WTO.

⁷ The 'General Government Sector' consists of four subsectors: 1. Central government; 2. State government; 3. Local government, and 4. Social security funds (SNA 2009:80) and includes "all institutional units whose output is intended for individual and collective consumption and mainly financed by compulsory payments made by units belonging to other sectors, and/or all institutional units principally engaged in the redistribution of national income and wealth." (EuroStat, 2015). The general government's main functions are "1. to organise or redirect the flows of money, goods and services or other assets among corporations, among households, and between corporations and households; in the purpose of social justice, increased efficiency or other aims legitimised by the citizens; examples are the redistribution of national income and wealth, the corporate income tax paid by companies to finance unemployment benefits, the social contributions paid by employees to finance the pension systems; and 2. to produce goods and services to satisfy households' needs (e.g. state health care) or to collectively meet the needs of the whole community (e.g. defence, public order and safety)." See EuroStat (2015) *Statistics Explained: Glossary: The general government sector* and SNA (2009) *System of National Accounts 2008*. New York: United Nations.

⁸ The 'General Government Sector' consists of four subsectors: 1. Central government; 2. State government; 3. Local government, and 4. Social security funds (SNA 2009:80) and includes "all institutional units whose output is intended for individual and collective consumption and mainly financed by compulsory payments made by units belonging to other sectors, and/or all institutional units principally engaged in the redistribution of national income and wealth." (EuroStat, 2015). The general government's main functions are "1. to organise or redirect the flows of money, goods and services or other assets among corporations, among households, and between corporations and households; in the purpose of social justice, increased efficiency or other aims legitimised by the citizens; examples are the redistribution of national income and wealth, the corporate income tax paid by companies to finance unemployment benefits, the social contributions paid by employees to finance the pension systems; and 2. to produce goods and services to satisfy households' needs (e.g. state health care) or to collectively meet the needs of the whole community (e.g. defence, public order and safety)." See EuroStat (2015) *Statistics Explained: Glossary: The general government sector*.

According to the definition of the World Bank (2012, pp. 245 and 249) (compare SNA, 2009) 'General Government final Consumption Expenditure (GGCE)' (formerly 'General Government Consumption') includes "all government current expenditures for purchases of goods and services (including compensation of employees). It also includes most expenditures on national defense and security, but excludes government military expenditures that are part of government capital formation."

⁹ See UNdata (2018) *UN Database "GDP by Type of Expenditure at current prices - US dollars"*. In U.N.S. Division (Ed.). New York: United Nations and UNdata (2018) *UN Database "National Accounts Main Aggregates Database"*. In U. N. S. Division (Ed.). New York: United Nations.

Figure 1. Mapping GGCE according to GPA typology (1996-2016)

Note: Reported Special Drawing Rights (SDR) have been translated at historical rates into US dollars at current prices by each country's currency exchange at the end of the reporting year (31/12). Graph displays aggregated data and accumulated values accordingly to dates of entry/accession/acceptance.

Source: Based on WTO (2018), IMF (2016) and UNdata (2018).¹⁰

6. The assigned GPA parties are spending nearly $\frac{2}{3}$ of the global GGCE.¹¹ The documented and reported WTO GPA statistic which are subject to discussions about WTO membership accession cover based on the available data relatively smaller proportion of the GGCE in comparison the government procurement with an average annual ration of round 19 percent between 1996 and 2008 for purchases of goods, services and construction for government needs; the construction position covered by the GPA is the largest in most countries.

7. As the WTO GPA dataset is incomplete and the data compiling procedure represents an approximation based on reported, available data and exchange rates, this share is in fact higher than illustrated. This is due to the different approach by applying exchange rates on national currencies because the available thresholds in SDRs are usually published based on the last two years average of the reporting period, but these reports are not standardized and not all include an explicit average SDR exchange rate(s); in some cases, the SDR exchange rates differ in the positions between goods, services and construction/central, state, and local government.

8. The GPA might potentially be expanded by further 25 percent by including the parties in negotiation and the observers, meanwhile, the other countries representing an additional global GGCE coverage of 12 percent. But this potential GPA volume is difficult to estimate as the GPA coverage in comparison

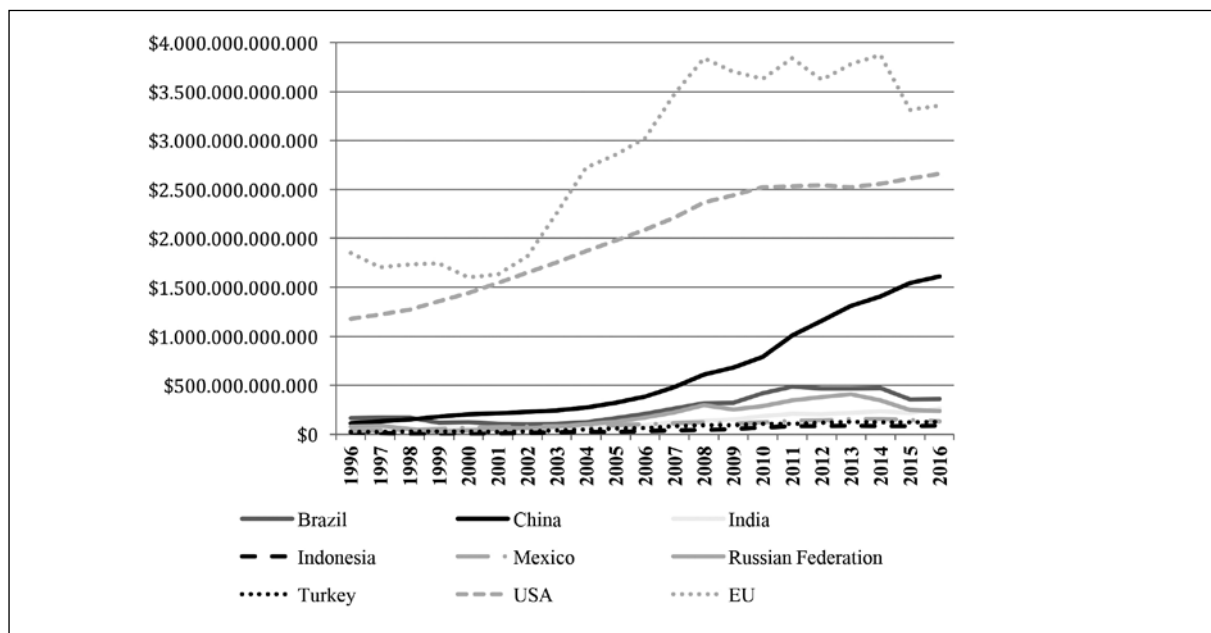
¹⁰ See WTO (2018) *GPA Procurement Statistics*, IMF (2016) *Exchange Rate Archives by Month: Currency units per SDR 1/1/1990-31/12/2015* and UN Database "National Accounts", op.cit.

¹¹ 'Government Procurement' (also 'Public procurement') is the intermediate consumption of goods and services purchased by governments for their own use (e.g. accounting or information technology services), and gross fixed capital formation (acquisitions excluding sales of fixed assets, e.g. buildings and construction of new roads). Costs of goods and services financed by general government, part of government procurement, are not included. See OECD-IDD. (2014). *Government at a Glance: Latin America and the Caribbean 2014 - Towards Innovative Public Financial Management*. Paris: OECD Publishing, p. 100.

to the GGCE among the parties is quite different (average ratios based on the reported, available quantifiable annual data): For example, Canada among the GPA parties represents the lowest average ratio with on 1.5 percent with an average annual reported GPA of US\$2.8bn. The EU has an average GPA-GGCE ratio of 7.1 percent (annual average GPA volume of US\$200bn). The US has comparatively the highest average GPA-GGCE ratio of 42 percent (annual average GPA volume of US\$720bn). The other average ratios of the GPA parties are between these intervals, but the reported GPA is likewise smaller.

9. Therefore, E7 governments might be of special interest for the expansion of the GPA coverage due to their prospective growth perspectives and economic impact on the long term. At the moment, only China and the Russian Federation are negotiating accession. Observer countries are Turkey, India, Indonesia and Brazil (see table 2). Only, Mexico is neither under observation, nor in GPA accession negotiations.

Figure 2. GGCE of EU, USA and E7 (1996-2016)



Note: In US dollars at current prices. The ‘E7’ are the seven emerging economies: Brazil, China, India, Indonesia, Mexico and the Russian Federation.

Source: Based on UNdata (2018).¹²

Figure 2 displays the GGCE development of the E7, US and EU since the GPA start in 1996. In general, the growth tendency is globally increasing among all countries (compare Table 1 and Figure 1). The E7 countries, in particular China, indicate a larger growth perspective than the industrialized countries. This might provide an additional momentum and a win-win-situation for the WTO GPA to cover easily larger proportions of the world government procurement market and might be an advantage for those countries finding themselves in a sharper negotiation position.

10. Hence, the composed figures presented above on global disciplines of public procurement prove that these disciplines are progressively changing the regulatory landscape, by creating an emerging rule-based procurement global market, of increasing size. The opening up of government procurement to foreign competition under common international disciplines also globally expands a new regulatory paradigm for governmental activity based on ‘less rowing’ and ‘more steering’.¹³ The basic policy

¹² UNdata (2018) *UN Database "National Accounts, op.cit*

¹³ R. OSBORNE/ T. GAEBLER, *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is transforming the Public Sector.* Reading, MA: Addison-Wesley Publishing, 1992.

discourse around these initiatives aims to transform economic efficiency and best value for money into the main legal criteria in government procurement decision making (e.g. articles 7 to 16 of the GPA). In this context, procurement policies targeting other social values— such as environmental protection, job creation, local or regional development, etc.— tend to be increasingly framed as secondary procurement policies.¹⁴ The critics question these conceptions, by arguing that these disciplines reduce the capacity of public authorities to use procurement for pursuing other alternative and socially valued objectives.¹⁵ In addition, they also argue that in the long term, government entities and public officials may reduce technical capacities and practical expertise on the ground in all key policy areas, thus, compromising the quality and stability of publicly provided services, by means of the structural outsourcing of their tasks and activities. In short, so-called ‘learning by doing’ is intensely connected to ‘knowing by doing’. On the other hand, the globalization of procurement markets globalizes conflicts of interests as well. As government representatives and high-level officials currently move from industry to government, and back again, policy biases towards the structural outsourcing of publicly provided services (e.g. health, education, etc.) can be embedded within major government policy decisions.

11. In any case, developed countries are pushing the forward button and promoting new regulatory frameworks aimed at reforming government procurement along the lines of the aforementioned criteria. The World Bank, for example, fosters cooperation and technical assistance programs collaborating with the OECD through a joint initiative to strengthen the capabilities of developing countries in this sector, as well as assessing domestic initiatives for procurement reform.¹⁶ In this regard, the decades-old OECD program on procurement aims to remove trade restrictions and promote competition and market performance in this sector.¹⁷ Interestingly, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) is also contributing to these initiatives, and its Model Law on government procurement does currently offer a template of ‘good practices’ for domestic law and regulation in this area¹⁸. Last but not least, some regional policies stand out within procurement reform initiatives. The European Union, in particular, has carried out major and extensive work in the area of procurement reform and market-formation.¹⁹ As a direct result, the EU directives and regulations on government procurement provide the EU DG Trade for a bargaining chip to obtain trade concessions from other GPA Parties in procurement negotiations. Thus, basically, public procurement has become a burgeoning area of global governance.

II. Exploring the main practices and disciplines

12. The GPA functions as a rule-based infrastructure for global procurement markets. To date, 51 Members of the WTO are 19 parties to the GPA (compare Table 2): Canada, the European Union (28 member states), Korea, United States, Hong Kong China, Iceland, Israel, Japan, Norway, the Netherlands, Singapore or Switzerland, Taipei China, among others.²⁰ Currently, the GPA recognizes 32 observers, and nine of these, including the People’s Republic of China, are negotiating accession. Of the 32

¹⁴ S. ARROWSMITH, "Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy", *Journal of Public Procurement*, Vol. 10 (Issue 2), 2010, pp.149-186.

¹⁵ See C. MCCRUDEN, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement, & Legal Change*. Oxford: Oxford University Press, 2007 and P. TREPETE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

¹⁶ See Joint OECD-World Bank Round Table Initiative as well as Bank (2016) for ‘Country Procurement Assessment Reports (CPAR)’.

¹⁷ For an example of OECD’s early and innovative initiatives in this field, see for example, OECD (1995) and OECD (1997), as well as its action program. See OECD (1995) *Recommendation of the Council of the OECD on improving the Quality of Government Regulation (Adopted on 9 March 1995)* and OECD (1997). *The OECD Report on Regulatory Reform Synthesis*.

¹⁸ See S. ARROWSMITH, "Public Procurement: An Appraisal fo the UNCITRAL Model Law as a Global Standard" *The International and Comparative Law Quaterly*, Vol. 53 (No. 1), 2004, pp.7-46 and R. R. HUNJA "The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services and its impact on Procurement Reform" In S. D. Arrowsmith, A. (eds.) (Ed.), *Public Procurement: Global Revolution*. London: Kluwer Law International, 1998, pp.97-107.

¹⁹ C. CHINCHILLA MARÍN, *Public Procurement in the European Union an its Member States*. Valladolid: Lex Nova, 2012.

²⁰ For accession negotiations see Doc GPA/*

GPA observers, WTO Members such as China, India, Australia and Turkey are notable for the volume and potential of their procurement sector. In addition, the protocols for WTO accession of nine of these GPA observers including the Russian Federation and Saudi Arabia, are contemplating GPA accession.²¹

Table 2. Entry and Acceptance Date of GPA Parties and Observers

Party	Date of entry into force/ accession		Observer government	Acceptance date by committee as observers
	GPA 1994	Revised GPA		
Armenia	15/09/2011	06/06/2015	Afghanistan	18/10/2017
Canada	01/01/1996	06/04/2014	Albania*	02/10/2001
EU15 ¹	01/01/1996	06/04/2014	Argentina	24/02/1997
EU25 ²	01/05/2004	06/04/2014	Australia*	04/06/1996
EU27 ³	01/01/2007	06/04/2014	Bahrain	09/12/2000
EU28 ⁴	01/07/2013	06/04/2014	Belarus	27/06/2018
Hong Kong (China)	19/06/1997	06/04/2014	Brazil	18/10/2018
Iceland	28/01/2001	06/04/2014	Cameroon	03/05/2001
Israel	01/01/1996	06/04/2014	Chile	29/09/1997
Japan	01/01/1996	06/04/2014	China*	21/02/2002
Korea	01/01/1997	16/04/2014	Colombia	27/02/1996
Liechtenstein	18/09/1997	14/01/2016	Costa Rica	03/06/2015
Moldova	14/07/2016	14/07/2016	Georgia*	05/10/1999
Montenegro	15/07/2015	15/07/2015	India	10/02/2010
Aruba (Netherlands)	25/10/1996	04/07/2014	Indonesia	31/10/2012
New Zealand	12/08/2015	12/08/2015	Jordan*	08/03/2000
Norway	01/01/1996	06/04/2014	Kazakhstan	19/10/2016
Singapore (China)	20/10/1997	06/04/2014	Kyrgyz Republic*	05/10/1999
Switzerland	01/01/1996	06/04/2014	Malaysia	18/07/2012
Taipei (China)	15/07/2009	06/04/2014	Mongolia	23/02/1999
Ukraine	18/05/2016	18/05/2016	Mongolia	23/02/1999
United States	01/01/1996	06/04/2014	Oman*	03/05/2001
			Panama	29/09/1997
			Pakistan	11/02/2015
			Russian Federation*	29/05/2013
			Saudi Arabia	13/12/2007
			Seychelles	16/09/2015
			Sri Lanka	23/04/2003
			Tajikistan*	25/06/2014
			Thailand	03/06/2015
			Macedonia	27/06/2013
			Turkey	04/06/1996
			Viet Nam	05/12/2012

¹ EU15 consists of the following member states: Austria, Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxemburg, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the United Kingdom.

² EU25 consists of the EU15 adding Cyprus, Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovak Republic and Slovenia.

³ EU27 consists of the EU25 adding Bulgaria and Romania.

⁴ EU28 consists of the EU27 adding Croatia.

Note: * Negotiating accession.

Source: Based on WTO (2018) and Chen & Whalley (2011)²²

²¹ On the market value of new accessions, see R. ANDERSON; K. OSEI-LAH & A. MÜLLER. "Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession" *Public Procurement Law Review*, Vol. 4, 2012, pp. 113-138.

²² See WTO (2018) *GPA parties, observers and accessions* and H. CHEN & WHALLEY. *The WTO Government Procurement Agreement and its Impacts on Trade*. (Working Paper 17365). Cambridge, MA: NBER, 2011.

13. The basic principles of the GPA are non-discrimination, transparency and procedural fairness. The GPA regulates basic disciplines for the procurement of goods and services by central government, sub-state entities and state-owned enterprises in respect of which, each GPA Party has scheduled market-access commitments. In essence, this agreement establishes a minimum general standard for undertakings relating to tendering procedures covered by its rules (e.g. regional airport services, transport infrastructures, tenders by state-owned enterprises, etc.).

14. The GPA Parties are required to grant ‘treatment no less favorable’ than that accorded to domestic products, services and suppliers (article 3.1). Similarly, they may not treat any foreign based supplier less favorably than a locally-established supplier on the basis of ‘degree of foreign affiliation or ownership’; nor may they discriminate against locally-established suppliers ‘on the basis of the country of production of the good or service being supplied’ (article 3.2). The regulatory objective is to ensure that foreign suppliers have equal access and opportunities in government procurement of goods and services. To achieve this, the following basic requirements have been established: (1) Minimum time limits to prepare, submit and receive tenders; (2) Requirements for tender specifications; (3) Procedures for submission, receipt and opening of tenders and awarding of contracts; and (4) Criteria for awarding contracts.²³ In this respect, GPA rules prescribe procedural requirements for three basic types of tenders: (a) *Open tendering procedures*; (b) *Selective tendering procedures*, in which suppliers are invited to submit a tender with conditions of participation linked to the ability to complete the contract as well as (c) *Limited tendering procedures*.²⁴

15. The scope of application or coverage of the GPA is determined with regard to each Party in its Appendix I (also referred to as each Party's ‘schedule’). In this regard, Appendix I contain details of the contracting entities which are subject to GPA as well as minimum threshold values for the public tenders. Within this appendix, the coverage for each GPA Party is determined in Annex 1 (central government entities), Annex 2 (sub-central government entities), and Annex 3 (all other entities procuring in accordance with GPA) as well as Annex 4 (covered services) and 5 (covered construction services).

16. In principle, services are only incorporated in the two final annexes of the aforementioned Appendix I. However, some WTO Members have also consigned services undertakings to Annexes 1, 2 and 3. The other appendices include publications in which the Parties insert advertisements for public contracts (Appendix II), permanent lists of qualified providers for selective tenders (Appendix III) as well as regulations and domestic procedures on government procurement (Appendix 5). These appendices are designed to easily formalize regular changes and updates.²⁵ In regard to these, rectifications, transfers of entities from one annex to another or amendments are subject to so-called ‘compensatory adjustments’ as well as WTO dispute settlement mechanism (articles XXIV.6.a).

17. The GPA also encourages participation and increased transparency in procurement.²⁶ However, it concentrates mainly on disciplining large-scale procurement in general. In this respect, its provisions are only applicable to public tenders with values exceeding specific thresholds (article I.4).²⁷ On one hand, the threshold value for goods and services procured by central government entities is 130,000 SDR;²⁸ currently, that figure equates to 185,000 US dollars. On the other, the threshold value for contracts entered into by sub-central government entities varies. In general, it is situated at around 200,000 SDR with some 400,000 SDR for procurement by state-owned enterprises. With construction contracts,

²³ See articles 11.2, 12, 13.1-3 and 13.4 respectively.

²⁴ See articles 7.3(a), 7.3(b) and 10, as well as article 15.

²⁵ See WTO/LET/*.

²⁶ Differences in coverage vary in intensity. For an interesting study on the relative impact of the GPA in the US, see C. TIEFER. "The GATT Agreement on Government Procurement in Theory and Practice" *University of Baltimore Law Review*, Vol. 31, 1997, pp.31-50.

²⁷ On methods of notification for threshold values see Doc WTO GPA/1, Annexe 3.

²⁸ IMF assesses the daily value which is based on the stock market exchange rate of four currencies (US dollar, Euro, pound sterling and Japanese yen).

the figures rise to 5 million SDR. In summary, the GPA's approach to procurement tends to favor the 'macro' over the 'micro' and thus generally involves large companies and large numbers.

18. Compliance with the GPA disciplines is promoted through an (1) effective inter-state monitoring system, within the WTO Government Procurement Committee, (2) the enforcement of binding rules for domestic review procedures, so that foreign bidders can appeal contracting decisions and obtain reparation, and (3) access to the WTO dispute settlement. With regard to the first point, the GPA regulates transparency of laws, procedures and practices on government procurement as well as the technical specifications of the tenders. In addition, tendering procedures are required to include accessible publications identified in Appendices II to IV (**article IX**). The GPA thus imposes a general obligation to publish applicable laws, court decisions and administrative rulings of general application, as well as any procedure (including standard contract clauses) regarding government procurement (article XIX.1). At the same time, Parties to the agreement are required to submit annual statistics (broken down into categories of products and services) on the number and estimated value of the tenders awarded to both domestic and foreign suppliers.²⁹ Each GPA Party is also required to collect and provide the Committee on Government Procurement, on an annual basis, with statistics on its procurement covered by the rules (article XIX.5).

19. The GPA also determines the publication and right of foreign tenderers to obtain information on positive or negative decisions on the award of tenders (article XVIII.1 and 2). This obligation is complemented by the right of the bidder's country of origin to request additional information; such procedural guarantees are established to ensure that procurement decisions are based on 'fairness' and 'impartiality' (article XIX.2). In addition, the provisions of the GPA also establish a general requirement for its Parties to deliver regular notifications regarding the evolution of their domestic procurement rules and practices. In this respect, Member States are required to notify any modification to procurement regulations and practices (article XXIV.5(b)1).³⁰ In addition, modifications to the appendices can be objected to by other Parties, and are also regularly monitored by the Committee on Government Procurement, which supervises eventual compensatory adjustments pursuant to article XXIV.6(a).³¹

20. In this context, the WTO Secretariat has recently been involved in a project for turning the appendices into online tools, to provide governments and businesses (as potential tenderers) with interactive information regarding procurement. The so-called 'e-GPA project' aims at creating an integrated database comprising information on market access schedules, statistical reports and links to the GPA Parties' procurement sites, to serve as a 'market information tool'.

21. With regard to domestic procedures, article XX of the GPA requires that domestic legal systems set up procedures enabling suppliers to challenge alleged breaches of the agreement through judicial review. The domestic judicial body with competence for this purpose should operate according to a series of procedural requirements (article XX.6.a-c), and shall be authorized to determine the correction, compensation (restricted to costs of tender preparation or protest) as well as rapid interim measures to correct GPA breaches and thus to preserve commercial opportunities (article XX.7, a-c).

22. Ultimately, GPA rules are under the jurisdiction of the WTO dispute settlement system in accordance with article XXII.1. Therefore, WTO panels and the Appellate Body are available to the 51 GPA Parties not only for solving their disputes through neutral third party adjudication but to authorize suspensions of GPA concessions as a result of non-compliance with GPA rules and standards. With

²⁹ See WTO GPA/*, *Statistics for [20**] reported under article XIX:5 of the Agreement*.

³⁰ See WTO GPA/1/Add.1. *Procedure for notification of national implementing legislation*, Committee Decision of 4 June 1996, (27 June 2006) and, for example, WTO GPA/20, *Notification of national implementing legislation—European Community Communication* (28 January 1998) and WTO GPA/32, *Examination of Applicable National Legislation in European Union* (12 January 2000).

³¹ For an example regarding the last EU proposals of modification and the US objections see GPA/MOD/EEC/23 (24 March 2011) and GPA/MOD/EEC/24 (5 April 2011).

regard to non-compliance, however, the GPA differs from the rest of the agreements covered by the WTO jurisdiction in some key issues. For example, non-compliance does not imply suspension of trade concessions or other obligations under WTO covered agreements. As the GPA is a voluntary agreement – whereas the GATT, the GATS and TRIPS are agreements of compulsory accession for all WTO members – GPA Parties are not authorized to suspend trade concessions deriving from the GATT (goods), GATS (services) or TRIPS (IP) in order to respond to non-compliance with GPA provisions. Hence, the so-called crossed-retaliation between GPA Parties is circumscribed to the procurement sector.³²

23. Currently, WTO dispute settlement regarding procurement is relatively scarce compared with other covered agreements. Arguably, the most significant controversy to date was that concerning public procurement of the State of Massachusetts, aimed at disciplining companies operating in Myanmar (Burma) and promoting human rights in that country.³³ In addition, a US claim against procurement conditions for the construction of Incheon International Airport in Korea was also resolved by a panel in 2000.³⁴ Previously, a dispute between the EC and Japan regarding a tender for a capacity extension in a Multi-functional Satellite (MTSAT) was settled.³⁵ Thus, there have been few procurement disputes to date within WTO.³⁶ Notwithstanding this fact, it is reasonable to expect an increase in the number of disputes in the midterm, as 10 new WTO Members are negotiating accession to the revised GPA, and in particular a further 24 states are negotiating accession to the WTO itself.

24. In order to accede to the GPA, a state is required to offer a list of undertakings which are acceptable for all 51 GPA Parties; when this occurs, the offer becomes part of Appendix I. For the purpose of GPA accession, the Committee on Government Procurement set up working groups to examine the scope of the offers as well as full information on opportunities for export of the applicant state.³⁷ Consequently, accession to the WTO will depend on acceptance by all its 160 members and, therefore, also by the 51 GPA Parties. As a result, as mentioned, some WTO accession negotiations are raising the issue of accession to the GPA; although paradoxically this is technically a voluntary accession. In this regard, negotiating GPA accession sometimes becomes a *sine qua non* requirement for some states to obtain the so-called ‘entry ticket’ to the WTO.

III. Regulatory upgrades and coverage

25. In addition to the current disciplines, the 1996 GPA incorporated a Future Work Program, also so-called ‘built-in agenda’, aimed at expanding its sector coverage. The revised GPA of 2014 is a direct result of that agenda, significantly extending the scope of the previous agreement within the Annexes of the new Appendix I; drawn up within the 1996 GPA negotiating framework of article XXIV.7, the agreement was adopted in 2012 and has finally entered into force in April 2014. This updated version of the GPA is yet another by-product of treaty-based progressive liberalization.³⁸ In this regard, the revised

³² Article XXII.3 and 7.

³³ WT/DS88/*, *United States–Measure affecting public procurement* (2000)

³⁴ WTO WT/DS163/R, *Measures affecting public procurement (procurement practices of the Korean Airport Construction Authority)* (1 May 2000).

³⁵ WT/DS73, *Japan–Procurement of a navigation satellite* (3 March 1998). See also Doc WT/GPA/M/(18 February 1998).

³⁶ Three panels have drawn up reports prior to creation of the WTO: *Value-Added Tax and Threshold* GPR/21 (16 May 1984) BISD 31/247, *United States Procurement of a Sonar Mapping System* (23 April 1992, not adopted) GPR.DS1/R and *Norwegian Procurement of Toll Collection Equipment for the City of Trondheim*. GPR.DS2/R (adopted on 13 May 1992) BISD 40S/319. For a comment on these cases see F. WEISS, "Settlement of International trade disputes in regional free trade agreements and domestic courts - dispute settlement in the EC - lessons for the GATT/WTO dispute settlement system?" In E.-U. Petersmann (Ed.), *International trade law and the GATT/WTO dispute settlement system*, London, Boston: Kluwer Law International, 1997, p.704. See also UNCTAD (2003) *Dispute Settlement World Trade Organization-Government Procurement*. New York, Geneva: United Nations, pp.24-29.

³⁷ See WTO GPA/1, *Decisions in procedural matters within the framework of the public procurement agreement* (1994), Annex 2, paragraphs 2 to 4 (5 March 1996).

³⁸ See R.ANDERSON, "The WTO Regime on Government Procurement: Past, Present and Future". In S. A. Arrowsmith,

GPA builds on the procurement regulatory experience initiated in the GATT Tokyo Round (1973-1979), and later followed by the GPA resulting from the Uruguay Round (1982-1994). Following decades of experience, the world trading system has finally reformed this regulatory framework in 2014. As a result, the revised GPA adds 4 complementary objectives to the traditional disciplines managed by the GPA of the Uruguay Round:

- (1) Promoting the implementation of new procurement practices and methods, such as use of information technologies (*on line* tenders);
- (2) Extending the coverage of central (and sub-central) public bodies subject to the GPA;³⁹
- (3) Eliminating some discriminatory measures which were not under the provisions of 1996 GPA;⁴⁰ and
- (4) Facilitating accession of new Parties by incorporating special and differentiated treatment (S&D) for developing countries.

26. Not surprisingly, the negotiations for the new instrument, led by the Swiss Mr. Nicolas Niggli, were particularly complicated. Beginning in 1997, it was only in 2006 that negotiators reached a provisional understanding on obtaining improvements in coverage of Appendix I for all the GPA Parties. In fact, negotiations regarding coverage (e.g. public procurement in Canadian provinces and territories, public procurement for Japanese airports, etc.) closed just hours before the 8th WTO Ministerial Conference. Accordingly, on 15 December 2011, the 43 Parties to the GPA reached a deal to improve its disciplines and expand market access. The final agreement was adopted by the Committee on Government Procurement on 30 March 2012.⁴¹

27. The revised GPA framework aims to create a more manageable and dynamic agreement. In this respect, it clarifies the S&D treatment for developing countries as well as simplifying the procedures for amending the lists of commitment contained in Appendix I. The new agreement also reinforces its pro-competitive and anti-discriminatory provisions and reinforces its mandatory rules regarding transparency in procurement policies and practices. At the same time, its provisions reduce time frames for government procurement of goods and services already available on the market, and establish specific procedures so that potential foreign suppliers can more easily challenge and be compensated for decisions awarding procurement contracts contrary to the GPA. However, the most significant advances have been in its improved scope of application (so-called GPA coverage), including procurement by provincial or departmental authorities as well as procurement of services under the new rules; particularly, regarding infrastructure construction projects.

28. The revised GPA increases its coverage tenfold with respect to the volume of procurement regulated by the Tokyo Round Code on Government Procurement. The increased volume of trade has resulted from incorporating new entities and sectors in the annexes to Appendix I as well as reducing threshold values. In short, Parties to the GPA have added over 200 bodies to their lists as well as procurement of services. The GPA coverage has been significantly extended in sectors such as construction, infrastructure, telecommunications, public transport, hospital equipment services and other public authority services. Thus, for example, the European Union and the United States have extended access to tenders from central bodies such as the European Commission and various US federal agencies. In

Robert. D. (Ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform* (pp. 896). Cambridge, Cambridge University Press & World Trade Organization, 2011 and S. ARROWSMITH, "Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy." *Journal of Public Procurement*, Vol. 10 (Issue 2), 2010, pp.149-186.

³⁹ WTO (2004) *Modalities for the Negotiations on Extension of Coverage and Elimination of Discriminatory Measures and Practices*, GPA/79.

⁴⁰ WTO (2005) *Modalities for the Negotiations on Extension of Coverage and Elimination of Discriminatory Measures and Practices*, GPA/79/Add.1.

⁴¹ WTO (2012) *Adoption of the Results of the Negotiations Under Article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, Following Their Verification and Review, as Required by the Ministerial Decision of 15 December 2011* (GPA/112), paragraph 5.

addition, Japan has offered access to public-private partnerships (PPP) and large scale infrastructure construction projects. At the same time, for example, Canada has opened up its provincial procurement markets, and, Korea its public railway and urban transport tenders. Finally, several GPA Parties provide coverage for new complex 'contractual vehicles' like the macro-construction contracts known as build-operate-transfer agreements (BOTs).

29. Therefore, the revised GPA significantly increases access to procurement markets for foreign companies. As a result, the procurement covered by the new rules expands market access by an estimated USD 80-100 billion annually.⁴² Consequently, the consolidation of a global procurement market is moving forward. It is thus a sector in which rule-based liberalization has successfully advanced within the context of an ongoing world economic crisis. In fact, the new instrument incorporates its own built-in agenda, which focuses on the following areas:

- (1) Sustainable public procurement;
- (2) Public procurement and SMEs;
- (3) Restrictions and exclusions within the Annexes of member state; and
- (4) Improvements in the compilation of statistical data.

30. The third of these points lays down a new negotiating mandate for increasing the coverage or scope of application. In this regard, the 2014 GPA built-in agenda formally brings to the negotiating table those sectors and entities currently restricted or excluded in the annexes of all 43 GPA Parties. Needless to say, the purpose of this item is to ensure the possibility of extending GPA coverage in the long term, with or without a successful Doha Round.⁴³ Thus, the built-in agenda allows this global procurement regime in the making to continue its forward march. In fact, Parties to the 1996 GPA formally agreed that the revised GPA provided the basis for negotiating accession to the former, even before the latter entered into force. This peculiar arrangement obviously involved some degree of juggling for those state representatives who were negotiating accession, as their discussions for accessing one treaty (the old GPA) were in the process of being replaced by another treaty (the new GPA!). As a result, as the revised GPA finally entered into force in 2014, countries in the process of negotiating accession to the former GPA were required to swap over to the new regulatory framework.

31. Currently, the complex and long-term negotiations for accession to the revised GPA continue to slowly move forward. In fact, the US and the EU have been redoubling their efforts to exert pressure on certain key states, with the People's Republic of China being prominent among these. The case of China's accession is particularly illustrative. For some observers, accession to the GPA of emerging economies such as China would be more positive for US and EU companies than other potential results awaiting an outcome in the stalled Doha Round. To paraphrase the Committee on Government Procurement, China's accession is 'a matter of tremendous significance for the agreement, for the WTO and for the world economy and an extremely important signal for emerging economies'.⁴⁴ As a result, the Committee hopes to conclude negotiations in the mid-term, thus intensifying its ongoing dialogue regarding coverage and market access. In addition, the WTO Secretariat is particularly involved in providing technical assistance to Chinese representatives, in order to facilitate a prompt deal within the brand new GPA framework.

32. China's accession is an incentive to other emerging economies to make a move, in order to avoid being left out of the procurement markets to which Chinese companies will gain access. In fact, India has joined the GPA as an observer, to a great extent as a result of China's accession negotiations. The People's Republic of China has been a WTO Member since 2001, but began negotiations to join the

⁴² See GPA/121, *Report (2013)*, op.cit.p.2.

⁴³ WTO (2012) *Adoption of the Results of the Negotiations Under Article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, Following Their Verification and Review, as Required by the Ministerial Decision of 15 December 2011 (GPA/112)*, paragraph 5.

⁴⁴ See GPA/121 (24 October, 2014), *Report (2013) of the Committee on Government Procurement*, paragraph 3.13.

GPA later on:⁴⁵ Accession was formally requested on 28 December 2007 and the initial offer by China was circulated among the parties on 7 January 2008.⁴⁶ To date, China has already submitted several revised offers to the GPA Parties. In fact, GPA Parties have received several revised bids already, following formal requests by the United States Trade Representative (USTR).⁴⁷ However, the bids have failed to meet the expectations of key players such as the United States and the European Union. The requests for market access improvements from the US and the EU focus on gaining extended coverage from central public bodies, regional authorities, and reducing threshold values, as well as its wide exclusions to certain procurement sectors and authorities.

IV. The GPA disciplines in current context

34. World procurement markets are currently dominated by industries from developed countries. As a result, developed countries are exerting strong pressure in WTO and other forums so that developing countries reduce the margins of discrimination against foreign companies in government procurement.⁴⁸ In this regard, companies lobby representatives from developed countries to obtain extra market access in the emerging E7 economies with a view, to name an illustrative example, towards providing new transport and communications mega-infrastructures. However, developing countries have systematically opposed the launch of multilateral negotiations in this area since the Uruguay Round (1986-1994).⁴⁹ Thus, at the present time, there is no mandate for negotiating multilateral disciplines in this area.⁵⁰

35. In this regard, the mandate of the Doha Round only covered the negotiations on the improvement of transparency in government procurement in response to the opposition to multilateral negotiations by developing countries. Accordingly, the WTO Ministerial Declaration of Singapore (13 December 1996) established a working group to analyze the transparency of procurement practices,⁵¹ and envisaged the eventual negotiation of an agreement on transparency in the sector, which was in any case to be de-linked from GPA negotiations.⁵² In Doha, the trade delegates from developing countries managed to ensure that the Final Declaration of 2001, inaugurating the new Development Round, expressly excluded the negotiation of undertakings on procurement market access:⁵³ '[the negotiations] shall be limited to the transparency aspects and therefore will not restrict the scope for countries to give preferences to domestic supplies and suppliers.'⁵⁴

⁴⁵ H. WANG/ QI. WANG, "China's ten years in the WTO: review and perspectives" *Journal of Chinese Economic and Foreign Trade Studies*, Vol. 6 (Issue 2), 2013, pp.53-69.

⁴⁶ See GPA/ACC/CHN/1 (7 January 2008) and GPA/93 (14 January 2008).

⁴⁷ See, for example, the bid received at the session of the US-China Joint Commission on Commerce and Trade. For a comment on the bid circulated to GPA Parties on a confidential basis see *Inside U.S. Trade's China Trade Extra, New China GPA Offer Adds Six Provinces, But Still Falls Short Of Demands* (7 January 2014).

⁴⁸ See, for example, USTR (2014) *2014 National Trade Estimate Report on Foreign Trade Barriers*.

⁴⁹ On the pre-Seattle proactive position of developing countries (with more than 200 proposals) see C. MICHALOPOULOS, "Developing Country Strategies for the Millennium Road" *Journal of World Trade*, Vol. 33 (Issue 5), 1999, pp.1-30. For long-term longitude perspective on the position of developing countries previous to WTO see J. SCOTT, "Developing Countries in the ITO and GATT Negotiations" *Journal of International Trade Law and Policy*, Vol. 9, 2010, pp.5-24.

⁵⁰ For a study on the gradual approach to non-discrimination in the field of multilateral public procurement see M. DISCHENDORFER, "The Existence and Development of Multilateral Rules on Government Procurement under the Framework of the WTO" *Public Procurement Law Review*, Vol. 9 (Issue 1), 2000, pp.1-38.

⁵¹ See WTO (1996) *Ministerial Declaration on Trade in Information Technology Products*, WT/MIN(96)/16) and S. ARROWSMITH, "Towards a multilateral agreement on transparency in government procurement" *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 47, 1997, pp. 793-810 (studying the establishment of this group).

⁵² For the original idea of such multilateral agreement see *Non Paper-Government Procurement* (European Union 1996) and *Non Paper-Further Ideas on a WTO Government Procurement Initiative* (USTR 1996).

⁵³ See WT/MIN(01)/DEC/1, *Ministerial Declaration adopted 14 November 2001* (20 November 2001).

⁵⁴ For a critical assessment of the functions and benefits of transparency in public procurement see S. ARROWSMITH, "Transparency in Government Procurement: The Objectives of Regulation and the Boundaries of the World Trade Organization" *Journal of World Trade*, Vol. 37, 2003, pp. 283-303.

36. The Final Declaration opened up the possibility of new negotiations in this area following the fifth WTO Ministerial Conference (Cancun 2003), ‘on the basis of a decision to be taken, by *explicit consensus*, at that session on *modalities of negotiations*’.⁵⁵ However, developing and developed countries were unable to attain the required *explicit consensus* in that Conference.⁵⁶ The Cancun failure to reach agreement on this issue arose from the increasing tensions in negotiations regarding the so-called Singapore issues; that is, as a result of the tensions caused by critical policy issues such as investment protection and antitrust in particular. In fact, the Singapore issues ended by being formally excluded from the Doha Round in 2004, as a way of mitigating policy frictions in the interests of a successful Round. In this way, the WTO Members approved the so-called ‘July package’ in which developed countries agreed to remove these issues from the negotiation mandate, in order to keep the Round talks ongoing.⁵⁷ Nevertheless, developed countries have stepped up the pressure on certain developing countries to obtain undertakings to open up their government procurement markets through other regulatory vehicles within the WTO (e.g. GATS), as well as outside WTO (e.g. preferential trade agreements).

37. However, with regard to the former, developed countries are finding it increasingly difficult to use their traditional negotiating leverage for obtaining trade-offs within the WTO institutional structure. As a result, the feasibility of improving access to the procurement markets of developing countries through GATS is currently scarce at best, as its article XIII.1 expressly exempts government procurement from the main market access provisions of GATS.⁵⁸ In any case, GATS article XIII.2 establishes a negotiating mandate on services procurement. Thus, it is not easy to predict final outcomes in this area, as the success of multilateral trade negotiations always depends on complex trade-offs on which consensus may be reached, literally, at the last minute. In practice, as mentioned, Multilateral Trade Negotiations (MTN) Rounds encourage a precarious balance of concessions between a wide variety of requests offered in numerous negotiating sectors (e.g. industrial tariffs, subsidies, agriculture, IP-health related issues, among others). Therefore, it is generally difficult to predict the developments and outcomes of the Round overall. In fact, many already argue that the Doha Round has already failed. The July package managed to overcome this impasse and reinvigorated the Round. To summarize, notwithstanding some progress in the GATS negotiations regarding procurement of services, the success of negotiations is also dependent on other parallel WTO negotiations. In this regard, whether or not there is a definitive deal will depend on 160 WTO Members valuing the overall results positively; which is a difficult but not impossible task to achieve, as previous GATT Rounds suggest.

38. At the present time, the WTO regime not only manages substantive and procedural rules – which become international hard law under a binding global jurisdiction – but also provides a stable and dynamic regulatory framework for opening up domestic markets through regular multi-state crossed-concessions and trade-offs. In this sense, WTO law constitutes a hyper-specialized legal system on its own terms and one that has been shown to be particularly dynamic to date. In fact, as explained, the WTO defines itself in its constitutive treaty as a Permanent Forum for Negotiations, and thus includes the regular launch of multilateral trade negotiations among its functions.⁵⁹ As progressive liberalization is inherent in the world trading system, the GATT regime has expanded its negotiating mandates over entire new areas. The long-term efforts to build a global procurement market from an agreement of voluntary accession for WTO Members – a plurilateral agreement such as the GPA – are an expression of this culture. In this context, some developed GPA Parties tend to promote the opening up of government

⁵⁵ See WT/WGTGP/W/32, *Work of the working group on the matters related to items I-V of the list of the issues raised and points made*, Secretariat Note (23 May 2002), and WT/WGTGP/W/33, *Work of the working group on the matters related to items vi-xii of the list of the issues raised and points made*, Secretariat Note (3 October 2002).

⁵⁶ For the 12 items examined by the transparency working group (potential areas for drafting a possible agreement) see the ‘Chairman’s Checklist’. See JOB (99)6782, *List of issues raised and points made*, *President’s Informal Note*.

⁵⁷ See Doc WT/579 *Decision adopted by the General Council on 1 August 2004* (2 August 2004).

⁵⁸ On GATS liberalization and the eventual GPA multilateralization see B. HOEKMAN/ EVERNETT, "Government Procurement of Services: Assessing the Case for Multilateral Disciplines" In P. S. Sauvé, Robert M. (Ed.), *Services 2000: New Directions in Services Trade Liberalization* Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2000, pp.143-164.

⁵⁹ See Article III.2 of the WTO Agreement.

procurement markets through any regulatory vehicle available within the scope of WTO covered agreements. In fact, many north-south tensions within the Doha Round originate from such practices, as some developed WTO Members such as the US and the EU are particularly lax when interpreting the agreed negotiating mandate for each MTN Round; and procurement is not foreign to these practices.

39. The objective of governments pushing for this strategy –notably USA and EU– is to increase market access for the global companies incorporated in their territories. By regularly shifting forums, parallel negotiating venues are available for the ‘opening up of government procurement markets’. Thus, trade representatives not only negotiate procurement within the GPA framework but in other WTO regulatory frameworks such as GATS, as well as outside WTO, such as the variety of US and EU FTAs incorporating procurement provisions.⁶⁰ As a result, concessions that cannot be achieved within the world trading system will be requested in alternative forums.⁶¹ Therefore, a variety of initiatives have been launched in diverse forums for promoting the opening up of procurement markets. This strategy not only transcends the GPA framework, but also the WTO itself:

- Liberalization within the GPA framework;
- Liberalization within the WTO framework, but outside the GPA (e.g. GATS);
- Liberalization outside the WTO (e.g. bilateral treaties).

40. In the world of regulatory networks, the WTO will continue to be the central regulatory regime for governing the global market economy in the making as long as it is able to regularly expand and upgrade its rules. In this regard, as Sell suggests, international politics are far messier than is generally assumed.⁶² In fact, the game is never over, as all actors involved continuously cycle through fora to find one at a moment in time where their power will be optimized.⁶³ In the words of Chorev,⁶⁴ institutions have interactive effects in any given policy space: as a result, the repositioning of one piece in one of those institutions (i.e. adoption of a rule) may result in the repositioning of more pieces in other institutions. The phenomenon has been also defined as “chessboard politics”.⁶⁵

41. Under this scenario, GPA policymakers and practitioners might interpret the GPA in relation to latest WTO accession negotiations in a wrong manner: the research demonstrates that the impact of GPA neither translates in 100 percent of all government expenditures. In fact, the share of the GPA in comparison among the parties differs in distribution, nor does the GPA relate in absolute and large shares to the GGCE in most countries; exceptionally, in the USA where the GPA has the highest share, with more than 40% in comparison to the GGCE. Thus, the GPA might impact relatively lesser, than generally assumed. Therefore, the coverage could be improved by further liberalization efforts among the GPA parties—the proportions between GPA and GGCE are relatively smaller in most countries compared to the USA— or by triggering the thresholds, and enhancing regulatory practices, as most GPA supplier

⁶⁰ See, for example, S. A. KHORANA/N. ANAND, "EU FTA Negotiations with India: The question of Liberalisation of Public Procurement" *Asia Europe Journal*, Vol. 12 (Issue 1), 2014, pp.251-263.. For a recent OECD study (briefly covering 47 RTA with procurement provisions) see A. UENO, "Multilateralising regionalism on government procurement", *OECD Trade Policy Papers* 151 (10 May 2013). See also S/WPGR/W/49 *Government Procurement related provisions in Economic Integration Agreements – Note by Secretariat* (31 August 2004) and S/WPGR/W/49/Add.1 (8 September 2009), containing the two reports from WTO Secretariat on this issue.

⁶¹ See K. ALTER, "The Politics of International Regime Complexity" *Perspectives on Politics*, Vol. 7 (Issue 1), 2009, pp. 13-24. For the case of industrial property, see, in particular, S. SELL "Cat and Mouse: Forum shifting in the battle over intellectual property rules and enforcement" *International Studies Association Montreal*, 2011.

⁶² S. SELL "Cat and Mouse, op.cit.

⁶³ P. DRAHOS. "Four lessons for developing countries from the trade negotiations over access to medicines" *Liverpool Law Review*, Vol. 28 (No. 11), 2007, pp.11-39.

⁶⁴ N. CHOREV, "Political and Institutional Manoeuvres in International Trade Negotiations: The United States and the Doha Development Round" In W. a. B. Blaas, J. (Eds.) (Ed.), *Strategic Arena Switching in International Trade Negotiations*. Aldershot, UK: Ashgate Publishing, 2007, pp. 33-34.

⁶⁵ K. ALTER/MEUNIER, "The Politics of International Regime Complexity" *Perspectives on Politics*, Vol. 7 (Issue 1), 2009, pp. 13-24.

contracts are found in large proportions to be of domestic nature.⁶⁶ Future research might explore this issue more appropriately, provided that more transparent data is available.

42. Finally, the taxonomy and data collection methodology regarding the GPA reports issued by WTO Members should become more standardized as the reports are structured quite different. For example, Japan represents a best-practice case by including statistics distinguishing between domestic and international GPA contracts. This might serve as an example to improve transparency on these reports regarding the global reach of government procurement. In addition, the research highlights that not all GPA member countries comply with their duties regarding reporting. Thus, for example, in some cases there are missing entire reporting periods (e.g. Switzerland), or reports have not yet been disclosed (e.g. EU for 2014, USA since 2010, etc.), or the reports are not provided publicly available at the WTO database, but are only available on personal request at the WTO Secretary (e.g. Hong Kong).

⁶⁶ In this regard, compare reports of best-practice case Japan where about 90% of all GPA contracts represent domestic suppliers. See H. CHEN/ J. WHALLEY, “The WTO Government Procurement Agreement and Its Impacts”, *NBER Working Paper No. 17365*, 2011, p.17.

VARIA

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL, DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE Y CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO: ¿UNA COMBINACIÓN EXPLOSIVA?

MATRIMONIAL PROPERTY REGIMEN, SUCCESSION RIGHTS OF THE SURVIVING SPOUSE AND EUROPEAN CERTIFICATE OF SUCCESSION: AN EXPLOSIVE COMBINATION?

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-5639-2301*

Recibido: 15.07.2018 / Aceptado: 15.08.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4399>

Resumen: El objeto del presente trabajo es el estudio de la STJUE de 1 de marzo de 2018, conocido como asunto Mahnkopf. Este asunto es interesante no sólo por lo que recoge el TJUE sino también por lo que calla. Esto es así porque este caso trae a colación problemas jurídicos de gran calado para el Derecho internacional privado como el problema de la calificación. Pero sobre todo pone sobre la mesa un aspecto que va a ser clave en el Derecho europeo de sucesiones y es la relación entre el Derecho sucesorio y los aspectos relativos al régimen económico matrimonial y cómo estas cuestiones pueden quedar reflejadas en el nuevo instrumento creado por el Reglamento 650/2012, el certificado sucesorio europeo.

Palabras clave: Derechos sucesorios, certificado sucesorio europeo, régimen económico matrimonial, Reglamento europeo de sucesiones.

Abstract: The goal of this paper is to the Judgment of the European Court of Justice of 1 March 2018, Known as Mahnkopf affair. This case is interesting not only because of what the CJEU establishes but also because of what is silent. This is because this case brings up legal problems of great importance to private international law such as the problem of qualification. But above all, it puts on the table an aspect that will be key in European succession law. It is the relationship between succession law and aspects related to the matrimonial property regime and how these elements can be reflected in the new instrument created by the Regulation 650/2012, the European Certificate of Succession.

Keywords: Succession rights of the surviving spouse, European certificate of succession, matrimonial property regime, European succession regulation.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del caso. III. Problemas jurídicos. 1. Aproximación inicial. 2. El problema de la adaptación. A) Los ámbitos de aplicación de los Reglamentos europeos sobre Régimen económico matrimonial y sobre sucesiones. B) La adaptación. C) La solución. 3. La naturaleza del art. 1371.1 BGB para el TJUE. A) ¿De dónde viene el cuarto sobre la herencia objeto de la discordia?. B) ¿Cuál es realmente el problema? C) ¿Y la solución del TJUE?. IV. El alcance del certificado sucesorio europeo. 1. Consideraciones preliminares. 2. El contenido del certificado sucesorio europeo. 3. Pero ¿Cualquier contenido sería posible en el certificado sucesorio europeo? 4. Los efectos del certificado sucesorio europeo. V. Conclusiones finales.

I. Introducción

1. El objeto del presente trabajo persigue el análisis de la STJUE de 1 de marzo de 2018 relativa al Certificado Sucesorio Europeo (en adelante, el CSE) y los derechos sucesorios del cónyuge superviviente¹. Este asunto apasionante a la vez que intrigante permite entrever dos aspectos sobre la intención del TJUE en relación al CSE. Por un lado, cómo concibe este instrumento el TJUE. Por otro lado, se trae a colación un problema jurídico controvertido y es la interacción o relación entre el Derecho de sucesiones y aspectos relativos al régimen económico matrimonial. En particular en el caso que nos ocupa se deberá atender a una norma nacional concreta, una norma del código civil alemán, el art. 1371 apartado 1 BGB.

2. Esta sentencia que va a protagonizar nuestro trabajo sería la segunda que se dicta en relación al *Reglamento UE n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* (en adelante, RES)². En la actualidad existen cinco sentencias del TJUE sobre el RES y al menos tres ellas tienen un denominador común: el certificado sucesorio europeo³. Por lo tanto, esto demuestra que el CSE es un instrumento clave en el derecho europeo de sucesiones⁴.

II. Hechos del caso

3. Los hechos del presente asunto podrían quedar resumidos en lo siguiente: un señor alemán, el señor Mahnkopf, fallece en 2015 en Alemania sin testamento⁵. Este señor contaba con un patrimonio con bienes sitos en su totalidad en Alemania, salvo un bien inmueble sito en Suecia⁶. Los herederos eran dos: su esposa y el hijo común de ambos. El matrimonio no había firmado pacto alguno durante el matrimonio. De este modo, su régimen económico matrimonial era el régimen alemán de participación en las ganancias (*Zugewinnngemeinschaft*).

La cónyuge superviviente, la Sra. Mahnkopf, solicita un certificado nacional (*erbschein*) en mayo de 2016. Pocos días después, en junio de 2016 solicita ante notario alemán un certificado sucesorio europeo ante las autoridades alemanas. El fin que perseguía con el CSE era el de poder inscribir el bien inmueble sito en Suecia a su nombre y al de su hijo⁷. Para eso era necesario que en el CSE constara que tanto ella

¹ STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138. Para comentarios sobre esta sentencia *vid.* en la doctrina española J. M. FONTANELLAS MOREL, “La delimitación del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 con respecto a las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales. A propósito de la STJUE de 1 de marzo de 2018 (C-558/16: *Mahnkopf*)”, *REEL*, n° 35, junio 2018, pp. 27-38. En la doctrina extranjera *vid. ad ex.* J. WEBER, “Ein Klassiker neu aufgelegt: Die Qualifikation des 1371 BGB unter dem Regime der Europäischen Erbrechtsverordnung”. *Neue Juristische Wochenschrift*, 2018-19; H. DÖRNER, “Erbrechtliche Qualifikation des 1371 Abs. 1 BGB durch den EuGH: Konsequenzen und neue Fragen”, *ZEV*, 2018-6, pp. 305-306; C. NOURISSAT, “Certificat successoral européen: quelle part pour le conjoint survivant?”, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, 13, 30 Mars 2018, act. 340; M. FARGE, “La Cour de justice tranche entre la matière matrimoniale ou successoriale”, *Droit de la famille*, 2018-5.

² DOUE núm. 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134. Corrección de errores: L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 3 y L 60, de 2 de marzo de 2013, p. 140.

³ La primera sentencia relativa al RES y al CSE fue la STJUE de 12 de octubre de 2017, C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755; la segunda es ésta que comentamos, y la tercera es la STJUE de 21 de junio de 2018, C-20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485.

⁴ La doctrina ya ha manifestado la importancia del CSE para el Derecho europeo de sucesiones previamente *ad ex.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, Vol. 6, n° 1, 2014, p. 39; A. DEVAUX, “The European Regulations on Succession of July 2012: A Path towards the End of the Succession Conflicts of Law in Europe”, *The International Lawyer*, vol. 47, n° 2, 2013, p. 244

⁵ Sólo señalar que en la versión española de la STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, apartado 20 se señala erróneamente que el fallecimiento del señor Mahnkopf tiene lugar el 29 de agosto del año 2005, cuando en realidad es diez años después.

⁶ STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, apartado 21.

⁷ *Ibidem*, apartado 23.

como su hijo eran herederos por igual, a cada uno le correspondía la mitad del patrimonio hereditario del señor Mahnkopf⁸.

Sin embargo, la autoridad alemana competente se niega a expedir el CSE. La razón que aducen es la siguiente: la mitad de la sucesión que le corresponde a la Sra. Mahnkopf es debido a la suma de dos cuartas partes. Una cuarta parte derivada del Derecho sucesorio (art. 1931(1) BGB) y otra cuarta parte consecuencia de su régimen económico matrimonial (art. 1371.1 BGB). De este modo, el tribunal alemán entiende que en base al ámbito de aplicación del RES sólo se puede certificar vía CSE la cuarta parte de la herencia que es consecuencia del régimen sucesorio, no la cuarta parte que es derivada del régimen económico matrimonial⁹.

4. La viuda recurre ante el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín y solicita, además, que conste a título informativo que una cuarta parte de la herencia le correspondía en virtud del régimen económico matrimonial en atención al art. 1371 apartado 1 BGB¹⁰.

El tribunal alemán al que apela tiene dudas de que se pueda incluir en el CSE la parte alícuota de la viuda que se deriva del régimen económico matrimonial que mantenía con el causante¹¹. Esto es así debido a que el tribunal entiende que ese precepto del Derecho alemán es una norma relativa a los efectos del matrimonio, no al Derecho de sucesiones. El citado art. 1371 apartado 1 BGB ha sido objeto de enconados debates doctrinales y jurisprudenciales¹². Sin embargo, parecía que el debate había quedado apaciguado tras la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 13 de mayo de 2015 inclinándose la balanza a favor de considerar el precepto como una norma relativa al régimen económico matrimonial¹³. De este modo, al tribunal al que apela la Sra. Mahnkopf considera que en términos generales la parte de la cuota hereditaria que le corresponde a la viuda consecuencia de la disolución de su régimen económico matrimonial no puede quedar recogida en el CSE¹⁴.

No obstante, para el tribunal alemán esta regla general podría ser excepcionada. Esto podría ser así cuando la Ley aplicable a la sucesión y al régimen económico matrimonial coinciden. Es decir, la Ley del mismo ordenamiento jurídico se aplique para ambas cuestiones. Situación que se da en el pre-

⁸ *Idem*, apartado 23.

⁹ STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, apartado 24.

¹⁰ *Ibidem*, apartado 25.

¹¹ Para un mayor detalle sobre lo dispuesto por el tribunal alemán que remite la cuestión prejudicial al TJUE *vid.* J. M. FONTANELLAS MOREL, “Los derechos legales del cónyuge superviviente en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado”, *La Ley Unión Europea*, nº 61, julio 2018, pp. 2-5.

¹² Básicamente las posturas sobre la naturaleza del art. 1371.1 BGB podrían quedar resumidas en tres: 1) algunos entienden que dicho precepto debe quedar incluido en el ámbito de la Ley aplicable a la sucesión; 2) otros consideran que se debe calificar como un aspecto relativo a los efectos del matrimonio; 3) otros entienden que sólo debería aplicarse el precepto cuando se aplique el Derecho alemán tanto a la sucesión como al régimen económico matrimonial. Es lo que se conoce como la teoría de la “doble caracterización”. En relación a la doctrina sobre la cuestión *vid. ad ex.* A. BONOMI, “Article 1. Champ d’application”, en A. BONOMI/ P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du règlement (UE) no 650/2012, du 4 juillet 2012*, Bruxelles, Bruylant 2016, pp. 89 y ss.; A. REIS, “Succession and Family Law”, en S. BARIATTI, I. VIARENGO, F.C. VILLATA, *Towards the Entry into Force of the Succession Regulation: Building Future Uniformity upon Past Divergencies*, pp. 43-45, disponible en línea <http://eng.dirittopubblico.unimi.it/extfiles/unimidire/389501/attachment/final-study-justt-2013-jciv-ag-4666-last-version.pdf> (consultado el 12 de julio de 2018). En cuanto a la jurisprudencia alemana al respecto hay sentencias como la del *Oberlandesgericht Köln* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Colonia) de 5 de agosto de 2011 que consideró que el cónyuge viudo no obtiene ninguna parte de la herencia con arreglo al artículo 1371, apartado 1, del BGB, cuando la ley aplicable al régimen económico matrimonial es el Derecho alemán y la ley aplicable a las sucesiones es un derecho extranjero (en este caso concreto se trataba del Derecho turco). Pocos meses después, en una sentencia del *Oberlandesgericht München* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Múnich) de 16 de abril de 2012 el tribunal consideró que el artículo 1371, apartado 1, del BGB se podía aplicar incluso cuando el Derecho aplicable a las sucesiones fuera un derecho extranjero. Estas discrepancias quedaron zanjadas por la sentencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal alemán) de 13 de mayo de 2015. Esto es así debido a que el alto Tribunal alemán consideró que el artículo 1371, apartado 1, BGB es una norma relativa al régimen económico matrimonial. Así, entendió el Tribunal Supremo alemán que cuando el régimen económico matrimonial se rige por el Derecho alemán es de aplicación el art. 1371.1 BGB con independencia de que la Ley aplicable a la sucesión no se trate del Derecho alemán y se trate por tanto de la Ley correspondiente con otro ordenamiento jurídico. *Vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 13 de diciembre de 2017, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2017:965, nota nº 5.

¹³ Disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=71224&pos=0&anz=1> (consultado el 12 de julio de 2018)

¹⁴ STJUE de 1 de marzo de 2018, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, apartado 27.

sente asunto. La Ley aplicable al régimen económico matrimonial y la Ley aplicable a la sucesión es la misma: el Derecho alemán.

Por consiguiente, el razonamiento del tribunal alemán es que con independencia de la norma de conflicto que se haya aplicado si para ambos aspectos (sucesorios y de efectos del matrimonio) se aplica el mismo Derecho, en ese caso, sí que podría quedar reflejada la cuota hereditaria del cónyuge viudo en el CSE¹⁵. Tanto el art. 67.1 RES relativo a la expedición del certificado como el art. 69.2 RES sobre los efectos del CSE, permiten que cualquier otra Ley diferente a la que rija la sucesión pueda acreditar también extremos o aspectos que se pretenden acreditar con el CSE. Pero, todavía así cabría preguntarse si verdaderamente esta interpretación que realiza el tribunal alemán se debe entender de tal modo. Por ese motivo, el tribunal germano le pregunta en esencia al TJUE si también quedarían incluidas dentro del ámbito de aplicación del RES la normativa nacional (en este caso concreto: el art. 1371.1 BGB) que regula cuestiones relativas al régimen económico matrimonial tras la muerte de uno de los cónyuges cuando dicha norma implica el aumento de la parte alícuota del cónyuge superviviente en la herencia.

III. Problemas jurídicos

1. Aproximación inicial

5. En el asunto que nos ocupa hay un hecho esencial. Éste es que el causante está casado. Así, cuando el de *cuius* está unido en matrimonio es imposible ignorar los aspectos relativos al régimen económico matrimonial¹⁶. El régimen económico matrimonial presenta un impacto directo en la sucesión. La disolución y liquidación de dicho régimen económico es primordial en una sucesión *mortis causa*. Dos razones sustentan esta afirmación:

- 1) *Vía para conocer el patrimonio hereditario*. Si no se disuelve y liquida previamente el régimen económico matrimonial no se puede determinar qué se puede heredar.
- 2) *Vía para conocer las cuotas concretas que les corresponden a los herederos*. La liquidación del régimen permite conocer en qué posición queda el cónyuge y cómo afecta al resto de herederos.

6. Esta conexión entre el Derecho sucesorio y los efectos del matrimonio hace que la normativa aplicable tanto a nivel conflictual como material se vea afectada¹⁷. Esto da lugar a que en virtud del presente asunto podamos diferenciar varios problemas jurídicos de calado. En particular, vamos a destacar tres:

- 1º) La adaptación.
- 2º) La calificación.
- 3º) La relación entre el Derecho sucesorio y los aspectos relativos al régimen económico matrimonial y cómo estas cuestiones pueden quedar incorporadas en el certificado sucesorio europeo.

2. El problema de la adaptación

A) Los ámbitos de aplicación de los Reglamentos europeos sobre Régimen económico matrimonial y sobre sucesiones

7. Los Reglamentos europeos intentan no solapar sus ámbitos de aplicación. El *Reglamento 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el*

¹⁵ *Ibidem*, apartado 28.

¹⁶ Vid. D.A. POPESCU, *Guide on International private law in successions matters*, Magic Print Onesti, 2014, p. 16. Disponible en línea en <http://old.just.ro/LinkClick.aspx?fileticket=Sr4HhCRh6zU%3D&tabid=2980> (consultado el 11 de julio de 2018).

¹⁷ Vid. Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 13 de diciembre de 2017, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2017:965, apartado 72.

ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos (en adelante RREM) será la norma que determine la Ley aplicable a los efectos del matrimonio a partir del 29 de enero de 2019 (art. 69.1)¹⁸.

8. El RREM en su art. 1.1 señala que es aplicable a los regímenes económico matrimoniales. El concepto de “régimen económico matrimonial” se precisa en el art. 3.1 en su letra a RREM. Así, se señala que régimen económico matrimonial es el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con terceros, como resultado del matrimonio o de su disolución”¹⁹. Como señala el considerando 18 del RREM, la noción de régimen económico matrimonial debe ser autónoma, debe interpretarse en “sentido europeo” con el fin de abarcar no sólo las normas que son imperativas para los cónyuges sino también las normas opcionales que los cónyuges pueden incluir dentro de su régimen económico en atención al Derecho aplicable²⁰.

9. De este modo, visto el ámbito de aplicación material del RREM es coherente que se excluya de su ámbito de aplicación “la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges” (art. 1.2 letra d RREM). En particular, los derechos sucesorios que pueden existir a favor del cónyuge viudo están excluidos del ámbito de aplicación del RREM²¹. A pesar de que son aspectos íntimamente relacionados, la Ley aplicable al régimen económico matrimonial que se determinará mediante el RREM no regulará los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Estos derechos quedan regulados por la Ley aplicable a la sucesión. Así lo determina el art. 23.2 en su letra b del RES²². Esto se decidió así por el legislador europeo para evitar la escisión de la Ley aplicable a la sucesión. En otras palabras, se persigue que todos los aspectos de una sucesión *mortis causa* queden regulados bajo una misma ley.

10. Con el fin de que exista coherencia entre instrumentos, el RES en su art. 1.2 letra d excluye las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales. Sin embargo, el legislador europeo fue consciente de que la liquidación del régimen económico matrimonial puede afectar considerablemente a la partición de la herencia entre los herederos. Por este motivo, en el considerando 12 del RES se le advierte al operador jurídico que en atención al caso concreto deberá tener en cuenta la liquidación del régimen económico matrimonial.

¹⁸ DOUE L 183/1, de 8 de julio de 2016, pp. 1-29. Corrección de errores: L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 62. Sin carácter exhaustivo sobre el RREM *vid* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho Internacional privado: regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, Nº 40, septiembre, 2016; J. P. QUINZÁ REDONDO, Régimen Económico Matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 299-400; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea. La propuesta de Reglamento de marzo de 2011”, en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, M. A. PENADÉS FONS (*Coords.*), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, pp. 555-571; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial y de las parejas registradas”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimotercera ed., Comares, Granada, 2018, pp. 161-226; *Vid.* entre la doctrina extranjera, *ad ex.*, J. BACHMANN, *Die neuen Rom IV-Verordnungen: auf dem Wege zu einem einheitlichen Güterkollisionsrecht für Ehegatten und eingetragene Partner*, Remscheid, Gardez! Verlag, 2016; A. BONOMI, <The Proposal for a Regulation on matrimonial property: a critique of the proposed rule on the immutability of the applicable law>, en K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF, y W. GEPHART, (eds), *Family law and cultura in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2014, págs. 231-247; C.M.V. CLARKSON, “Matrimonial property: the proposed EU Regulation”, *Trust&Trustees*, vol. 17, nº 9, october 2011, pp. 846-854; F. VISMARA, “Legge applicabile in mancanza di scelta e clausola di eccezione nel regolamento UE N. 2016/1103 in materia di regimi patrimoniali tra i coniugi”, *RDIPP*, anno LIII, nº 2, 2017, pp. 356-3761.

¹⁹ El legislador europeo al definir “régimen económico matrimonial” en el RREM se ha inspirado claramente en lo dispuesto por el TJUE. En particular, en lo recogido en la STJUE de 27 de marzo de 1979, as. 143/78, *Cavel*, ECLI:EU:C:1979:83, apartado 7.

²⁰ *Vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial...”, pp. 167-168.

²¹ De igual manera la Convención de la Haya de 14 de marzo de 1978 sobre Ley Aplicable a Regímenes Matrimoniales excluía de su ámbito de aplicación los derechos sucesorios del cónyuge superviviente (art. 1.2).

²² Con la norma de conflicto interna española aplicable en materia de sucesiones, el art. 9.8 CC, la situación era bien diferente. El citado art. 9.8 CC señalaba que los derechos sucesorios del cónyuge viudo quedaban regulados por la misma ley que regía el régimen económico matrimonial. Para un mayor detalle sobre la cuestión *vid.* M.ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in private international law”, en K. BOELE-WOELKI/T.SVERDRUP (Ed), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Intersentia, Portland, 2008, pp. 398-403.

B) La adaptación

11. Como se ha señalado, la Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo quedan regidos por la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, no por la Ley aplicable a los efectos del matrimonio. Esta regulación puede dar lugar a *problemas de adaptación*²³. En particular, esto es consecuencia de la falta de adaptación entre la Ley aplicable al régimen económico matrimonial y la Ley aplicable a la sucesión internacional²⁴. La aplicación de normas de conflicto diferentes a problemas intrínsecamente relacionados entre sí se puede dar la situación de que se apliquen dos leyes distintas. La Ley del país X para las cuestiones relativas a la sucesión y la Ley del país Y para lo relativo al régimen económico matrimonial. El hecho de que se apliquen dos leyes diferentes puede dar lugar a cierta descoordinación o desajuste desde un punto de vista sustantivo.

Este desajuste es consecuencia de que en los ordenamientos jurídicos hay una correlación en la regulación material sobre las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial y al Derecho sucesorio²⁵. Así, en los sistemas como el español donde el régimen económico matrimonial aplicable por defecto en el Derecho Civil común es el “régimen de gananciales”, los derechos sucesorios que le corresponden al cónyuge superviviente son limitados. Este “derecho débil” del cónyuge superviviente es debido a que por liquidar el régimen económico de gananciales, el cónyuge superviviente tiene derecho a la mitad del patrimonio. Por ese motivo, el derecho de sucesiones español prevé como derecho sucesorio a favor del cónyuge superviviente sólo un cuarto del patrimonio hereditario.

A sensu contrario, en los sistemas jurídicos donde el régimen económico matrimonial supletorio es la separación de bienes, como puede ser el régimen de participación en las ganancias del derecho alemán, el derecho sucesorio es más generoso con el cónyuge superviviente. Ello obedece a una simple razón: la liquidación del régimen económico matrimonial en los sistemas basados en la separación de bienes no tendría por qué otorgar nada (o muy poco) al otro cónyuge. Por lo tanto, se le debe compensar de alguna manera al cónyuge superviviente. ¿Cómo? Elevando su cuota sobre la herencia.

12. Por consiguiente, estos problemas se verán mejor en un supuesto concreto. En una sucesión transnacional, la Ley que resulta aplicable en atención al RES es la Ley del país A. En dicho ordenamiento jurídico, en defecto de pacto, el régimen aplicable es el de la sociedad de gananciales, por lo tanto, los derechos sucesorios que se conceden al cónyuge superviviente son limitados. Sin embargo, en lo relativo al régimen económico matrimonial, la Ley que resulta de aplicación mediante el RREM es la Ley del país B. En este ordenamiento, el régimen económico matrimonial aplicable con carácter supletorio es el de separación de bienes. Por lo tanto, al cónyuge superviviente poco o nada le correspondería a la hora de disolver el régimen económico matrimonial.

Por lo tanto, puede observarse como la situación para el cónyuge superviviente puede ser injusta cuando resultan de aplicación dos leyes diferentes con contenidos “descoordinados”. Esta situación puede también darse a la inversa. Y que el cónyuge superviviente resulte más beneficiado.

13. Somos conscientes de que en el presente asunto que comentamos no existe un problema de adaptación, ya que el Derecho aplicable a ambos aspectos, -sucesorio y efectos del matrimonio-, es el Derecho alemán. Sin embargo, aún así consideramos que es un problema jurídico que en la práctica va a existir en un futuro cercano. Especialmente entendemos que cuando se estén aplicando el RES y el RREM, los jueces españoles se van a encontrar con más de un problema de adaptación. Esto puede suceder en supuestos como el siguiente: matrimonio entre nacional alemán y nacional holandesa que se instalan en España a pasar su jubilación. Ambos compran una casa en un pueblo de la costa española y el marido muere. En defecto de elección de Ley, la Ley aplicable a la sucesión sería el Derecho español por ser el último domicilio del causante al momento del fallecimiento (art. 4 RES). Sin embargo, la Ley

²³ Para un mayor detalle *vid.* E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica...*, pp. 101 y ss. *Vid* también N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho Internacional privado e interregional*, Tecnos, Madrid, 1977.

²⁴ *Vid.* E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. II, decimotercera ed., Comares, Granada, 2018, p. 593.

²⁵ *Vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Régimen económico matrimonial...”, p. 169.

aplicable a los efectos del matrimonio en defecto de elección de Ley es el Derecho alemán por ser el país donde el matrimonio fijó su residencia habitual común tras el matrimonio (art. 26.1 RREM). No hay que olvidar que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se rigen por el Derecho español, que es el Derecho aplicable a la sucesión designado por el RES. Como puede observarse, la sucesión se rige por el Derecho español, sin embargo, los efectos del matrimonio se regirían por el Derecho alemán.

C) ¿La solución?

14. Algunos autores señalan que lo deseable hubiera sido que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se hubieran incluido dentro del ámbito de aplicación del RREM²⁶. Tal y como sucedía con el art. 9.8 CC. Sin embargo, nos surgen dudas de que la inclusión de los derechos sucesorios en el REEM hubiera supuesto una solución total a este problema. La doctrina ya anunció los inconvenientes que planteaba la solución que recogía el art. 9.8 CC y donde también podrían existir estos problemas de desajuste²⁷.

15. Desde nuestro punto de vista, una de las soluciones podría venir de la mano de los propios cónyuges. Esto sería porque pueden hacer coincidir el Derecho aplicable a su sucesión y a su régimen económico matrimonial. Los cónyuges podrían hacerlo mediante la autonomía de la voluntad conflictual. En definitiva, eligiendo el Derecho aplicable a su sucesión y a su régimen económico. Tanto el RES como el RREM permiten elegir el Derecho aplicable. Desde nuestro punto de vista, hubiera sido deseable una mayor libertad a la hora de poder elegir el Derecho aplicable tanto en uno como en otro instrumento. Sin embargo, el legislador europeo optó por una autonomía conflictual limitada.

Otra solución cuando los cónyuges no han elegido el Derecho aplicable es que el operador jurídico siga un criterio equitativo. Es decir, valore la situación y se dé una solución justa en el caso concreto. En otras palabras, que se beneficie en lo posible al cónyuge viudo siempre teniendo como límite los derechos sucesorios de los otros herederos²⁸.

3. La naturaleza del art. 1371.1 BGB para el TJUE

A) ¿De dónde viene el cuarto sobre la herencia objeto de la discordia?

16. Otro de los principales problemas jurídicos que aparece en esta resolución es un clásico entre los clásicos. Se trataría de un problema de calificación. Como ya se ha señalado, a la Sra. Mankopf le corresponde la mitad de la herencia de su esposo. Un cuarto es debido a los derechos sucesorios que la cónyuge del causante ostentaría en atención al Derecho que rige la sucesión, en este caso, el Derecho alemán. El otro cuarto se deriva del art. 1371.1 BGB. Esta norma aparece debido a que el régimen económico matrimonial de los esposos era el régimen de participación en las ganancias (*Zugewinnngemeinschaft*)²⁹.

17. Este régimen económico se basa en la separación de bienes. Los cónyuges conservan sus patrimonios separados durante su vigencia. Sin embargo, cuando este régimen se extingue es necesario diferenciar entre dos situaciones: si ambos cónyuges están vivos o no. Si ambos cónyuges viven en el momento de la extinción del régimen de participación se hace un balance o cálculo entre las pérdidas y ganancias en el patrimonio de cada cónyuge. Este cálculo se realiza desde el momento en el que se inició el régimen hasta que se extinguió. El fin es compensar y redistribuir las posibles ganancias o pérdidas que los patrimonios de los cónyuges hayan podido sufrir en esos años de matrimonio. En definitiva, se persigue un equilibrio con la extinción del régimen.

²⁶ Vid. J. RODRÍGUEZ RODRIGO, "Régimen económico matrimonial...", pp. 169-170.

²⁷ Vid. E. ZABALO ESCUDUERO, *La situación jurídica...*, pp. 117-122.

²⁸ Esta solución ya se proponía con el art. 9.8 CC, vid. E. ZABALO ESCUDUERO, *La situación jurídica...*, p. 110.

²⁹ Para un mayor detalle vid. D. MARTINY/N. DETHLOFF, *Property relationship between spouses*, pp. 11-31, 2008, disponible en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Germany-Property.pdf> (Consultado el 12 de julio de 2018).

La otra cara de la moneda, que es la que nos interesa, es la extinción del régimen de participación en las ganancias debido a que uno de los cónyuges ha fallecido. En este supuesto, con el fin de facilitar el reparto de la herencia y evitar a los interesados tener que probar el valor de las ganancias, el cónyuge viudo puede heredar un cuarto del patrimonio del finado cuando concurre a la sucesión *mortis causa abintestado* con parientes en línea recta del causante (art. 1931 BGB). Pero, además, a ese cuarto se puede sumar otro cuarto adicional, que es lo que sucede en el asunto que nos ocupa, en atención al art. 1371.1 BGB. Esto sucede cuando el cónyuge concurre con parientes de primer grado a la herencia. Este cuarto adicional es una compensación o un “extra” para el cónyuge que ha continuado casado³⁰.

B) ¿Cuál es realmente el problema?

18. Aquí la cuestión reside en cómo se debe calificar esa cuota que a la Sra. Mahnkopf le corresponde sobre la herencia de su marido que se deriva del art. 1371.1 BGB, si como derecho sucesorio o como una cuestión relativa al régimen económico matrimonial. Cómo se califique ese cuarto que la Sra. Mahnkopf ostenta será esencial. Si se califica como un aspecto de Derecho sucesorio, el problema se difumina. La parte alícuota que la viuda ostenta sobre la sucesión se deriva un mismo régimen, el del derecho sucesorio alemán. En este caso, entendemos que no hay duda de que el CSE podría acreditar que la cuota hereditaria de la viuda se corresponde con la mitad de la herencia. En este supuesto el art. 1371.1 BGB podría tener cabida perfectamente dentro del ámbito de aplicación del RES.

19. Sin embargo, y de ahí la cuestión prejudicial, si la cuota hereditaria de la Sra. Mahnkopf se considera que tiene una doble naturaleza: un cuarto proviene del derecho sucesorio, pero el otro cuarto que nace del art 1371 BGB se considera relativo del régimen económico matrimonial surgen las dudas a la hora de qué puede certificar el CSE. Como ya se ha señalado, el art. 1.2 en su letra c RES excluye las cuestiones relativas al régimen económico matrimonial. Por lo tanto, con independencia de dónde provenga, de cuál sea la naturaleza del derecho que se ostenta sobre una parte de la sucesión, cabe preguntarse si podría quedar de todos modos acreditado en el CSE.

C) ¿Y la solución del TJUE?

20. El TJUE siguiendo lo señalado por el Abogado General Maciej Szpunar considera que el art. 1371.1 BGB es una norma que debe comprenderse dentro del ámbito de aplicación de la Ley aplicable a las sucesiones³¹. A pesar de la opinión de la doctrina alemana y de las últimas sentencias de los tribunales sobre la materia, el TJUE basándose en la finalidad del precepto considera que el citado art. 1371.1 BGB no es una norma que persiga el reparto de bienes entre los cónyuges³². Para el alto Tribunal se trata de una norma que versa sobre los derechos del cónyuge superviviente. Por lo tanto, su función real es determinar la cuota hereditaria que le correspondería a dicho cónyuge³³. De este modo para el TJUE, se trata de una norma que quedaría incluida dentro del ámbito de aplicación del RES.

21. Hay doctrina que ha señalado que el trabajo de calificación del TJUE en este asunto es “técnicamente incorrecto”³⁴. Esto es así debido a que el TJUE centra sus esfuerzos en calificar una norma, el art. 1371.1 BGB³⁵. En realidad, lo que debería haber calificado el TJUE es si la concreta situación privada internacional que existe en este asunto (si la Sra. Mahnkopf tiene derecho a que se le expida un CSE haciendo constar en el mismo la cuota que realmente ostenta sobre la herencia de su difunto esposo) puede subsumirse o no en el ámbito de aplicación del RES.

³⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 13 de diciembre de 2017, C-558/16, *Mahnkopf*. ECLI:EU:C:2017:965, apartado 48.

³¹ STJUE de 1 de marzo, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, apartado 40; Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 13 de diciembre de 2017, C-558/16, *Mahnkopf*. ECLI:EU:C:2017:965, apartados 78,79 y 96.

³² STJUE de 1 de marzo, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138, apartado 40.

³³ *Idem*.

³⁴ J. M. FONTANELLAS MOREL, “Los derechos legales...”, p. 10.

³⁵ *Idem* p. 10, nota nº 30.

IV. El alcance del certificado sucesorio europeo

1. Consideraciones preliminares

22. Otro de los aspectos claves en esta resolución es lo dispuesto por el TJUE en relación al certificado sucesorio europeo³⁶. En particular, la presente sentencia es relevante con respecto al CSE en dos sentidos:

- 1) Sobre el contenido que puede incluirse en el certificado, si sólo se debe incluir información que caiga dentro del ámbito de aplicación del RES;
- 2) Sobre los efectos que se derivan de la información contenida en el certificado. En otras palabras, si todo el contenido goza de la presunción de veracidad del art. 69 con independencia de la Ley aplicable a esa cuestión concreta.

2. El contenido del certificado sucesorio europeo

23. La realidad es que no es demasiado lo que señala el TJUE en esta sentencia que comentamos sobre el CSE. Sin embargo, a nuestro entender, sí deja clara su posición, aunque sea de forma tácita. Así, el TJUE en el apartado 43 destaca que los objetivos del certificado se verían obstaculizados si no recogiera una información completa sobre los derechos hereditarios del cónyuge superviviente³⁷. Por consiguiente, en este apartado de la sentencia que comentamos se puede extraer una conclusión importante y es que en el CSE se puede incluir contenido o aspectos relacionados con la sucesión *mortis causa* aunque quedan fuera del ámbito de aplicación del RES³⁸. Esta posición se sustenta en la necesidad de que la información que se certifica mediante el CSE sea completa. Esta idea también se corrobora en el art. 68 RES. Este artículo está dedicado a señalar el contenido que puede albergar el certificado. Si se observa se puede ver como el CSE puede contener información relativa a las capitulaciones matrimoniales celebradas entre los cónyuges. Como es sabido los acuerdos entre cónyuges pueden tener una estrecha relación en la sucesión *mortis causa* pero quedan fuera del ámbito de aplicación del RES.

24. Por lo tanto, se podría afirmar que en el CSE se puede incluir información relacionada con la sucesión aunque la misma no caiga dentro del ámbito de aplicación del RES. Esto es posible si lo que se persigue es que el certificado sucesorio europeo sea un instrumento que permita transmitir una información completa de la sucesión *mortis causa* en cuestión.

³⁶ Sobre certificado sucesorio europeo *vid.* sin carácter exhaustivo en la doctrina española I.A. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo*, La Ley Wolters Kluwer, 2015; E. CASTELLANOS RUIZ, “Sucesión hereditaria. El Reglamento Sucesorio Europeo”, en A.L. Calvo Caravaca/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, Vol. II, 18 ed., Comares, Granada, pp. 685-692.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 317; Id, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, Vol. 6, nº 1, 2014, pp. 36-42; J. GÓMEZ TABOADA, “El certificado sucesorio europeo. Breve aproximación”, en M.E. GINEBRA MOLINS/ J. TARABAL BOSH (Coords.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Macial Pons, 2016, pp. 285-298; M. MEDINA ORTEGA, “El certificado sucesorio europeo”, *AEDIPr*, 2011, pp. 907-918; M. REQUEJO ISIDRO, “El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación”, *Diario La Ley*, núm. 7185, 2009; J.L. VALLE MUÑOZ, “El certificado sucesorio europeo y sus consecuencias registrales”, en M.E. GINEBRA MOLINS/ J. TARABAL BOSH (Coords.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Macial Pons, 2016, En la doctrina extranjera *vid.* A. DAVI Y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, pp. 132-138; C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Creation of a European Certificate of Succession”, en A.L. CALVO CARAVACA/A. DAVI/H.-P. MANSSEL, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 673-825; F. PADOVINI, “Certificato successorio europeo”, en P. FRANZINA/A. LEANDRO (Coords.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Guiffré, Milan, 2013, pp. 191-207; F. PADOVINI, “Il certificato successorio europeo”, *Europa e Diritto Privato*, 2013, nº 3, pp. 729-746; P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat Successoral Européen”, en A. BONOMI/ P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2013, pp. 701-831.

³⁷ STJUE de 1 de marzo, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138 ,apartado 43.

³⁸ En el mismo sentido *vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 13 de diciembre de 2017, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2017:965, apartado 113.

De este modo, entendemos que incluso aunque el art. 1371.1 BGB hubiera sido considerado como una norma relativa al régimen económico matrimonial podría haber quedado acreditada la cuota derivada de dicha norma en el CSE. Esto es así porque la parte alícuota que le corresponde a cada heredero puede quedar recogido en CSE en virtud del art. 68 letra l RES. Cuestión diferente es si dicha información que se recoge en el certificado y que queda fuera del ámbito de aplicación del RES puede beneficiarse de la “presunción de veracidad” del art. 69 RES o debe tratarse como “mera información” con efectos simplemente declarativos.

3. ¿Cualquier contenido sería posible en el certificado sucesorio europeo?

25. Como se ha señalado, el CSE puede albergar información que afecte a la sucesión *mortis causa*, pero no necesariamente toda ella tiene que quedar comprendida dentro del ámbito de aplicación del RES. Sin embargo, esta afirmación no puede ser interpretada como que cualquier aspecto se podría incluir en el CSE. Esto es así debido a que existe una estrecha relación entre el contenido que se incluye en el certificado y los efectos que presenta en el tráfico jurídico para los terceros. De este modo, si se permitiera cualquier información se podrían crear serias dudas sobre los efectos del CSE³⁹.

Por ese motivo, resulta coherente decir que la información que puede contener un certificado sucesorio europeo es la que señala el art. 68. RES. Ni más ni menos. Este precepto señala una serie de aspectos que van desde “*el nombre y dirección de la autoridad emisora*” hasta “*las facultades del ejecutor testamentario o del administrador de la herencia*” pasando por “*la información relativa a si la sucesión es testada o intestada*”. Así, entendemos que no se debería incluir en el certificado más información de la que se señala en el art. 68 en sus letras a) a o)⁴⁰. Sin embargo, que no se deba incluir más información que la que se recoge en el art. 68 no quiere decir que se deba incluir siempre y en todo caso todos los aspectos que señala dicho artículo. Tal y como se traduce del propio art. 68 en función de la finalidad para la que se use el certificado, su contenido puede ser uno u otro⁴¹. Pero siempre sin ir más allá de los aspectos recogidos en el art. 68 que se ocupan de precisar el contenido del CSE.

26. Esta forma de entender el CSE es positiva desde el punto de vista de la seguridad jurídica. No sólo beneficia a los interesados sino también a los operadores jurídicos. A los interesados en solicitar un CSE porque saben de antemano qué contenido va a tener el CSE. Este contenido no va a exceder de lo dispuesto en el art. 68 RES.

En cuanto al operador jurídico también es importante esta concepción *numerus clausus* del art. 68. Esta concepción evita que se puedan expedir certificados con un contenido que no aparece en dicho artículo. El RES no señala nada en el caso de que se emitiera un CSE con información que va más allá de lo dispuesto en el art. 68⁴². Hay autores que señalan que en ese caso la información inadmisibles no debe tratarse de forma diferente a la información errónea⁴³. Por lo tanto, en atención al art. 71.2 RES, la autoridad competente lo que debería hacer es modificar el certificado⁴⁴.

³⁹ Vid. C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Creation of a European Certificate of Succession”, en A.L. Calvo Caravaca/A. Davi/H.-P. Mansel, (Eds.), *The EU Succession Regulation: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 746; Max Planck Max Planck Institute for Comparative and International Private Law Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession, pp. 131-132, apartados 305- 306, disponible en línea en <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201005/20100526ATT75035/20100526ATT75035EN.pdf> (consultado el 14 de julio de 2018).

⁴⁰ Vid. D. STAMATIADIS, “Chapter VI. European Certificate of Succession”, en H. PAMBOUKIS, *EU Succession Regulation N° 650/2012. A commentary*, Oxford, C.H. Beck, Hart Publishing, 2017, p. 630

⁴¹ Vid. C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Creation of a...”, p. 747.

⁴² *Ibidem*, p. 746.

⁴³ Vid. C. BUDZIKIEWICZ, “Art. 68. Creation of a...”, p. 746.

⁴⁴ *Idem*.

4. Los efectos del certificado sucesorio europeo

27. El considerando 71 RES señala que “*el certificado debe surtir los mismos efectos en todos los Estados miembros. No debe ser un título con fuerza ejecutiva por sí mismo pero debe tener efecto probatorio y se ha de presumir que demuestra de manera fidedigna elementos que han quedado acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a elementos específicos*”. De este modo, se puede decir que lo recogido en un CSE goza de presunción de veracidad y que dicha presunción es “*iuris tantum*”. Cualquiera podría desmontar dicha presunción con pruebas en contra. Otro aspecto importante es que esa presunción de que lo dispuesto en el CSE es cierto no sólo se va a considerar como tal en el Estado miembro de expedición sino en todos los Estados miembros, quedando fuera, como es lógico, los Estados europeos que no son parte del RES y los terceros Estados⁴⁵.

28. Por consiguiente, todos los extremos relativos a la sucesión *mortis causa* que se rigen por la Ley aplicable a la sucesión y a la cual se ha llegado aplicando las normas de conflicto del Reglamento europeo de sucesiones no deben plantear ningún problema en cuanto a sus efectos. Los mismos son los que se señalan en el art. 69 RES. Sin embargo, cabe preguntarse qué sucede con esa información recogida en el CSE como puede ser la relativa al régimen económico matrimonial, a la cual no se le aplicaría el RES. En ese caso, sería posible diferenciar varias posiciones:

- 1º) Una postura se basa en que se puede incluir en el CSE información que no cae dentro del ámbito de aplicación del RES, pero la misma no pueden beneficiarse de la presunción de veracidad que se deriva del art. 69 RES⁴⁶. Según este razonamiento, los efectos probatorios que se predicen en el citado art. 69 RES tienen lugar cuando los extremos que recoge el CSE se han acreditado conforme a una Ley aplicable designada en atención a las normas de conflicto del RES. El resto de información que pudiera contener que haya podido quedar acreditada conforme a una Ley designada con normas de conflicto no recogidas en el RES sólo tendrá efectos declarativos⁴⁷.
- 2º) Otra postura sería que en atención a lo dispuesto anteriormente en relación al art. 68 RES y también en atención al art. 67.1 RES. Esta consiste en que en el CSE se podría certificar extremos que no se deriven exclusivamente de la Ley aplicable a la sucesión designada por las normas de conflicto del RES como pueden los aspectos relativos a los efectos del matrimonio. Desde nuestro punto de vista, esta postura más amplia debería aplicarse especialmente en lo relativo al régimen económico matrimonial y cómo influye la liquidación del mismo en las cuotas que el cónyuge superviviente puede ostentar sobre una herencia. Así consideramos que dicha información sobre el régimen económico contenida en el CSE debería beneficiarse también de los efectos del art. 69. Esta interpretación podría ser todavía más plausible entre Estados miembros que van a tener normas de conflicto uniformes tanto en materia de sucesiones (RES) como en materia de régimen económico matrimonial (RREM).

29. Consideramos que debido a la estrecha relación de ambos aspectos (sucesorios y efectos del matrimonio) no debería ser posible hacer una distinción entre los efectos del certificado. Una información tiene efectos probatorios, otra sin embargo, efectos meramente declarativos. La verdad es que aunque el TJUE no se pronuncia de forma clara al respecto podemos entrever el sentido de los apartados 42 y 43. Nuestra impresión es que el CSE se concibe como un instrumento global por el TJUE. No como un instrumento con efectos diferenciados en función de donde provenga la información que contiene. Lo relevante es que la autoridad que expide el CSE incluya en el mismo lo que haya podido comprobar y verificar conforme a las pruebas de los interesados le han presentado y a las averiguaciones que ella

⁴⁵ *Ibidem*, p. 772.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 13 de diciembre de 2017, C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2017:965 apartados 117-120. *Vid.* también H. DÖNER, “Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2012, p. 508.

⁴⁷ *Vid.* P. WAUTELET, “Chapitre VI. Certificat...”, p. 772.

misma haya podido efectuar en atención al art. 66.1 RES. La posibilidad de que el CSE pueda contener efectos diferentes es una opción que podría plantear inseguridad jurídica y que podría hacer que el certificado no fuera una herramienta útil para el ciudadano por no saber con exactitud qué efectos va a desplegar verdaderamente en el tráfico jurídico.

V. Conclusiones finales

30. Desde nuestro punto de vista, entendemos que el TJUE ha optado por una solución a medio camino. Este asunto era una oportunidad para afirmar de forma contundente lo que parece que se intuye de su solución y es que el CSE debe ser un instrumento con una función útil y uniforme en todos los Estados miembros.

31. El CSE puede acreditar extremos relativos a la sucesión que no se deriven de la Ley aplicable a la sucesión pero sí que tengan que ver con la misma. No hay que olvidar que los aspectos que se acrediten en el CSE deben probarse. ¿Cómo? El citado art. 67.1 CSE es claro: bien mediante la Ley aplicable a la sucesión o bien mediante otra Ley. En ningún caso se dice que todo lo que se pretenda certificar vía CSE debe quedar regido por una única Ley: la Ley aplicable a la sucesión. Desde nuestro punto de vista, el matiz del art. 67.1 CSE deja margen para que con independencia de cómo se entienda la naturaleza del derecho que pueda dar lugar a una cuota hereditaria todo pueda quedar acreditado en el CSE. Es una cuestión importante ya que la función del CSE puede estar en juego. Si el CSE se concibe como un instrumento que sólo permite acreditar de forma parcial la cuota que se ostenta sobre una sucesión, podría ser un instrumento con una función “recortada”. Verdaderamente creemos que el CSE no se ha concebido con esa idea.

32. El CSE persigue facilitar la sucesión transfronteriza y para eso debe ser un fiel reflejo de la realidad fáctica y jurídica de una sucesión transnacional. Si un heredero ostenta una cuota sobre una herencia del 50% y solicita un CSE para acreditar su cualidad de heredero no se debería discriminar en función del origen de la cuota. A nuestro parecer lo importante es que el heredero cuando solicita el CSE a la autoridad competente acredite que le pertenece esa parte de la herencia bien conforme a la Ley aplicable a la sucesión o bien conforme a otra Ley. Que se aplique una Ley diferente para acreditar un aspecto relativo a la sucesión no quiere decir que se esté ensanchando el ámbito de aplicación del RES. En realidad, lo que se está haciendo es permitir que el CSE cumpla una de las finalidades por las que se ha creado: acreditar la cualidad de heredero y la cuota que puede tener sobre la herencia, ni nada más ni nada menos.

CRÓNICA DE JURISPRUDENCIAL LABORAL
INTERNACIONAL
JULIO / DICIEMBRE 2017

CHRONICLE OF INTERNATIONAL LABOR
JURISPRUDENCE
JULY / DECEMBER 2017

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura*

Recibido: 07.07.2018 / Aceptado: 10.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4400>

Resumen: En el período de referencia no hay nuevas quejas “abiertas” o “en seguimiento” ante el Comité de Libertad Sindical. Tampoco el informe núm. 383 (331ª reunión, Ginebra, 26 de octubre – 9 de noviembre de 2017) contiene referencias al Reino de España.

El Tribunal de Justicia de la Unión ha dictado tres resoluciones que afectan a España directamente: *Elda Otero Ramos c. Servicio Galego de Saúde* sobre el mecanismo técnico de acreditación de la circunstancia de que la ejecución de las funciones inherentes al puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural; *María Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal* sobre el cálculo de la base para determinar la duración de la prestación por desempleo para los trabajadores a tiempo parcial; y *Margarita Isabel Vega González c. Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias* relativo a la negativa al reconocimiento de la situación de servicios especiales.

En el ámbito del TEDH se han dictado dos resoluciones en relación con España: *N.D. y N.T. c. España* en relación con el mecanismo de expulsión de inmigrantes extranjeros de manera colectiva; y *Mercedes Jiménez Ruiz c. España* sobre reconocimiento de pensión de viudedad tras reconciliación después de la separación judicial.

Palabras clave: riesgo durante la lactancia natural, forma de cálculo de la base de la prestación de desempleo para los trabajadores a tiempo parcial, consecuencias del no reconocimiento de la situación de servicios especiales, expulsión de inmigrantes de forma colectiva, pensión de viudedad.

Abstract: In the reference period, there are no new “open” or “pending” complaints before the Committee on Freedom of Association. Neither the report no. 383 (331st meeting, Geneva, October 26 - November 9, 2017) contains references to the Kingdom of Spain.

The Court of Justice of the Union has issued three resolutions that directly affect Spain: *Elda Otero Ramos c. Galego de Saúde Service* on the technical mechanism of accreditation of the circumstance that the execution of the functions inherent in the workplace presents a risk for breastfeeding; *María Begoña Espadas Recio c. Public State Employment Service* on the calculation of the basis for determining the duration of unemployment benefit for part-time workers; and *Margarita Isabel Vega González c. Ministry of Finance and Public Sector of the Government of the Principality of Asturias* regarding the refusal to recognize the situation of special services.

In the field of the ECHR, two resolutions have been issued in relation to Spain: *N.D. and N.T. c. Spain* in relation to the mechanism of expulsion of foreign immigrants collectively; and *Mercedes Jiménez Ruiz c. Spain* on recognition of widow's pension after reconciliation after judicial separation.

Keywords: risk during breastfeeding, form of calculation of the basis of unemployment benefit for part-time workers, consequences of non-recognition of the situation of special services, expulsion of immigrants collectively, widow's pension.

Sumario: I. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 1. Introducción. 2. S TJUE de 19 de octubre de 2017 [asunto: C-531/15]. *Elda Otero Ramos c. Servicio Galego de Saúde*. Acreditación de que la ejecución de las funciones inherentes al puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural. 3. S TJUE de 9 de noviembre de 2017 [asunto: C-8/15]. *María Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*. Determinación de la base de cálculo de la duración de la prestación por desempleo para los trabajadores a tiempo parcial. 4. S TJUE de 20 de diciembre de 2017 [asunto: C-158/16]. *Margarita Isabel Vega González c. Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias*. Negativa al reconocimiento de la situación de servicios especiales. II. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 1. Introducción. 2. *N.D. y N.T. c. España*. Expulsión colectiva de inmigrantes. 3. *Mercedes Jiménez Ruiz c. España*. Reconocimiento de pensión de viudedad tras reconciliación después de la separación judicial.

1. Introducción

La jurisprudencial analizada en este crónica del TJUE ha sido extraída de la base de datos oficial del Tribunal (InfoCuria) en atención a los siguientes tesauros conceptuales: *Derechos fundamentales*; *Empleo*; *Libre circulación de los trabajadores*; *No discriminación*, *Política social*, y *Seguridad Social*. Se reseñan todos los asuntos que afectan directamente a España en el período temporal referenciado.

2. S TJUE de 19 de octubre de 2017 [asunto: C-531/15]. *Elda Otero Ramos c. Servicio Galego de Saúde*.

Acreditación de que la ejecución de las funciones inherentes al puesto de trabajo presenta un riesgo para la lactancia natural.

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

1. La demandante trabaja como enfermera en el servicio de urgencias de un centro hospitalario. Tras dar a luz y alimentar a su hija exclusivamente mediante lactancia natural durante el período de descanso maternal informo a su empresario, tras la reincorporación a su puesto de trabajo, que las funciones que realizaba en su puesto de trabajo podían tener repercusiones negativas sobre dicha lactancia y exponerla a riesgos para su salud y seguridad debido, en particular, a la complejidad del ritmo de trabajo (basado en turnos rotatorios), a las radiaciones ionizantes y a las infecciones nosocomiales a las que se encontraba sometida y al estrés que soportaba.

Presentó una solicitud de adaptación de sus condiciones de trabajo y de aplicación de medidas preventivas. La dirección del hospital le denegó su solicitud al entender que el puesto de trabajo no presentaba riesgo alguno para la lactancia de su hija.

La demandante solicitó el órgano gestor la prestación por riesgo durante la lactancia natural. La Dirección Provincial del INSS entendió que no había quedado acreditado que el puesto de trabajo de la demandante presentara un riesgo para la lactancia de su hija y, en consecuencia, desestimó su solicitud.

Tras ello planteó una demanda judicial alegando que su puesto de trabajo la exponía a riesgos para la lactancia de su hija, apoyándose en un informe de su superior jerárquica directa en el que se se-

ñalaba que el trabajo de enfermería en dicha unidad presentaba riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la trabajadora en período de lactancia.

El Juzgado desestimó su pretensión. La demandante interpuso un recurso ante el Tribunal superior que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones prejudiciales, relativas a la carga de la prueba en relación con situación de riesgo durante la lactancia natural, a la discriminación directa o indirecta por la existencia de riesgos para la lactancia natural en el ejercicio de la profesión de enfermera destinada en un servicio de urgencias hospitalarias, y sobre la vulneración del principio de igualdad cuando las circunstancias del puesto de trabajo desempeñado por la trabajadora es de los que figuran como exentos de riesgo en la relación de puestos de trabajo que ha confeccionado la empresa. También cuestiona quién tiene la carga de acreditar, una vez se constatada la existencia de riesgos para la madre o el hijo lactante derivados de la realización del trabajo, que la adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo no resultase posible o, a pesar de tal adaptación, las condiciones de un puesto de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del lactante, o bien que el cambio de puesto de trabajo no resultara técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

2. La normativa comunitaria obliga al empleador, directamente o mediante los servicios de protección y prevención, a evaluar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo en cualquier actividad susceptible de presentar el riesgo específico señalado por la demandante. Esta evaluación se realiza para poder apreciar cualquier riesgo sobre el embarazo o la lactancia. Y esta operación se hace en tres fases: identificación de los peligros (agentes físicos, químicos y biológicos; procedimientos industriales; movimientos y posturas; fatiga mental y física; otras cargas físicas y mentales); identificación de las categorías de trabajadoras (trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en período de lactancia) que están expuestas a uno o varios de estos riesgos; y evaluación cualitativa y cuantitativa de los riesgos. Esta última tercera es la fase más delicada del proceso, ya que la persona que lleva a cabo la evaluación debe ser competente para aplicar los métodos adecuados para decidir si el peligro detectado conlleva efectivamente una situación de riesgo para los trabajadores.

De la Directiva 92/85 se desprende que la evaluación de los riesgos que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate con el objetivo de determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo.

La Directiva 2006/54 exige que los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato presente, ante el órgano jurisdiccional competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta por razón de sexo.

Ello exige determinar si una situación como la controvertida en el litigio principal constituye una discriminación por razón de sexo. A este respecto debe subrayarse que el concepto de discriminación incluye el trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad, teniendo presente que la Directiva 92/85 protege la vulnerabilidad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o se encuentre en período de lactancia, haciendo necesario un derecho que proteja las tres situaciones.

Se entiende, en concreto, que el eventual trato menos favorable a una trabajadora debido a su condición de mujer en período de lactancia debe considerarse una discriminación directa por razón de sexo.

El Tribunal aprecia que la inexistencia de evaluación del riesgo que presenta el puesto de trabajo de una trabajadora en período de lactancia debe considerarse un trato menos favorable a una mujer vinculado al embarazo o al permiso de maternidad y constituye una discriminación directa por razón de sexo incluida en la prohibición que establece la mencionada Directiva, en la medida en que se relaciona con las condiciones de empleo y de trabajo de la trabajadora de que se trata.

Por ello la determinación, tras la correspondiente evaluación de la existencia de un riesgo para la salud o la seguridad de esta trabajadora o de repercusiones sobre la lactancia, deberá tener como consecuencia una adaptación de sus condiciones de trabajo o de su tiempo de trabajo, un cambio de puesto

de trabajo, o, en su caso, una dispensa del trabajo durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud.

En definitiva, la Directiva 2006/54 debe interpretarse en el sentido de que sí se aplica a una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que una trabajadora en período de lactancia impugna ante un órgano jurisdiccional nacional la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo.

3. Incumbe a la trabajadora que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato presentar, ante un órgano jurisdiccional competente los hechos o elementos de prueba que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta.

En una situación como la controvertida en el litigio principal este principio se proyecta para afirmar que la trabajadora afectada debe presentar ante el órgano jurisdiccional remitente los hechos o elementos de prueba que puedan demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de manera correcta y siguiendo las exigencias que impone la normativa comunitaria.

Sólo se produce la inversión de la carga de la prueba, e incumbe a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de no discriminación, cuando la trabajadora afectada ha presentado tales hechos o elementos de prueba.

En el caso debatido conviene señalar que el escrito presentado por la demandante parece indicar de manera motivada que su puesto de trabajo presenta riesgos físicos, químicos, biológicos y psicosociales para la lactancia natural, y, por lo tanto, contradice los resultados de la evaluación de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo en que se fundamenta la resolución denegatoria de la prestación que dicha trabajadora impugna.

En estas circunstancias para razonable precisar que el escrito presentado por la demandante constituye un elemento de prueba que puede demostrar que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no incluía un examen específico que tuviera en cuenta su situación individual. Incumbirá al tribunal remitente comprobar, por tanto, si éste es efectivamente el caso.

En definitiva, corresponderá a la demandada demostrar que la evaluación de los riesgos prevista se ha realizado con arreglo a las exigencias establecidas en la normativa comunitaria, entendiéndose que documentos como una declaración del empresario según la cual un puesto está clasificado de ‘exento de riesgo’, en combinación con una declaración según la cual la trabajadora de que se trata es ‘apta’ para el trabajo, sin proporcionar explicaciones que fundamenten estas conclusiones, no pueden, por sí solos, constituir una presunción *iuris et de iure* de que el puesto de trabajo se encuentra exento de riesgos.

En definitiva, en una situación como la controvertida incumbe a la trabajadora afectada acreditar hechos que puedan sugerir que la evaluación de los riesgos que presenta su puesto de trabajo no se llevó a cabo de acuerdo con las exigencias de la normativa comunitaria y que permitan presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, por lo que corresponderá a la parte demandada demostrar que dicha evaluación de los riesgos se realizó con arreglo a las exigencias de esta disposición y que, por tanto, no se vulneró el principio de no discriminación.

3. S TJUE de 9 de noviembre de 2017 [asunto: C-8/15]. *María Begoña Espadas Recio c. Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE)*. Determinación de la base de cálculo de la duración de la prestación por desempleo para los trabajadores a tiempo parcial

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.

1. La demandante trabajó como limpiadora a tiempo parcial de manera ininterrumpida desde el 23 de diciembre de 1999 hasta el 29 de julio de 2013. Su jornada de trabajo estaba organizada de la siguiente forma: dos horas y media los lunes, miércoles y jueves de cada semana, y cuatro horas el primer viernes de cada mes. Tras la extinción de su relación laboral solicitó una prestación por desempleo, que le fue concedida por un período de 120 días. Considerando que tenía derecho a una prestación por desempleo de 720 días, y no solamente de 120 días, interpuso reclamación previa contra esta resolución,

que le fue concedida por 420 días. Para establecer esta duración la entidad administrativa se basó en que, con arreglo al artículo 210 de la LGSS, en combinación con el artículo 3, apartado 4, del RD 625/1985, en caso de trabajo a tiempo parcial, si bien la duración de la prestación por desempleo se determina en función de los días de cotización en los seis años anteriores, sólo debían tenerse en cuenta los días efectivamente trabajados, en este caso 1387, y no los seis años de cotización en su conjunto.

Al estimar que había cotizado por la totalidad de los últimos seis años, la demandante presentó una demanda para impugnar las liquidaciones individuales efectuadas por la entidad administrativa competente. La demanda se refiere a la duración de la prestación por desempleo al considerar que, dado que trabajó durante seis años consecutivos, cotizando por 30 ó 31 días al mes (por un total de 2160 días), tiene derecho a una prestación de 720 días en lugar de los 420 días que le han sido reconocidos, es decir, las tres quintas partes de la duración máxima.

En su opinión, la exclusión de los días no trabajados, a los efectos del cálculo de su prestación por desempleo, supone introducir una diferencia de trato en detrimento de los trabajadores a tiempo parcial de tipo vertical. Se considera trabajo a tiempo parcial '*vertical*' aquel que concentra sus horas de trabajo en determinados días laborables de la semana, y '*horizontal*', aquel que trabaja todos los días laborables de la semana. En el caso de autos, la demandante concentraba sus horas de trabajo principalmente en tres días de la semana.

El órgano jurisdiccional remitente señala que la interesada sí ha demostrado que cotizó durante la totalidad de los seis años anteriores a la extinción de su relación laboral, y que las cotizaciones, de carácter mensual, se calcularon basándose en el salario que se percibe por un mes completo (es decir, por 30 ó 31 días), y no por horas o días trabajados. Dicho órgano jurisdiccional indica que en el caso de un trabajador a tiempo parcial vertical (como la demandante) la normativa nacional controvertida en el litigio principal permite tener en cuenta únicamente los días trabajados, y no todo el período de seis años de cotización. De este modo, los días de cotización obligatoria no se toman en consideración en su totalidad para determinar la duración de la prestación por desempleo.

El órgano jurisdiccional estima que esta categoría de trabajadores está doblemente penalizada, dado que el principio de *pro rata temporis* se aplica dos veces en el caso del trabajo a tiempo parcial vertical: en un primer momento, el menor salario mensual por el hecho de trabajar a tiempo parcial implica una prestación por desempleo de un importe proporcionalmente inferior y, después, en un segundo momento, se reduce la duración de esta prestación, puesto que sólo se tienen en cuenta los días efectivamente trabajados, mientras que el período de cotización es más amplio.

Y aprecia que los demás trabajadores, ya trabajen a tiempo parcial en la modalidad horizontal (trabajo durante todos los días laborables), ya lo hagan a jornada completa (independientemente del reparto de horas de trabajo durante la semana), tienen derecho a una prestación por desempleo cuya duración estaría calculada sobre la totalidad de los días cotizados.

El órgano jurisdiccional remitente añade, como consideración adicional, que está demostrado que la normativa controvertida en el litigio principal afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres.

2. El Juzgado plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales, de las que sólo la tercera es interesante. Ésta se circunscribía a preguntar si la prohibición de discriminación por razón de sexo, directa o indirecta, que contempla el art. 4 de la Directiva 79/7 permite excluir del cómputo como días cotizados los días no trabajados, con la consiguiente minoración en la duración de la prestación por desempleo.

3. Para responder a esta cuestión es preciso recordar que corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos de concesión de las prestaciones en materia de seguridad social, aunque respetando siempre la normativa de la Unión.

El Tribunal recuerda que existe discriminación indirecta cuando la aplicación de una medida nacional, aunque formulada en principio de manera neutra, perjudique de hecho a un número mucho mayor de mujeres que de hombres. La disposición nacional controvertida está dirigida al grupo de trabajadores a tiempo parcial, el cual, con arreglo a las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente,

está constituido en una amplia mayoría por trabajadoras, por lo que sí procede responder a la tercera cuestión prejudicial planteada.

Es necesario precisar que el asunto principal se distingue del que dio lugar a la sentencia de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández (C - 527/13, EU:C:2015:215), en el cual el Tribunal de Justicia concluyó que la normativa en cuestión, relativa a la determinación de la base de cálculo de una pensión de incapacidad permanente total, no suponía una discriminación en el sentido de la Directiva 79/7 al considerar que no disponía de información estadística irrefutable sobre el número de trabajadores a tiempo parcial cuyas cotizaciones se habían visto interrumpidas o que pusiera de manifiesto que este grupo de trabajadores estuviera mayoritariamente compuesto por mujeres, y que que la medida en cuestión tenía efectos aleatorios, puesto que para determinados trabajadores a tiempo parcial, grupo supuestamente desfavorecido por dicha medida, su aplicación podía incluso suponer una ventaja.

Pero en el presente asunto, de los autos a disposición del Tribunal se desprende claramente que todos los trabajadores a tiempo parcial vertical comprendidos en el ámbito de aplicación de la medida nacional controvertida en el litigio principal resultan perjudicados por esta medida nacional, ya que, con arreglo a ella, se reduce el período durante el cual pueden recibir una prestación por desempleo en comparación con el período reconocido a los trabajadores a tiempo parcial horizontal.

El órgano jurisdiccional remitente ha tomado la precaución de precisar que los datos estadísticos relativos al trabajo a tiempo parcial se refieren por igual a todos los trabajadores a tiempo parcial, independientemente de que su jornada de trabajo esté organizada de manera horizontal o vertical.

En estas circunstancias, una medida como la controvertida en el litigio principal constituye una diferencia de trato en perjuicio de las mujeres en el sentido de la jurisprudencia consolidada del Tribunal. Es decir, una medida de esta naturaleza es contraria a la Directiva 79/7 si no se justifica por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo.

4. En el asunto debatido el Reino de España alegó en la vista que el principio de ‘cotización al sistema de seguridad social’ justifica la existencia de la diferencia de trato observada, dado que el derecho a la prestación por desempleo y la duración de ésta se calculan en función únicamente del período durante el cual un trabajador ha trabajado o ha estado inscrito en el sistema de seguridad social.

La medida nacional controvertida en el litigio principal no parece adecuada para garantizar la correlación que debe existir entre las cotizaciones abonadas por el trabajador y los derechos que puede disfrutar en materia de prestación por desempleo. Porque un trabajador a tiempo parcial vertical que ha cotizado por cada día de todos los meses del año recibirá una prestación por desempleo de una duración inferior que la de un trabajador a jornada completa que haya abonado las mismas cotizaciones, siendo, por tanto, manifiesto que no se garantiza la correlación alegada por el Gobierno español.

5. La Directiva 79/7/CEE se opone, en definitiva, a la normativa de un Estado miembro que excluye para los trabajadores a tiempo parcial vertical los días no trabajados del cálculo de los días cotizados, reduciéndose de este modo el período de abono de la prestación por desempleo, siempre que se encuentre acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres que resultan perjudicadas por tal normativa.

4. S TJUE de 20 de diciembre de 2017 [asunto: C-158/16]. *Margarita Isabel Vega González c. Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de Asturias.*

Decisión prejudicial comunitaria. Negativa al reconocimiento de la situación de servicios especiales.

Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

6. La petición de decisión prejudicial se ha presentado en el contexto de un litigio entre la Sra. Margarita Isabel Vega González y la Consejería de Hacienda y Sector Público del Gobierno del Principado de

Asturias en relación con la negativa de esta última a estimar la solicitud de reconocimiento en la situación administrativa de servicios especiales presentada por aquella tras su elección como diputada autonómica.

7. La Sra. Vega González ha prestado servicios para la Administración del Principado de Asturias desde 1989 bajo diferentes tipos de relación de servicio. El 15 de abril de 2011 fue nombrada funcionaria interina del Cuerpo Superior de Administradores para sustituir a una funcionaria en comisión de servicios. Con ocasión de las elecciones a la Junta General del Principado de Asturias celebradas el 24 de mayo de 2015, la Sra. Vega González se presentó en la lista de un partido político y fue elegida diputada. Para atender sus funciones parlamentarias en régimen de dedicación exclusiva en junio de 2015 presentó una solicitud ante su empleador en la que solicitaba que se la declarase en situación de servicios especiales o, subsidiariamente, en situación de excedencia voluntaria.

Mediante resolución de 23 de junio de 2015 la Dirección General de Función Pública denegó esta solicitud debido a que sólo pueden ser declarados en situación de servicios especiales o de excedencia voluntaria los funcionarios de carrera, no los funcionarios interinos.

El recurso de reposición interpuesto por la Sra. Vega González fue desestimado mediante resolución de 22 de octubre de 2015 de la Consejería. La Sra. Vega González interpuso un recurso contencioso-administrativo contra esta resolución ante el juzgado remitente de la actual cuestión. La Consejería alega en ese procedimiento jurisdiccional que la Directiva 1999/70 no es aplicable, dado que tiene por objeto únicamente las condiciones de trabajo, no las situaciones administrativas. Precisa que, si la Sra. Vega González fuera funcionaria de carrera, se la habría declarado en la situación de servicios especiales. Entiende, en definitiva, que el único medio con que cuenta la Sra. Vega González para ejercer de forma exclusiva ese cargo político es renunciar definitivamente a su puesto.

El Juzgado remitente recuerda que, en virtud de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una diferencia de trato en materia de condiciones de trabajo entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos no es compatible con las exigencias establecidas en la Directiva 1999/70, a menos que se encuentre justificada en razones objetivas.

Precisa que si bien cabría teóricamente oponer que la diferencia de trato está justificada por razones objetivas vinculadas a la urgencia y necesidad del nombramiento temporal, esta alegación no puede ser eficaz en un supuesto como este en el que el trabajador temporal ha ocupado el puesto durante más de cuatro años. El juzgado remitente pone de manifiesto la trascendencia particular del derecho que se ve afectado en el caso de autos, el derecho de acceso a un mandato parlamentario, garantizado por la Constitución española.

Según el juzgado remitente, el carácter temporal de las funciones desempeñadas por un funcionario interino no constituye una razón objetiva que justifique un trato diferenciado, que le prive del derecho a reincorporarse a su puesto al expirar el mandato parlamentario. Porque aunque es posible que durante dicho mandato la eventualidad de reincorporación haya desaparecido efectivamente debido a que entretanto el puesto cubierto por el funcionario interino haya sido ocupado por un funcionario de carrera o simplemente amortizado, no es descartable tampoco que la situación que justificó el nombramiento temporal del funcionario interino persista cuando expire su mandato parlamentario.

En definitiva las dudas del juzgado remitente versan sobre el concepto de ‘condiciones de trabajo’, en el sentido de la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco.

A su entender, el Tribunal de Justicia sólo ha examinado hasta ahora el alcance de este concepto en relación con cuestiones relativas a retribución, horario, jornada, calendario o vacaciones, o, en general, permisos para poder ausentarse del trabajo. Entiende que procede analizar si el concepto de ‘condiciones de trabajo’ incluye también la obligación de declarar a un trabajador con contrato de duración determinada, en el caso de autos un funcionario interino, en una situación administrativa que le permita, como sí se le permite al trabajador fijo (es decir, el funcionario de carrera) suspender la relación de servicios para dedicarse al ejercicio del cargo político representativo para el que ha resultado elegido.

8. El juzgado remitente desea saber, en relación a la primera cuestión prejudicial que plantea, si la cláusula 4, apartado 1, del Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que el concepto de ‘condiciones de trabajo’, recogido en esa disposición, incluye el derecho de un trabajador que desempeña un

mandato parlamentario a una suspensión de la relación de trabajo garantizándose el puesto de trabajo así como su derecho a la promoción hasta que expire su mandato parlamentario.

El Acuerdo tiene por objeto impedir que los trabajadores con un contrato de duración determinada sean utilizados por un empleador con el objetivo de privar a dichos trabajadores de derechos reconocidos a los trabajadores con contrato de duración indefinida, no pudiéndose interpretarse restrictivamente.

En el concepto de ‘condiciones de trabajo’ se incluyen conceptos económicos retributivos, trienios, sexenios por formación permanente, las normas relativas a los períodos de servicio que han de prestarse a efectos de acceder a un grupo superior, el derecho a participar en un plan de evaluación del profesorado y a los correspondientes incentivos económicos, la reducción de la jornada laboral y la consecuente disminución del salario, y las normas relativas a la determinación del plazo de preaviso para la resolución de los contratos de trabajo de duración determinada

La expresión ‘condiciones de trabajo’ incluye los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, abarcando tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo, como las relativas a la finalización de esta relación laboral.

Por lo tanto debe considerarse que una resolución por la que se reconoce la situación de servicios especiales, como la controvertida en el litigio principal, que entraña la suspensión de determinados elementos de la relación laboral, mientras que otros perduran en el tiempo, está incluida en el concepto de ‘condiciones de trabajo’.

Debe tenerse presente que la decisión de conceder ese permiso a un trabajador se adopta como consecuencia de la relación laboral que le vincula al empleador, y que la situación administrativa de servicios especiales no sólo tiene como consecuencia la suspensión de la relación de servicio, sino que permite también reservar el destino que ocupaba el trabajador hasta su reincorporación cuando expire su mandato parlamentario, garantizando al mismo tiempo que se tenga en cuenta esta situación a efectos del cálculo de los trienios y de la promoción en el puesto de trabajo.

Por lo que una interpretación del Acuerdo marco que excluyese el derecho al reconocimiento de la situación de servicios especiales del ámbito de aplicación del concepto de ‘condiciones de trabajo’ equivaldría a reducir, en detrimento del objetivo de dicha disposición, el alcance de la protección concedida a los trabajadores temporales contra las discriminaciones, por lo que procede responder a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que el concepto de ‘condiciones de trabajo’ incluye el derecho de un trabajador que ha sido elegido para desempeñar un mandato parlamentario a un permiso especial, previsto por la normativa nacional, en virtud del cual se suspende la relación de trabajo, de modo que se garantiza el mantenimiento del puesto de trabajo de dicho trabajador y su derecho a la promoción hasta que expire su mandato parlamentario.

9. El juzgado desea saber, en relación con la segunda cuestión prejudicial planteada, si el Acuerdo marco se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada, a efectos de desempeñar un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que reconoce este derecho a los trabajadores fijos.

En el caso analizado existe una diferencia de trato entre los trabajadores con contrato de trabajo de duración determinada y los trabajadores fijos, porque un trabajador fijo elegido para desempeñar un cargo político sí puede obtener un permiso especial en virtud del cual se suspende la relación laboral hasta el momento de su reincorporación cuando expire ese mandato, mientras que un trabajador con contrato de trabajo de duración determinada debe dimitir de su puesto para poder desempeñar este mismo cargo.

La diferencia de trato sólo podría estar justificada en caso de que las funciones desempeñadas por una trabajadora como la demandante no fueran idénticas o comparables a las de los trabajadores fijos. Es decir, para apreciar si las personas de que se trata ejercen un trabajo idéntico o similar debe comprobarse tanto la naturaleza del trabajo, como los requisitos de formación y, particularmente, las condiciones laborales.

En definitiva, incumbe al juzgado remitente determinar si la demandante se encuentra en una situación comparable a la de los empleados públicos con una relación de servicio por tiempo indefinido

nombrados por la misma autoridad durante el mismo período de tiempo. Si efectivamente considera que existe una diferencia de trato posteriormente le incumbirá comprobar si el tratamiento diferente se encuentra justificado por ‘razones objetivas’, es decir, por la existencia de elementos precisos y concretos en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta necesaria al efecto.

Con respecto a esta cuestión el Tribunal de Justicia ya ha precisado que el concepto de ‘razones objetivas’ no permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el hecho de que aquélla esté prevista por una norma nacional general y abstracta, y que el recurso a la mera naturaleza temporal de la relación laboral no es conforme a estos requisitos y, por tanto, no puede constituir una ‘razón objetiva’.

El juzgado remitente no excluye que tanto la urgencia y necesidad del nombramiento temporal como la previsibilidad de la finalización de la relación de servicio puedan, en principio, constituir elementos que justifiquen una desigualdad de trato en lo que atañe al reconocimiento en la situación de servicios especiales, pero precisa que estas alegaciones no son atendibles en una situación como la que dio lugar al litigio principal, en la que el mismo trabajador temporal ha desempeñado el puesto durante más de cuatro años.

La negativa absoluta a conceder a los trabajadores con contrato de duración determinada el derecho al reconocimiento de la situación de servicios especiales no parece *a priori* indispensable para alcanzar el objetivo perseguido por la Ley patria, a saber, el mantenimiento del puesto y del derecho a la promoción de los trabajadores fijos, y más concretamente de los funcionarios de carrera que ostentan un cargo político representativo, en la medida en que el propio juzgado remitente afirma que es claramente concebible que los trabajadores con contrato de duración determinada que ostentan idéntico cargo disfruten del mismo derecho, que suspende la relación de servicio hasta la expiración del mandato, momento en que se les garantizaría el reingreso en su puesto, siempre que, entretanto, no hubiera sido amortizado u ocupado por un funcionario de carrera.

10. A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda cuestión prejudicial en el sentido de que el Acuerdo marco se opone a una norma nacional, como la controvertida en el litigio principal, que excluye de manera absoluta la concesión a un trabajador con contrato de duración determinada, a efectos del desempeño de un cargo político representativo, de un permiso en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de este trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que sí se reconoce este derecho a los trabajadores fijos.

II. Tribunal Europeo de Derecho Humanos

1. Introducción

La búsqueda de jurisprudencia del TEDH en los casos que afecten a España ha sido extraída del elenco de resoluciones traducidas por el Ministerio de Justicia.

2. Sentencia de 3 de octubre de 2017. Asunto: N.D. y N.T. c. España (demanda núm.: 8675/15 y 8697/15). Expulsión colectiva de inmigrantes.

11. Las dos demandas acumuladas contra el Reino de España se plantean por dos ciudadanos extranjeros, uno maliense y otro marfileño. Ambos vivieron en el Monte Gurugú cercano a la frontera española, en el reino de Marruecos. En un intento de asalto a la valla que separa Marruecos de España consiguieron superar las dos primeras vallas y trepar a la tercera. Dicen haber sufridos actos violentos tanto de la policía española como de la marroquí, consistente en haber recibido impactos de piedras lanzadas por las fuerzas de seguridad de ambos países. Tras permanecer en la tercera valla desistieron de saltarla, pero en cuanto pusieron los pies en el suelo fueron detenidos por miembros de la Guardia Civil,

que les esposaron y devolvieron a Marruecos, sin haber sido objeto de identificación ni ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos.

Tras ser devueltos a Marruecos fueron conducidos a Nador y posteriormente a Fez, que se encuentra a 300 km de Nador “*donde fueron abandonados a su suerte*”.

Ambos se quejan de su rechazo inmediato a Marruecos y de la ausencia de un recurso efectivo a este respecto. Entienden que habían sido objeto de una expulsión colectiva, y que no habían tenido ninguna posibilidad de ser identificados, ni de alegar sus circunstancias individuales y de los malos tratos a los que, según ellos, corrían el riesgo de ser sometidos en Marruecos. También alegan que carecen de mecanismo efectivo de impugnación de la decisión de expulsión con un recurso con efectos suspensivo. En la demanda que plantearon han aportado algunos videos de periodistas y testigos que presenciaron los hechos que se tienen en consideración y sirven de base al Tribunal para sostener sus argumentaciones.

12. Posteriormente ambos ciudadanos entraron en territorio español por otro puesto fronterizo, el de Melilla, tras lo que se procedió a impetrar un procedimiento de expulsión contra ellos dictando las correspondientes órdenes de expulsión, denegándosele administrativamente su solicitud de asilo. Ambos se encuentran actualmente fuera del territorio nacional, uno de ellos con paradero conocidos, el otro no.

13. El derecho interno aplicable es el 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 (LOEX), tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, y muy singularmente, el Protocolo de actuación de control fronterizo de la Guardia Civil de 26 de febrero de 2014 en el que se contiene la siguiente instrucción: “*Con dicho sistema de vallado, existe la necesidad objetiva de determinar cuando la entrada ilegal ha fracasado o cuando se ha producido. Es necesario definir la línea que delimita, a los solos efectos del régimen relativo a los extranjeros, el territorio nacional: esta línea se materializa por la valla en cuestión. De esta forma, cuando los intentos de los inmigrantes en superar ilegalmente esta línea son contenidos y rechazados por las fuerzas de seguridad encargadas de la vigilancia de la frontera, se considera que no se ha producido ninguna entrada ilegal efectiva. No se considera que la entrada ha tenido lugar hasta que el inmigrante ha superado la citada valla interior, de modo que ha entrado en territorio nacional y que por tanto se le aplica el régimen relativo a los extranjeros*”.

14. Los artículos 18 y 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea regulan, respectivamente, el derecho de asilo y la prohibición de la devolución, expulsión y extradición, especialmente las de carácter colectivo y aquellas en las que el ciudadano corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. El artículo 47 de la Carta, titulado “*Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*”, prevé el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva para toda persona cuyos derechos y libertades se encuentren garantizados por el Derecho de la Unión.

En relación concreta con este caso debe citarse el Título V “*El espacio de libertad, seguridad y justicia*”, de la tercera parte del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), modificado por el Tratado de Lisboa, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009. En su artículo 67 se regula el espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y se garantiza la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores, desarrollando una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores. Por su parte el artículo 78 garantiza el respeto al principio de no devolución.

También debe tenerse presente la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 (conocida como “*directiva retorno*”) respecto a las normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados Miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido que todo extranjero tiene el derecho a expresar, con anterioridad a la adopción de una decisión respecto de su devolución, su punto de vista sobre la legalidad de su estancia (*Khaled Boudjlida c. Préfet des Pyrénées-Atlantiques*, asunto C-249/13, sentencia de 11 de diciembre de 2014). Este derecho a ser oído, que se aplica como principio fundamental del

derecho de la Unión garantiza a toda persona la posibilidad de dar a conocer, de forma precisa y efectiva, su punto de vista en el transcurso del procedimiento administrativo y con anterioridad a la adopción de cualquier decisión susceptible de afectar de forma adversa a sus intereses, especialmente la relativa a la expulsión, con el objetivo de que la autoridad competente considere su postura con todos los datos al respecto.

También es aplicable la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional especialmente en lo dispuesto en los artículos 9 (Derecho de permanencia en el Estado miembro durante el examen de la solicitud) y 11 (Requisitos de la resolución de la autoridad decisoria), así como el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen)

La resolución tiene en consideración el Informe anual de 2005 del Defensor del Pueblo Español, así como el informe del Comité para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa que se redactó tras la visita que realizó a España entre el 14 y el 18 de julio de 2014, en el que se examinaba determinados aspectos del trato de los inmigrantes detectados en situación irregular en la frontera con Marruecos.

15. El Gobierno considera que la demanda se basa en hechos que se han producido fuera de la jurisdicción de España, porque entiende que los demandantes no habrían conseguido superar el dispositivo de protección instalado en el puesto fronterizo de Melilla. En definitiva, que no habrían conseguido entrar en territorio español.

Los demandantes sí estiman, por su parte, que la jurisdicción de España no puede cuestionarse en este caso, al entender que la expulsión de extranjeros constituye efectivamente un ejercicio de la propia jurisdicción que se tiene.

Con respecto a esta cuestión, relativa al ejercicio de la propia jurisdicción, el TEDH juzga oportuno recordar que la jurisdicción es básicamente un concepto territorial que se reconoce a las personas que se encuentran bajo ella. En principio es excepción el reconocimiento de la posibilidad de efectuar actos se realizan fuera de su propio territorio.

El Gobierno entiende que los hechos del presente caso se han producido fuera de la jurisdicción del Estado demandado en la medida en que los demandantes no habrían entrado en territorio español. Los demandantes estiman, por el contrario, que la expulsión de extranjeros que tenga por objeto impedir a los inmigrantes alcanzar las fronteras del Estado o de rechazarles a otro Estado sí constituye un ejercicio de la jurisdicción.

El Tribunal aprecia que el TEDH observa que la línea fronteriza entre el Reino de Marruecos y las ciudades de Ceuta y Melilla forma parte del estado español, en el mismo sentido que lo aprecia la Defensora del pueblo español que entiende que la jurisdicción española también se ejerce sobre el terreno situado entre las vallas en el puesto fronterizo de Melilla.

Por ello entiende el Tribunal, siguiendo la opinión del TEDH en este punto, que desde el momento en que los demandantes descendieron de las vallas fronterizas se encontraron bajo el control continuo y exclusivo de las autoridades españolas.

En definitiva, para el Tribunal no hay ninguna duda de que los hechos que sustentan las alegadas violaciones se encuentran bajo la '*jurisdicción*' de España.

16. El Gobierno entiende que los demandantes no pueden considerarse '*víctimas*' en relación con lo previsto en el 34 del Convenio. Básicamente porque afirman haber participado en el asalto que acaeció al puesto fronterizo de Melilla, reconociéndose en las grabaciones de video que se han aportado. Entiende que las calidad de las imágenes aportadas no permite apreciar la identidad de los asaltantes. Entiende que aunque realmente fueran ellos habrían perdido la condición de víctimas pues meses antes habían entrado ilegalmente en el territorio español por el mismo puesto fronterizo y habrían sido objeto de expulsión acordadas tras un procedimientos dotado con todas las garantías. Repara que ninguno de los dos demandantes ha presentado una solicitud de protección internacional ante las autoridades españolas antes de acudir al TEDH.

Los demandantes consideran que los elementos de prueba que han presentado son suficientes para demostrar que sí formaban parte del grupo que intentó entrar en España en la fecha de referencia y que fueron devueltos de forma sumaria. Señalan que el Gobierno español ha reconocido la existencia de la práctica sistemática de expulsiones sumarias colectivas en la valla de Melilla. Precisan de manera concreta que no han disfrutado de ningún recurso para quejarse por su expulsión sumaria.

El TEDH considera que los demandantes pueden pretender ser víctimas de las alegadas violaciones del Convenio. Han informado de manera coherente de las circunstancias, de su país de origen, de las dificultades que les han conducido hasta el monte Gurugú y de su participación al asalto masivo de las vallas levantadas en la frontera terrestre que separa Marruecos de España. Han aportado para sustentar sus afirmaciones imágenes de vídeo que parecen verosímiles.

El Gobierno no niega la existencia de expulsiones sumarias, y ha modificado poco después de los hechos la norma reguladora para legalizar estas ‘expulsiones en caliente’.

El TEDH no ignora dos circunstancias del caso, que los extranjeros devueltos no fueron identificados en ningún momento, y que el hecho de que los demandantes hayan accedido posteriormente al territorio español no les puede privar de la condición de víctimas de las violaciones del Convenio que alegan.

En definitiva se rechaza la excepción que el Gobierno basa en la ausencia de la condición de víctima.

17. El Gobierno alega que las órdenes de expulsión no han sido impugnadas ante las jurisdicciones de lo contencioso-administrativo y que solamente uno de los ciudadanos presentó una solicitud de asilo.

Los demandantes subrayan que no han tenido acceso a ningún recurso efectivo que hubieran podido interponer antes de acudir al TEDH.

El TEDH aprecia que los demandantes fueron expulsados de manera colectiva que las Autoridades españolas habrían realizado sin haber seguido ningún procedimiento de identificación de los inmigrantes y sin haber recabado ninguna información en relación con sus circunstancias personales, rechazando, por tanto, la excepción del no agotamiento que atañe a las órdenes de expulsión.

18. Los demandantes afirman haber sido expulsados de manera colectiva y sin haber sido examinados de manera individualizado atendiendo a sus circunstancias, lo cual es el reflejo de una política sistemática de rechazo carente de toda base legal.

El Gobierno entiende que los hechos del presente asunto no constituyen una ‘expulsión colectiva de extranjeros’, porque aprecia que las exigencias de que para ser considerado como tal debe encontrarse en territorio nacional no se dan en este caso. Por otro lado repara en que en ningún caso se tratará de una expulsión colectiva, es decir que afecte a un grupo de personas caracterizado por circunstancias comunes y específicas.

Entiende que el derecho a entrar en el territorio español sin control y efectuado por cualquier punto de la frontera es contrario al sistema del Convenio y pone en peligro el disfrute de los derechos humanos por los ciudadanos de los Estados miembros, además de patrocinar un ‘efecto llamada’ no deseable.

Los demandantes indican que intentaron junto con otras personas entrar en el territorio español por las vallas de Melilla y que ha sido objeto de una expulsión “sumaria” y “automática” de manera colectiva, y, en cualquier caso, sin haber podido exponer individualmente ante las autoridades competentes los argumentos que se oponían a su expulsión.

Entiende que la cuestión de la individualización en el procedimiento de expulsión es el punto crucial que se debe examinar para determinar si su expulsión ha sido o no contraria al ordenamiento aplicable.

19. El TEDH recuerda que se debe entender por expulsión colectiva toda medida que compele a unos extranjeros, en tanto que grupo, a abandonar un país, salvo en los casos en que tal medida se toma al término y en base a un examen razonable y objetivo de las circunstancias particulares de cada uno de los extranjeros que forman el grupo. También repara en que el propósito de la normativa aplicable es evitar que los Estados puedan expulsar a un determinado número de extranjeros sin examinar sus circunstancias personales.

Teniendo en consideración los precedentes jurisdiccionales que cita el TEDH no considera necesario establecer si los demandantes han sido expulsados después de haber entrado en territorio español o si han sido rechazados antes de poder hacerlo, y afirma que no hay duda de que los demandantes se encontraban bajo control continuado y exclusivo de las autoridades españolas y que han sido expulsadas y devueltas a Marruecos contra su voluntad, lo que constituye claramente una ‘expulsión’.

Queda por determinar si dicha expulsión tiene o no la consideración de ‘colectiva’.

El TEDH recuerda que para considerar si estamos en presencia de una expulsión colectiva debe examinarse las circunstancias del caso y comprobar si las decisiones de expulsión se habían adoptado en consideración a las circunstancias particulares de los individuos afectados. Parece claro que los demandantes sí formaban parte de un grupo que intentaron entrar ilegalmente en España por el puesto fronterizo de Melilla y se les ha aplicado una medida de carácter general consistente en contener y rechazar los intentos de los inmigrantes de rebasar ilegalmente la frontera.

El TEDH constata que las medidas de expulsión han sido tomadas en ausencia de cualquier decisión administrativa o judicial previa sin cauce procedimental previo, por lo que estima que el procedimiento seguido no permite de ningún modo dudar del carácter colectivo de las expulsiones criticadas.

20. Los demandantes denuncian la imposibilidad con la que se han encontrado para establecer su identidad, alegar sus circunstancias individuales, e impugnar ante las autoridades españolas, mediante un recurso con efecto suspensivo, su rechazo inmediato a Marruecos.

El Gobierno recuerda que el derecho a un recurso interno efectivo es un derecho procedimental que está vinculado a la eventualidad de que se haya producido una vulneración de un precepto material del Convenio. Entiende, además, que los demandantes podían haber presentado una solicitud de protección internacional en el puesto fronterizo cuando se encontraban en territorio marroquí, lo que les hubiera permitido disfrutar de los correspondientes procedimientos administrativos y jurisdiccionales.

Los demandantes sí estiman que las vías de recurso deben tener un efecto suspensivo automático. Manifiestas que no han sido nunca objeto de procedimiento de identificación alguno y denuncian la ausencia de asistencia jurídica y lingüística.

El TEDH considera que esta queja plantea cuestiones de derecho y de hecho complejas que sólo se pueden resolver tras un examen del fondo.

Recuerda que el Convenio garantiza la existencia en Derecho interno de un recurso que permita alegar los derechos y libertades del Convenio. Sobre la exigencia del carácter suspensivo del recurso el TEDH ha alcanzado soluciones distintas teniendo en cuenta el riesgo potencialmente irreversible incurrido por los demandantes en el país de destino en caso de expulsión del territorio del Estado demandado. Ha estimado, en concreto, que tal perjuicio no existiría cuando, por ejemplo, el interesado sostenía que su expulsión vulneraría su derecho al respeto de su vida privada y familiar. Pero también ha concluido, por tanto, que la ausencia de efecto suspensivo de un recurso contra una decisión de expulsión no era por sí misma constitutiva de una vulneración del Convenio cuando, como en este caso, los demandantes no alegaban un riesgo real de violación de los derechos amparados por el Convenio en el país de destino.

21. Los demandantes se quejan de la ausencia de un recurso efectivo que les permitiera impugnar su expulsión desde la perspectiva del carácter “colectivo”.

El TEDH concluye que la devolución de los demandantes a Marruecos se consideraba como una violación del Convenio, por lo que la queja planteada por los demandantes sobre este punto es ‘sostenible’.

Constata que en el presente caso la cuestión del carácter suspensivo de pleno derecho del recurso ni siquiera se plantea al no haber tenido acceso los demandantes antes de su expulsión a Marruecos a ningún procedimiento tendente a su identificación y a la comprobación de sus circunstancias personales.

Habida cuenta de las circunstancias del presente caso y del carácter inmediato de su expulsión, el TEDH estima que a los demandantes se les ha privado de toda vía de recurso que les hubiera permitido presentar ante una autoridad competente su queja y obtener un control atento y riguroso de su solicitud antes de su devolución.

Como estima que ha existido una violación del Convenio se procede a reparar las consecuencias de dicha violación.

El TEDH considera que los importes reclamados por cada uno de los demandantes (5.000 €) son razonables y se los concede íntegramente, así como el interés moratorio que procede.

22. En definitiva, el TEDH rechaza, por unanimidad, las excepciones preliminares planteadas por el Gobierno demandado relativas a la ausencia de la condición de víctima de los demandantes y el no agotamiento de las vías de recurso internas.

Declara, por unanimidad, las demandas planteadas son admisibles, y falla por unanimidad que se ha producido violación del artículo 4 del Protocolo no 4; y también falla por unanimidad que se ha producido una violación del artículo 13 del Convenio puesto en relación con el artículo 4 del Protocolo no 4. Y falla por seis votos a uno que el Estado demandado debe abonar 5.000 € incrementados con el importe de los impuestos que por su causa pudieran gravar a los demandantes por daño moral, deveniendo los intereses correspondientes.

23. A la sentencia se le plantea un voto particular discordante del Juez Dedov. Entiende que aunque ha votado a favor de la vulneración del artículo 4 del Protocolo núm. 4 del Convenio, dicha declaración de la violación bastaría a efectos del perjuicio moral, porque los hechos de la causa demuestran que los demandantes no se encontraban en una situación de emergencia resultante de una persecución o de una amenaza inmediata contra la vida, la integridad o la dignidad. Porque ha de tenerse presente que los demandantes superaron la frontera ilegalmente y violentamente, y, además, las autoridades han examinado las circunstancias individuales de cada uno de los demandantes cuando han cruzado de nuevo la frontera, por lo que la violación no puede ser considerada como grave.

3. Decisión de 10 de octubre de 2017. Asunto Mercedes Jiménez Ruiz c. España (demanda núm.: 2649/16). Reconocimiento de pensión de viudedad tras reconciliación después de la separación judicial.

24. El Tribunal considera adecuado el acuerdo amistoso al que han llegado las partes relativo a la concesión de una pensión de viudedad al ex-cónyuge que después de separado legalmente volvió a convivir con el ahora finado

La demandante entiende que la negativa en reconocerle una pensión de viudedad porque no se había notificado al juez la reconciliación de los cónyuges después de haberse separado judicialmente podía atentar contra el principio de no discriminación reconocido en la normativa comunitaria.

25. El Tribunal recibió una propuesta de acuerdo amistoso firmada por las partes, por la que el Gobierno se compromete a reconocer la vulneración del artículo 14 del Convenio y a acordar una pensión de jubilación para la demandante como consecuencia del fallecimiento de su pareja. También se comprometía a abonar a la demandante los atrasos de la pensión correspondiente, así como otras cantidades en concepto de indemnización y costas. Todas las cantidades mencionadas cubren cualquier daño moral o material así como cualquier gasto que ocasionó el procedimiento.

26. La demandante renuncia a ejercer en el futuro cualquier pretensión contra España como consecuencia de los hechos que dieron lugar a la demanda.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y CONVENIO
DE LA HAYA DE 1980. COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE LAS PALMAS (SECCIÓN
3ª) NÚM. 377/2017, DE 29 DE JUNIO

CHILD ABDUCTION AND THE HAGUE CONVENTION
ON 1980. COMMENT ON THE JUDGMENT OF THE SPANISH
COURT OF APPEAL OF LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
(SECTION 3) NUMBER 377/2017 OF 29TH JUNE

PROF^a DRA. CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universitat de València

PROF. DR. PABLO QUINZÁ REDONDO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universitat de València

Recibido: 21.02.2018 / Aceptado: 09.04.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4401>

Resumen: Sustracción internacional a España de menor residente en Argentina en aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

Palabras clave: sustracción internacional de menores, Convenio de La Haya sobre sustracción, derecho de custodia, filiación.

Abstract: International abduction to Spain of a minor residing in Argentina under the Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction of 1980.

Keywords: International child abduction, Hague Convention on Child Abduction, rights of custody, filiation.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Consideraciones jurídicas. 1. El ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. 2. La mediación en la sustracción internacional de menores. 3. Las normas internas de aplicación de convenios internacionales sobre sustracción de menores. 4. La filiación y la custodia en la sustracción internacional de menores. IV. Valoración.

I. Introducción

1. El 29 de junio de 2017, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria desestimó un recurso de apelación en un asunto sobre la sustracción internacional de un menor vinculado con dos países, España y Argentina, ambos contratantes del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tras proporcionar los hechos (II), reflexionaremos sobre

cuatro consideraciones jurídicas que resultan de interés (III), como son 1. El ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980, 2. La mediación en la sustracción internacional de menores, 3. Las normas internas de aplicación de convenios internacionales sobre sustracción de menores y 4. La filiación y la custodia en la sustracción internacional de menores, finalizando este comentario con una valoración.

II. Hechos

2. Con carácter previo a la descripción de los hechos es importante indicar que la sentencia objeto de comentario es imprecisa a la par que desorganizada en lo referente a esta cuestión y ello, por un lado, porque no se contiene toda la información que sería relevante para poder valorar con garantías el fallo de la sentencia y, por otro, porque los hechos se encuentran dispersos a lo largo de toda la resolución, aportándose nueva información incluso hasta el penúltimo fundamento de derecho de la sentencia.

3. Teniendo esto presente, los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: el litigio enfrenta a dos progenitores, de los que se desconoce su nacionalidad y residencia habitual, en relación con la sustracción, por parte de la madre, de su hijo en común, trasladándolo desde Argentina a España. Sin embargo, una de las cuestiones que subyace desde el inicio del caso es precisamente la filiación paterna y, correlativamente, el tema de la custodia, por lo que conviene detallar los hechos que rodean al caso.

4. El primer hecho relevante tuvo lugar el día 12 de mayo de 2016, cuando la madre del menor –Doña Ángela– obtuvo, representada por su padre –abuelo, por tanto, del menor–, una autorización de viaje para poder salir de Argentina con su hijo, que apenas contaba con unos meses de edad. Para la obtención de dicho permiso, al parecer, no se tuvo en cuenta la opinión del padre, toda vez que en la inscripción del nacimiento del menor solo constaba la filiación materna. Por su parte, el padre del menor, el señor Juan Ignacio, reconoció la filiación paterna con fecha de 5 de septiembre de 2016.

5. El día 11 de septiembre de 2016 –nótese, pocos días después de reconocer la paternidad del menor– doña Ángela, haciendo efectivo el permiso para salir del país, viajó con su hijo a España. Dice en su recurso Doña Ángela que, por tanto, el traslado se produjo de manera legal, toda vez que contaba con la autorización de un juzgado argentino, y además, que no tuvo derecho a ser oída en el juicio sobre las cuestiones relacionadas con la paternidad que se estaban discutiendo en Argentina, ya que se encontraba en España. Es aquí donde los hechos se encuentran ciertamente distorsionados, pues Doña Ángela deja entrever que el 11 de septiembre de 2016 aún no constaba la filiación paterna, mientras que, a tenor de los hechos de la sentencia, ésta quedó perfectamente determinada el día 5 de septiembre de 2016, es decir, antes de la salida del menor de Argentina. Partiremos, evidentemente, de esta última información, que es la que parece contrastada por la Audiencia Provincial.

6. Producida dicha circunstancia, presumimos que el padre solicitó la restitución del menor, que fue efectivamente concedida por sentencia de juzgado de familia argentino el 26 de diciembre de 2016. Es a partir de este momento donde la competencia de los tribunales españoles, Estado donde se encontraba el menor, encuentra su razón de ser. Así, en primer lugar, el día 12 de mayo de 2017, el Juzgado de Primera Instancia de Las Palmas de Gran Canaria emitió un auto en cuya virtud se prohibía la salida de la madre y del menor de la isla sin autorización judicial, quedándole retenido el pasaporte. La sentencia de Primera Instancia, dictada en fecha 25 de mayo de 2017, no vino sino a confirmar la sospecha de dichas medidas: el tribunal consideró que el menor había sido trasladado ilícitamente, por lo que debía procederse a la restitución en el plazo de tres días. Para la efectiva ejecución de dicha resolución, el juzgador proponía a las partes una suerte de mediación familiar internacional, a la que nos referiremos en un epígrafe individualizado cuando abordemos las consideraciones jurídicas.

7. Disconforme con dicho fallo, Doña Ángela presentó recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de las Palmas de Gran Canaria, cuyo resultado estamos precisamente comentando. Dicha sentencia falló de nuevo en contra de la recurrente, demostrando nuevamente que el traslado a España

se produjo con posterioridad y, contraviniendo la resolución dictada por el juez argentino con fecha 5 de septiembre de 2016, en la que quedaba constatada la filiación paterna. La madre, por tanto, no debió haberse trasladado de Argentina a España con su hijo sin autorización del padre, por lo que la Audiencia Provincial no dudó en calificar de ilícito dicho traslado a tenor del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores.

8. Para finalizar con la descripción fáctica del litigio, haremos mención a alguno de los silencios que (d)enunciábamos al inicio de este epígrafe y que, se refieren, en general, al desconocimiento de ciertos hechos referentes al proceso de origen y al propio reconocimiento de una eventual resolución proveniente de Argentina. Así, aparte de no conocerse la nacionalidad y residencia de las partes –lo que puede impactar en la propia consideración en Argentina de la presencia de algún elemento de extranjería o no, y, por tanto, la justificación de la aplicación del Derecho argentino–, también llama la atención el parco análisis del reconocimiento de las decisiones argentinas relevantes. De haber contado con tal información, se podría haber llevado a cabo un estudio todavía más profundo.

III. Consideraciones jurídicas

9. Una vez descritos los hechos controvertidos del caso, es turno de examinar las cuestiones jurídicas más complejas que, desde nuestro punto de vista, son las cuatro siguientes.

1. El ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

10. El Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores ha sido uno de los textos más exitosos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en términos de países contratantes, que ascienden en el momento de escribir estas líneas a noventa y ocho estados¹, entre los que se encuentra España². El asunto que nos ocupa vincula asimismo a Argentina, país desde el cual es sustraído el menor, que aplica dicho Convenio desde su entrada en vigor en aquel país el 1 de junio de 1991³.

11. El Convenio de La Haya establece un sistema de cooperación de autoridades, denominadas Autoridades Centrales, que se comunican con el objetivo de que la restitución del menor se produzca de la forma más satisfactoria y rápida posible. Se contemplan procedimientos expeditivos porque el factor tiempo es esencial en estas situaciones. Se persigue, ante todo, minimizar los efectos negativos sobre el menor y evitar su integración en un nuevo medio, pero también impedir que el sustractor obtenga ventaja del paso del tiempo desde un punto de vista jurídico como consecuencia de lo anterior.

12. El modelo consta de dos fases. En una primera las Autoridades Centrales están obligadas a promover la restitución voluntaria del menor (artículo 10⁴) y si esta vía fracasara, la propia Autoridad tiene la obligación de promover el procedimiento de restitución (artículo 11), si bien éste puede ser también ejercitado directamente por el progenitor⁵. Se trata de un sistema paralelo e independiente de la vía judicial en el que no se exige la asistencia de abogado, aunque es recomendable.

¹ Puede consultarse el estado de ratificaciones del Convenio en (última visita 12.1.2018):

http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=24

² BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987. En vigor en España desde el 1 de septiembre de 1987.

³ Véase la declaración de Argentina relativa a la soberanía sobre determinados territorios en el marco de la aplicación de este Convenio en (última visita 12.1.2018):

<http://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/notifications/?csid=600&disp=resdn>

⁴ Artículo 10 del Convenio de La Haya de 1980: “La Autoridad Central del Estado donde se encuentre el menor adoptará o hará que se adopten todas las medidas adecuadas tendentes a conseguir la restitución voluntaria del menor”.

⁵ Se configura por tanto una cooperación *ex post*, esto es, una vez se ha producido la sustracción del menor. La ausencia de medidas preventivas ha sido criticado por R. LAPIEDRA ALCAMÍ: “La sustracción internacional de menores: el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980”, en P. LLORIA GARCÍA, (Coord.): *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 195, quien considera este aspecto “uno de los déficits más importantes” del Convenio.

13. El artículo 4 del Convenio de La Haya clarifica que se aplica a todo menor que tenga su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita, dejándose de aplicar cuando éste alcance la edad de dieciséis años. En principio el Convenio se prevé con la finalidad de restablecer la residencia originaria del menor cuando se produzca un traslado o una retención ilícitos de un Estado contratante a otro en el sentido del artículo 3, que se refiere únicamente a la violación del derecho de custodia⁶, que puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Junto con ello, de la interpretación conjunta de los artículos 4 (antes mencionado) y 21⁷ se extrae también que la protección del Convenio ante los supuestos descritos se extiende asimismo a un derecho de visita eventualmente infringido.

14. La aplicación del Convenio de La Haya a este asunto en particular se justifica por tratarse, entendemos, de un menor de dieciséis años (la madre es, a su vez, menor de edad según consta en los hechos), residente en un Estado contratante del Convenio (Argentina) y trasladado de forma ilícita a otro país también vinculado por el mismo (España). La ilicitud del traslado es determinada por la jueza de instancia (y ratificada por la Audiencia Provincial) al otorgar validez al reconocimiento en Argentina de la filiación extramatrimonial paterna antes de la salida del menor del país, concluyendo por tanto que se ha infringido su derecho de custodia y, con ello, se ha procedido al traslado ilícito del menor en los términos previstos por el Convenio.

2. La mediación en la sustracción internacional de menores.

15. Los conflictos privados internacionales en general, y los familiares en particular, presentan una especial complejidad por la presencia de factores relacionados con la propia naturaleza de las situaciones vinculadas con varios países. Por ejemplo, la distancia geográfica entre las personas implicadas, las diferencias idiomáticas, la eventual colisión de contextos culturales y religiosos basados en valores y principios diversos, la interacción de dos o más sistemas jurídicos y la necesidad de acudir a la cooperación internacional para su resolución. En este marco los sistemas extrajudiciales se presentan especialmente atractivos frente a los tradicionales sistemas judiciales.

Entre ellos, cabe destacar el papel que puede jugar la mediación tanto para prevenir como para solucionar casos de sustracción internacional de menores, ya que este mecanismo puede ser utilizado en diferentes fases de la crisis familiar para facilitar y mejorar la comunicación entre las partes y, con ello, paliar las consecuencias indeseables que se puedan producir, sobre todo para los niños en virtud del interés superior del menor, pero también para los adultos implicados⁸.

⁶ Artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980: “El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y

b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado”.

⁷ Artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980: “Una solicitud que tenga como fin la organización o la garantía del ejercicio efectivo del derecho de visita podrá presentarse a las Autoridades Centrales de los Estados contratantes, en la misma forma que la solicitud para la restitución del menor.

Las Autoridades Centrales estarán sujetas a las obligaciones de cooperación establecidas en el artículo 7 para asegurar el ejercicio pacífico del derecho de visita y el cumplimiento de todas las condiciones a que pueda estar sujeto el ejercicio de ese derecho. Las Autoridades Centrales adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho.

Las Autoridades Centrales, directamente o por vía de intermediarios, podrán incoar procedimientos o favorecer su incoación con el fin de organizar o proteger dicho derecho y asegurar el cumplimiento de las condiciones a que pudiera estar sujeto el ejercicio del mismo”.

⁸ En particular véase sobre esta cuestión: M. ORFANOU: “La mediación en casos de sustracción internacional de menores”, en E. CARRETERO MORALES, C. RUIZ LÓPEZ y H. SOLETO MUÑOZ (dir.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*,

16. Así, como ha destacado la doctrina, “la mediación puede desempeñar fundamentalmente tres funciones en el marco de la problemática de la sustracción internacional de menores: una preventiva; otra como instrumento para solucionar el conflicto creado ante un traslado o retención ilícitos; y una tercera, como mecanismo para facilitar la ejecución de una decisión sobre el retorno⁹. En el asunto en cuestión, la mediación se propone a las partes en la sentencia de instancia recurrida una vez se ha producido la sustracción del menor y se ha ordenado el retorno al país desde el que fue sustraído.

17. Se ordena su restitución inmediata a Argentina y además “se acuerda requerir al Ministerio de Justicia a fin de que a través de las autoridades pertinentes se lleve a cabo un proceso de mediación sobre las circunstancias del traslado o restitución del menor entre ambos progenitores, debiendo ponerse en contacto con el Servicio de Mediación del Gobierno de Canarias, y/o acudir a alguna de las organizaciones expertas en mediación internacional”. Dicho mandato persigue por tanto que se utilice este mecanismo de resolución de conflictos con el objetivo de ejecutar la restitución del menor previamente acordada de la forma más amigable posible, teniendo en cuenta las ventajas asociadas a la mediación para mejorar las relaciones personales entre las partes, lo que puede beneficiar también a las posteriores conversaciones que eventualmente pudieran mantener en otro procedimiento con vistas a dilucidar el régimen de custodia y visitas del menor.

3. Las normas internas de aplicación de convenios internacionales sobre sustracción de menores.

18. Otra de las cuestiones jurídicas más relevantes del caso se refiere a la aplicación de las normas procesales internas españolas relativas a la restitución o retorno de menores en supuestos de sustracción internacional. Dichos aspectos se regulaban por lo dispuesto en los arts. 1901 a 1909 de la LEC 1881, pero con la entrada en aplicación de la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción voluntaria dichas disposiciones se han derogado y han quedado sustituidas por los arts. 778 *quater*, *quinquies* y *sexies* de la LEC 2000, referentes al ámbito de aplicación, procedimiento y declaración de ilicitud o de un traslado o retención internacional, respectivamente¹⁰. Disposiciones todas ellas que deben ser completadas con la Circular 6/2015 de 17 de noviembre de 2015, de la FGE, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

En este sentido, lo primero que debemos plantearnos es si dicha normativa procesal interna resulta de aplicación al supuesto enjuiciado, para lo cual habrá que estar a lo establecido en el art. 778 *quater* 1 LEC 2000, que establece expresamente que “En los supuestos en que, siendo aplicable un convenio internacional o las disposiciones de la Unión Europea, se pretenda la restitución de un menor...y se encuentre en España...se procederá a lo dispuesto en este capítulo”. Pues bien, ya hemos visto que en el caso que estamos analizando la restitución del menor se fundamenta en virtud del Convenio de La

Tecnos, Cizur Menor, 2017, pp. 595-614; F. J. FORCADA MIRANDA: *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Sepin, Madrid, 2015; Y. VELARDE D'AMIL: “La mediación en los supuestos de sustracción internacional de menores y el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Revista de derecho UNED*, núm. 17, 2017, pp. 1279-1301; M. L. SOTO RODRÍGUEZ: “La mediación en la sustracción internacional de menores en la Unión Europea”, *Revista de estudios europeos (Ejemplar dedicado a: Congreso internacional de Jóvenes investigadores sobre la Unión Europea)*, núm. 71, 2018, pp. 149-170; N. GONZÁLEZ MARTÍN: “Sexta reunión de la Comisión Especial para la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 1980 en materia de sustracción internacional de menores: especial referencia a la guía de buenas prácticas sobre mediación”, en E.V. VÁZQUEZ GÓMEZ, M. DOLORES ADAM MUÑOZ, N. CORNADO-PRieto (coords.): *El arreglo pacífico de las controversias internacionales: XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (AEPDIRI)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 707-718.

⁹ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS: “Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores”, en C. AZCÁRRAGA MONZONÍS y P. QUINZÁ REDONDO (Eds): *Tratado de Mediación, Tomo III. Mediación en conflictos de familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 190.

¹⁰ Sobre las reformas de la LEC en esta materia véase F.J. FORCADA MIRANDA: “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 337-346; F.J. FORCADA MIRANDA: “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Partes I y II)”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*, núm. 3, 2016; R. ESPINOSA CALABUIG: “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 68, núm. 2, 2016, pp. 347-357.

Haya de 1980, por lo que el cauce procesal oportuno son las mencionadas disposiciones de la LEC. A ellas nos referiremos a continuación, poniendo el foco de atención en las disposiciones más relevantes y su aplicación práctica al caso.

19. Así, en primer lugar, como podemos observar, las partes en el litigio son, por un lado, Doña Ángela, asistida de abogado y procurador, y por otro, la Autoridad Central Española, representada por la Abogacía del Estado y, a su vez, actuando en representación de Don Juan Ignacio por, entendemos, encontrarse este presente en Argentina en el momento en que se está desarrollando el procedimiento. A ellas hace mención expresa el art. 778 quater 4 LEC 2000. Junto a ellos, también es parte en el proceso el Ministerio Fiscal, tal y como establece el art. 749.1 LEC en su redacción dada por la Ley 15/2015, si bien es cierto que únicamente se menciona al inicio de la sentencia y no se hace referencia específica a su intervención.

20. Por otro lado, no cabe duda de que las medidas recogidas en el auto de 12 de mayo de 2017, referentes a la prohibición de salir de Las Palmas, así como el requisamiento del pasaporte, se han tomado en virtud de lo dispuesto por el art. 778 quater b LEC, que permite al juez adoptar las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor.

21. Junto a lo anterior, la propia sentencia menciona expresamente el art. 778 quater 11 LEC referente a la interposición del recurso de apelación. A destacar el “efecto suspensivo” que provoca la interposición de dicho recurso en el sentido de paralizarse la restitución del menor hasta que el juez de apelación resuelva. Evidentemente la LEC acompaña dicha circunstancia de unos breves plazos tanto para plantear el recurso como para su propia resolución, y buena muestra de ello es el asunto que estamos analizando: la sentencia de primera instancia fue dictada el 12 de mayo de 2017 y la Audiencia Provincial el 29 de junio de 2017.

22. Finalmente, el propio art. 778 quater 12 LEC 2000 hace referencia al uso de la mediación, cuya adecuación a la restitución de menores hemos destacado en el epígrafe anterior. Tal y como mencionamos, en este caso particular, la mediación vendría referida a la ejecución de la restitución en sí misma, al ya contarse con la sentencia de la jueza de primera instancia –ratificada por el Tribunal de apelación que resuelve el litigio-. Es de destacar que en la mediación propuesta por la jueza, dentro de la libertad de la que gozan las partes, se proponga acudir al Servicio de Mediación del Gobierno de Canarias, así como a cualquiera de las organizaciones expertas en mediación internacional. Desconocemos si finalmente las partes desarrollaron tal mediación o si, por el contrario, el traslado del menor tuvo que llevarse a cabo aplicándose medidas coercitivas contra la madre, aunque valoramos muy positivamente la proposición de la jueza de instancia en línea con lo apuntado por la LEC.

4. La filiación y la custodia en la sustracción internacional de menores.

23. La configuración jurídica de la sustracción internacional de menores se construye sobre otras instituciones como la filiación o la custodia, cuya determinación preliminar resulta necesaria a los efectos de concluir si el traslado o la retención ilícitos se han producido efectivamente. Partiendo de la idea anterior, la recurrente en este asunto apela la decisión de instancia con base, precisamente y entre otros motivos, en que no se ha vulnerado ningún derecho de custodia al aducir que en el momento de la salida del país no estaba acreditada la filiación paterna del menor.

24. No obstante, la Audiencia Provincial de Las Palmas recuerda en el Fundamento de Derecho tercero que en la sentencia apelada se relacionan los hechos que han quedado probados, los cuales no han quedado desvirtuados “en absoluto” por la recurrente. La filiación extramatrimonial paterna se declaró en Argentina con base en el Derecho civil de aquel país el 5 de septiembre de 2016. Por lo tanto, el reconocimiento de la paternidad se produjo con anterioridad a la salida del menor, situación acontecida el 11 de septiembre de 2016. A pesar de ello, la madre utilizó para salir del país una autorización de viaje

obtenida con anterioridad a dicho reconocimiento que se apoyaba en una inscripción de nacimiento en la que solo constaba la filiación materna.

25. Acreditados pues estos hechos, el tribunal considera que se ha producido un traslado ilícito ya que la legislación argentina impedía a la progenitora realizar o autorizar unilateralmente la salida de su hijo del país o el cambio de residencia al extranjero, lo que hubiera precisado el consentimiento expreso de ambos progenitores. Por todo lo anterior, se confirma la orden de restitución inmediata del menor porque no concurre ninguna de las causas tasadas previstas para su posible denegación, ratificando con ello tanto la decisión de los tribunales argentinos como la de instancia apelada.

26. Ahora bien, una vez se ha constatado que se ha producido efectivamente la sustracción según los hechos acreditados relativos a la filiación y la custodia del menor, el mecanismo previsto por el Convenio de La Haya de 1980 para la resolución de estas crisis familiares, esto es, la acción de restitución, persigue el restablecimiento de una situación fáctica (la que existía antes de producirse tales hechos), sin entrar en el eventual cuestionamiento de la paternidad ni en la atribución de la custodia. Estas cuestiones serán objeto, en su caso, de otros procedimientos¹¹.

IV. Valoración

27. La sentencia que estamos comentado resuelve con rotundidad un litigio referente a la restitución de un menor haciendo hincapié en que la filiación paterna –en este caso, la cuestión previa– quedó perfectamente determinada antes de que la madre procediera a la sustracción del menor. Y lo hace, además, de manera acertada no entrando en el fondo del asunto, como es la regulación de los derechos de custodia, cuestión esta última que se deja en manos del juzgador argentino. Así pues, la sentencia de apelación viene a confirmar el fallo de la sentencia dictada en primera instancia, ordenando la restitución del menor a su país de origen y proponiendo a las partes el uso de la mediación, que en un conflicto de esta índole, donde los padres en mayor o menor medida tendrán que comunicarse en el futuro para educar y cuidar a su hijo, resulta ciertamente adecuada.

28. Lo anterior, sin embargo, ha venido acompañado de una importante limitación, como es la ausencia de cierta información jurídica relevante, que ha dificultado el resultado del análisis. Creemos que los jueces españoles que resolvieron el caso contaron, sin duda, con una descripción de los hechos más minuciosa, pero desde luego esta no se ha plasmado en el contenido de la sentencia de apelación.

29. En definitiva, nos encontramos con una sentencia que aplica correctamente el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción de menores a tenor de los hechos que se han detallado en la sentencia, si bien con más información se podría haber realizado un análisis más profundo del caso.

¹¹ La doctrina ha subrayado la importancia del tratamiento diferenciado de estas cuestiones para el funcionamiento exitoso del Convenio de La Haya. R. ESPINOSA CALABUIG: *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 267.

CAMBIO DE APELLIDOS Y OTROS EFECTOS DERIVADOS
DE LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL.
COMENTARIO DE LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA
PROVINCIAL DE GRANADA (SECCIÓN 5ª) NÚM. 319/2017,
DE 14 DE SEPTIEMBRE

CHANGE OF FAMILY NAMES AND OTHER EFFECTS
DERIVED FROM THE DISSOLUTION OF THE MARRIAGE.
COMMENT ON THE JUDGMENT OF THE SPANISH COURT
OF APPEAL OF GRANADA (SECTION 5) NUMBER 319/2017
OF 14TH SEPTEMBER

PROF^a DRA. CARMEN AZCÁRRAGA MONZONÍS
Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universitat de València

PROF. DR. PABLO QUINZÁ REDONDO
Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universitat de València

Recibido: 13.07.2018 / Aceptado: 24.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4402>

Resumen: Cambio de apellidos de la esposa tras disolución del vínculo matrimonial, así como otros efectos derivados de la misma, no identificándose ni aplicándose correctamente la normativa de Derecho internacional privado aplicable el caso.

Palabras clave: cambio de apellidos, disolución del vínculo matrimonial, menores, alimentos, efectos patrimoniales del matrimonio.

Abstract: This case deals with the change of the family name of a wife after the dissolution of her marriage as well as other effects derived from that dissolution. The judgment seems not to identify or apply properly the Private international law rules governing the different matters involved in this case.

Keywords: change of family names, dissolution of marriage, minors, maintenance claims, matrimonial property regime.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Cuestiones controvertidas. IV. La correcta fundamentación en normas de Derecho internacional privado. 1. La disolución del vínculo matrimonial. 2. Régimen económico matrimonial. 3. Alimentos. 4. Menores. 5. Cambio de apellidos. V. Valoración.

I. Introducción

1. El 14 de septiembre de 2017, la Audiencia Provincial de Granada estimó un recurso de apelación en un asunto referente a un divorcio internacional en el que debía decidirse particularmente sobre la recuperación de los apellidos de la esposa antes de haber contraído matrimonio. Tras proporcionar los hechos (II), reflexionaremos sobre las cuestiones más controvertidas del fallo, partiendo de la premisa de que se trata de un asunto que presenta un elemento de extranjería (III). Posteriormente, toda vez que la resolución del caso no evidencia una correcta identificación y aplicación de la normativa de Derecho internacional privado que guarda relación con el objeto de la controversia, propondremos de manera prudente y razonada, la que consideramos habría sido una correcta fundamentación de los aspectos que conciernen al Derecho internacional privado (IV). Finalizaremos el comentario con unas conclusiones a modo de reflexión final (V).

II. Hechos

2. Con carácter previo a la descripción de los hechos es importante indicar que la sentencia objeto de comentario es extremadamente parca en lo referente a esta cuestión, encontrándose los elementos esenciales del caso únicamente concentrados en las cinco líneas del fundamento jurídico primero, que son a todas luces insuficientes. Ello nos ha obligado a incorporar una cierta dosis de presunción de hechos –por supuesto, razonada y coherente- ya que si de la lectura de la sentencia dependiera exclusivamente, difícilmente podría abordarse un comentario como el que estamos acometiendo.

3. Teniendo esto presente, los hechos pueden resumirse de la siguiente manera: el litigio enfrenta a dos cónyuges, ambos de nacionalidad rumana –lo que deducimos de la incorrecta aplicación del art. 107 Cc al referirse a la ley de la nacionalidad común de los cónyuges- y con dos hijos, Enma y Eduardo, debiendo decidirse sobre los efectos personales y patrimoniales más relevantes de la disolución de su matrimonio. Se desconoce, a ciencia cierta, la residencia habitual de ambos cónyuges, aunque puede presumirse que hasta el año 2014 era España, momento en el que el marido decide abandonar nuestro país con destino incierto. Asumimos que la mujer, demandante, y los hijos seguían residiendo en España al tiempo de la presentación de la demanda, pues de lo contrario la resolución del caso podría ser bien distinta.

4. Partiendo de lo anterior, la sentencia de primera instancia, dictada el 13 de septiembre de 2016, parece centrarse, a tenor del extracto reproducido en la SAP de Granada, en la disolución por divorcio del matrimonio y en algunos de los efectos personales y patrimoniales de tal divorcio como son la protección de los hijos –incluyendo la patria potestad y los derechos de custodia y visita- y la pensión de alimentos. Contra dicha resolución presentó la demandante recurso de apelación referido exclusivamente a la posibilidad de recuperar los apellidos que tenía antes de haber contraído nupcias con el demandado, cuestión esta que da lugar a la SAP de Granada de 14 de septiembre de 2017.

III. Cuestiones controvertidas

5. Una vez descritos los hechos del caso, es turno de examinar las cuestiones jurídicas más controvertidas que, pese a ser varias, pueden resumirse en las dos siguientes: ausencia de aplicación (1) e incorrecta aplicación (2) de la normativa de Derecho internacional privado.

1. Ausencia de aplicación de la normativa de Derecho internacional privado.

6. Desde nuestro punto de vista, uno de los primeros errores que presenta la resolución es la no consideración de la normativa de Derecho internacional privado aplicable al caso concreto, lo que resulta claramente manifiesto en primera instancia, donde el juzgador asume que será el Cc español el

aplicable a la patria potestad y los derechos de custodia y visita, así como a la pensión de alimentos, obviando –o al menos lo parece– que se trata de un asunto que presenta un elemento de extranjería –matrimonio entre dos sujetos de nacionalidad rumana con, al menos uno de ellos, residencia habitual en España– en el que primeramente debía haberse planteado si los tribunales españoles tenían competencia judicial internacional para resolver el caso y, seguidamente, la normativa a aplicar.

7. Dicha omisión se evidencia particularmente, en lo que respecta a la disolución del vínculo matrimonial así como en relación con la responsabilidad parental y las obligaciones de alimentos, echándose claramente de menos una referencia a la normativa de Derecho internacional privado que aborda tales cuestiones, como son el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, Reglamento Bruselas II bis)¹, el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (en adelante, Reglamento Roma III)² y el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (en adelante, Reglamento 4/2009)³. Volveremos sobre tales instrumentos en el epígrafe siguiente.

8. Sea como fuere, lo curioso de dicha ausencia es que únicamente tiene lugar en primera instancia, pues la SAP de Granada sí que evidencia que el caso a resolver es internacional: solo así se explica que se plantee la aplicación de una norma de conflicto –el art. 107 Cc–, aunque lo haga de manera incorrecta –como explicaremos más adelante–. Otra muestra de ello es que la segunda instancia también plantea la cuestión de la prueba del Derecho extranjero, una cuestión procesal que se presenta únicamente en casos internacionales.

9. En definitiva, puede afirmarse que la resolución presenta, en cierto modo, rasgos “bipolares” desde dos puntos de vista. Primero, porque el juzgador de primera instancia ha hecho caso omiso del carácter transfronterizo de la situación jurídica, cosa que no ha hecho el tribunal de apelación; segundo, porque desde la perspectiva de las cuestiones abordadas, algunas parecen haber sido tratadas como “internas” –patria potestad y alimentos–, mientras que otras sí han recibido explícitamente la consideración de “internacionales” –el cambio de apellidos–, aunque errando en la determinación de la norma de conflicto aplicable.

2. Incorrecta aplicación de la normativa de Derecho internacional privado

10. Como hemos indicado en el epígrafe anterior, la sentencia analizada pasa por alto la internacionalidad de la situación jurídica para las cuestiones planteadas en primera instancia –patria potestad y alimentos– pero sí plantea el Derecho aplicable para el cambio de apellidos de la esposa. Lo hace, sin embargo, invocando una norma de conflicto cuyo ámbito de aplicación es distinto. Aún es más, la SAP de Granada plantea la aplicación de una norma de conflicto que no resulta aplicable en la actualidad ni siquiera para la materia para la que está prevista. Veamos detenidamente ambas cuestiones, que aunque relacionadas entre sí, pueden deslindarse en dos errores distintos.

11. En primer lugar, el fundamento jurídico segundo de la sentencia menciona el art. 107 Cc, referente a la ley aplicable a la separación y el divorcio, para determinar la ley reguladora del cambio de apellidos. Por ello, la SAP Granada considera que al tener ambos sujetos nacionalidad rumana, el Dere-

¹ DO L 338 de 23 de diciembre de 2003. Nótese que dicho Reglamento podría ser próximamente modificado, si bien todo hace indicar que las normas de competencia judicial internacional en materia de crisis matrimoniales no sufrirán modificación relevante alguna (*Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)*, COM (2016) 411).

² DO L 343 de 29 de diciembre de 2010.

³ DO L 7 de 10 de enero de 2009.

cho aplicable es el rumano. Aquí encontramos el primer error. El art. 107 Cc no es la norma de conflicto aplicable al cambio de apellidos, por más que éste sea solicitado por uno de los cónyuges en el marco de un procedimiento de divorcio. Dicha norma de conflicto se refiere estrictamente a la disolución del vínculo matrimonial por separación o divorcio, pero no a los efectos, bien personales o patrimoniales que pudieran derivarse del mismo.

12. Sin embargo, se une a dicho error que el tribunal de apelación invoca una norma de conflicto totalmente desfasada, tanto por existir un Reglamento de la Unión Europea aplicable en la materia, como por que su redacción fue modificada hace ya más de tres años. Así, la ley aplicable a la separación y el divorcio viene determinada por el Reglamento Roma III, cuya entrada en aplicación se produjo el 21 de junio de 2012. Junto a ello, conviene recordar que el punto de conexión del art. 107.2 Cc ya no es la nacionalidad común de los cónyuges, pues dicha norma de conflicto fue modificada por el legislador estatal en virtud del apartado veintiocho de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que establece que *“La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”* –el citado Reglamento Roma III–.

13. Finalmente, merece una breve mención dentro de estas reflexiones la forma en que el tribunal resuelve la cuestión de la aplicación del Derecho extranjero, en esta ocasión el Derecho rumano. Señala la sentencia que el art. 281 LEC establece que el Derecho extranjero deberá ser objeto de prueba, en concreto su contenido y vigencia -como menciona también el art. 33.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, una normativa que es obviada en esta sentencia-. De acuerdo con el art. 282 LEC, la carga de la prueba corresponde a las partes, lo que deja al juez un papel secundario en el desempeño de esta labor a través de esos *“medios de averiguación que estime necesarios”* (art. 281.2 LEC). El juez debería desarrollar esta tarea únicamente como apoyo a las partes si se constata su diligencia en este contexto de conformidad con la jurisprudencia constitucional existente sobre la materia⁴. Llama pues la atención que se afirme que la carga probatoria corresponde a quien alega el Derecho de otro país, aunque *“puede ser averiguado por el Juez”*. De igual modo, consideramos que la aportación por la parte de la mera *“cita”* de un precepto del Código civil rumano no debería haber sido suficiente para aplicarlo aunque no exista oposición sobre este extremo. Además, nada se dice sobre su vigencia ni los medios de prueba utilizados, pero, con todo, el tribunal lo considera *“razonablemente acreditado”* para confirmar la posibilidad de la demandante de recuperar su apellido.

IV. La correcta fundamentación en normas de Derecho internacional privado

13. En el epígrafe anterior se ha puesto de manifiesto cómo no son pocos los errores cometidos, desde una perspectiva estrictamente internacionalprivatista, tanto por el juzgador de primera instancia, como por la SAP Granada. Así, la fundamentación del caso dista mucho de ser acertada en lo que respecta a la determinación y aplicación de las fuentes del Derecho internacional privado español. Es por ello que nos plantearemos en el presente epígrafe cuál habría sido, desde nuestro punto de vista, la fundamentación acertada desde la perspectiva internacionalprivatista, tomando en consideración los hechos expuestos y descartando los errores advertidos.

14. Teniendo presente que se trata de un supuesto referente a las crisis matrimoniales y sus efectos, distinguiremos tanto aquellas cuestiones que sí se tratan a lo largo de la sentencia –menores, alimentos y cambio de apellidos–, como aquellas que bien no se mencionan –régimen económico matrimonial- bien se referencian de una manera extremadamente breve –la disolución del matrimonio-. Para cada una de estas cuestiones nos plantearemos, primeramente, si los tribunales españoles tenían

⁴ C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, “Spain: The Application of Foreign Law in Spain – Critical Analysis of the Legal Novelties of 2015”, en NISHITANI, Y.: *Treatment of Foreign Law – Dynamics Towards Convergence?*, Springer, Heidelberg, 2017.

competencia judicial internacional, y seguidamente, la ley aplicable. Nuestro propósito, lejos de explicar detalladamente la normativa de Derecho internacional privado y las concretas disposiciones aplicables, será identificar las mismas y plantear su aplicación práctica al asunto concreto.

1. Disolución del vínculo matrimonial

15. La primera cuestión relevante, de la que dependen las demás, se refiere a la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, que fue precisamente el objeto de la demanda inicial de la esposa. Un divorcio que, a tenor de los hechos del caso, no planteó problema alguno, pues la sentencia parte del mismo para plantearse los consecuentes efectos personales y patrimoniales. No consideramos, sin embargo, acertada esta posición tan reduccionista: el tribunal de primera instancia debía haber examinado en primer lugar su competencia judicial internacional para determinar, a continuación, la ley reguladora de tal divorcio, operación que no tuvo lugar. Veamos, en este sentido, si los tribunales españoles eran competentes y qué ley resultaba ser la aplicable.

16. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles para el divorcio no se plantea en ningún momento de la sentencia. No se encuentran referencias al Reglamento Bruselas II bis⁵ ni a la LOPJ. ¿Tenían realmente los tribunales españoles competencia judicial internacional? De acuerdo con la información facilitada en el caso, la respuesta debe ser afirmativa, toda vez que, la última residencia habitual común de los cónyuges se localizaba en España y la demandante continuaba residiendo en dicho Estado miembro al tiempo de la presentación de la demanda (art. 3.1.a) segundo inciso Reglamento Bruselas II bis). En definitiva, puede concluirse que el tribunal juzgador sí tiene competencia judicial internacional para resolver sobre la disolución del vínculo, si bien, como adelantábamos, a tenor de la información de la sentencia no consta que el tribunal llegara a plantearse tal cuestión.

17. Por otro lado, la ley aplicable al divorcio y la separación judicial viene regulada en el Reglamento Roma III⁶, un instrumento que no se menciona ni en primera ni en segunda instancia, ya que no se plantea en términos globales que la ley aplicable a la disolución del vínculo matrimonial pueda ser una distinta a la española. Asumiendo que los cónyuges no eligieron la ley aplicable (art. 5 Reglamento Roma III), el Derecho regulador vendrá determinado en virtud del art. 8 del Reglamento Roma III. Un análisis de las normas de conflicto de dicha disposición permite excluir la aplicación del apartado a) del Reglamento Roma III, ya que el demandado se marchó de España en 2014 y, asumimos que la demanda de divorcio y los efectos derivados del mismo se produjeron en un momento posterior, es decir, cuando ya no vivían juntos.

Menos certero resulta saber si la ley aplicable vendrá determinada por el apartado b) o c) del art. 8 del Reglamento Roma III. Si asumimos que la demanda se presentó en un plazo inferior a un año desde que los cónyuges finalizaron su residencia, entonces el Derecho aplicable será el español (apartado b). Si embargo, si la demanda se presentó posteriormente, corresponderá al Derecho rumano la regulación del divorcio (apartado c). Lamentablemente esta cuestión no se encuentra mencionada a lo largo de la SAP de Granada, en línea con lo que ocurre con la competencia judicial internacional.

⁵ Sobre el controvertido ámbito de aplicación personal del Reglamento Bruselas II bis, véase la sentencia del asunto del TJUE C-68/07 *Kerstin Sundelind Lopez v Miguel Enrique Lopez Lizazo*. Resulta asimismo interesante la lectura de J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8)”, *Revista colombiana de derecho internacional*, núm., 4, 2005, pp. 361-378.

⁶ Para una aproximación general a dicho Reglamento resultan interesantes, entre otros, los siguientes trabajos: CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 36-71; PALAO MORENO, G.: “La ley aplicable al divorcio. El Reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 20 de noviembre (Roma III)”, en HERAS HERNÁNDEZ, M. M. (Coord.) y PEÑA VICENTE, M. y DELGADO MARTÍN, P. (dir.): *Nuevas orientaciones del derecho civil en Europa*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 661-675 y ESPINOSA CALABUIG, R.: “El divorcio internacional en la Unión Europea: problemas de coherencia y coordinación normativa”, *Revista boliviana de derecho*, núm. 22, 2016, pp. 208-233.

2. Régimen económico matrimonial

18. Una vez analizada la disolución del vínculo matrimonial, es turno de plantearse uno de los efectos jurídicos más relevantes de la misma, como es la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial. Llama la atención que, pese a que el fundamento jurídico primero de la SAP de Granada establece expresamente que la sentencia de primera instancia “acuerda el divorcio...con los efectos personales y patrimoniales inherentes”, no se haga mención alguna al régimen económico matrimonial, pese a ser la distribución de los bienes de los cónyuges uno de los efectos económicos más importantes de la disolución del matrimonio. Esta ausencia, sin embargo, no obsta para que consideremos interesante plantearnos si, potencialmente, el tribunal español podría haber entrado a resolver tal cuestión y, de ser así, cuál habría sido la ley aplicable.

19. En primer lugar, las normas de competencia judicial internacional en materia de efectos del matrimonio –entre los que se encuentra el régimen económico matrimonial- se encuentran previstas en la LOPJ y en concreto en el art. 22. Así será al menos hasta el 29 de enero de 2019, momento en el que resultará de aplicación el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (en adelante, Reglamento 2016/1103)⁷.

20. El examen de los foros del art. 22 LOPJ permite concluir que, efectivamente, los tribunales españoles tenían competencia judicial internacional, no en virtud de los foros exclusivos –la materia matrimonial no lo es-, ni del foro de la autonomía de la voluntad –asumimos que no ha tenido lugar- ni tampoco del foro del domicilio del demandado –el demandado abandonó España en 2014- sino en aplicación del foro especial del art. 22 quáter c) LOPJ, que prácticamente transcribe literalmente –no sin errores y, por supuesto, sustituyendo la expresión “Estado miembro” por “España”- el art. 3 del Reglamento Bruselas II bis⁸. En particular, los tribunales españoles serían competentes porque fue en España donde el matrimonio tuvo su última residencia habitual y uno de los cónyuges –la demandante- todavía sigue residiendo en nuestro país.

21. En relación con la ley aplicable, y asumiendo que los cónyuges no celebraron pactos o capitulaciones matrimoniales, habrá que estar al art. 9.2 Cc⁹ mientras no sea de aplicación el Reglamento 2016/1103. Como es bien sabido, el primer punto de conexión es la nacionalidad común de los cónyuges, por lo que siendo ambos cónyuges de nacionalidad rumana, la ley aplicable será la de Rumanía.

3. Alimentos

22. Las obligaciones de alimentos derivadas de la disolución del vínculo matrimonial y en relación con los hijos menores sí que se mencionan de manera expresa en la sentencia de primera instancia. Sin embargo, el juzgador considera directamente de aplicación los arts. 142 y ss. del Cc, sin plantearse siquiera la competencia judicial internacional y la ley aplicable, una carencia de referencias a la normativa de Derecho internacional privado que intentaremos paliar en las siguientes líneas.

23. En primer lugar, es importante recordar que las fuentes internacionales en materia de obligaciones de alimentos son, entre otras y por lo que interesa a este comentario, por un lado, el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable,

⁷ DO L 183/1-29 de 8 de julio de 2016.

⁸ C. ESPLUGUES MOTA/ J.L. IGLESIAS BUHIGUES/G.PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 11° ed., 2017, pp. 461-463.

⁹ Un profundo estudio de dicha norma de conflicto, así como del art. 9.3 Cc, puede encontrarse en DIAGO DIAGO, M.P.: *Pactos o capitulaciones matrimoniales en derecho internacional privado*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999 y E. RODRÍGUEZ PINEAU, : *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares, Granada, 2002.

el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (en adelante, Reglamento 4/2009)¹⁰ y, específicamente en relación con la ley aplicable, el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en adelante, Protocolo de La Haya de 2007)¹¹.

24. Comenzando por la competencia judicial internacional, y descartando el juego de la autonomía de la voluntad al haber menores de 18 años –aunque la edad de los hijos no la sabemos a ciencia cierta, la sentencia de primera instancia aplica un art. de Cc que habla de “menores no emancipados”- (art. 4 Reglamento 4/2009), resulta evidente que habrá que estar a los foros contenidos en el art. 3 Reglamento 4/2009. Al menos tres foros de dicho artículo permiten aseverar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles: el foro de la residencia habitual del acreedor de alimentos –la demandante reside en España- y los foros previstos en los apartados c) y d) de dicha disposición, referentes a la concentración de litigios en conflictos referentes a demandas accesorias al estado de las personas y a acciones relativas a la responsabilidad parental, respectivamente.

25. Por lo que respecta a la ley aplicable, su determinación dependerá de las normas de conflicto del Protocolo de La Haya de 2007, a las que remite el propio art. 15 del Reglamento 4/2009. En líneas generales, este instrumento prevé dos posibilidades: que las partes elijan la ley aplicable o que no lo hagan, en cuyo caso entrarán en juego las conexiones objetivas.

En el supuesto analizado puede descartarse la elección de la ley aplicable, ya que dicha posibilidad se encuentra prevista para litigios en los que no concurren menores de 18 años (art. 8.3 Protocolo de La Haya de 2007). Será, por tanto, la regla general la que establezca el Derecho regulador de las obligaciones de alimentos. Así, en virtud del art. 3 del Protocolo de La Haya de 2007, “*Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor*”, lo que produce como resultado la aplicación de la ley española. Como es bien sabido, el Protocolo de La Haya de 2007 contiene una norma especial en favor de determinados acreedores –por ejemplo, obligaciones de alimentos de los padres a los hijos, como es el caso-, por lo que si la aplicación de la ley española no permitiera obtener los alimentos, podría recurrirse a la regla prevista en el art. 4 de dicho instrumento –en especial su apartado cuarto-.

4. Menores

26. La decisión analizada reproduce asimismo el fragmento de la sentencia recurrida relativo a los efectos del divorcio de las partes en sus dos hijos no emancipados. El Juzgado de primera instancia aplica el Derecho español a la patria potestad, la guardia y custodia y al régimen de visitas pero no proporciona información sobre su eventual competencia internacional para conocer de estas cuestiones ni el razonamiento que le ha conducido a aplicar los distintos preceptos del Código civil español en los que basa su decisión. Analicemos pues, primero, si los tribunales españoles eran realmente competentes, para confirmar después si el Derecho español es efectivamente el que debe regir las referidas cuestiones.

27. Por lo que respecta a la competencia de los tribunales españoles en materia de responsabilidad parental, esta cuestión queda regulada en el Derecho internacional privado español por el referido Reglamento Bruselas II bis, cuyo art. 1 establece que el mismo se aplicará tanto a las crisis matrimoniales mencionadas *supra* como “*a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización*

¹⁰ DO L 7 de 10 de enero de 2009.

¹¹ Una valoración de conjunto de las fuentes reguladoras de alimentos y los efectos derivados de su elevado número puede encontrarse en F.GARAU SOBRINO, “Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias: ¿hacia un derecho internacional privado extravagante?”, *Cuadernos de derecho transnacional*, núm. 2, vol. 3, 2011, pp. 130-144. Igualmente, para una aproximación general del Reglamento, se recomienda M^a.A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 19, 2010, pp. 1-30.

de la *responsabilidad parental*¹². Considerando pues de aplicación este instrumento de la Unión Europea, podemos afirmar que los tribunales españoles eran competentes para conocer de esta cuestión en virtud del art. 12.1 del Reglamento Bruselas II bis, según el cual los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conozcan sobre la disolución del matrimonio en aplicación del art. 3 tendrán competencia también en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda si se dan los requisitos señalados, como ocurre en este supuesto. De este modo, siendo competentes los españoles para conocer del divorcio como se ha explicado en un apartado anterior, lo eran también consecuentemente para resolver sobre la responsabilidad parental relativa a los hijos.

28. El Reglamento Bruselas II bis se ciñe a dos de los sectores del Derecho internacional privado: la competencia judicial internacional, como terminamos de explicar, y el reconocimiento y ejecución de resoluciones de ámbito intracomunitario. Por lo tanto, al no regular la ley aplicable a la responsabilidad parental, será necesario acudir a otra fuente para determinar el Derecho estatal que ha de regir esta cuestión en el asunto que nos ocupa. La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños¹³. Así lo indica el art. 9.6 Cc en redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, aunque su remisión resulte innecesaria.

El art. 15.1 del Convenio de La Haya de 1996 establece la aplicación de la ley de la autoridad que conoce del asunto (la llamada *lex fori*), lo que conduce a la aplicación del Derecho español en este supuesto en particular, al ser competentes los tribunales de nuestro país. Por lo tanto, nuestro Derecho ha sido correctamente aplicado a la responsabilidad parental en la sentencia objeto de análisis.

5. Cambio de apellidos

29. Finalmente, es importante plantearse también la regulación de la ley aplicable al cambio de apellidos, que constituye el objeto principal del recurso presentado en apelación por la demandante. Recordemos que esta ha sido una de las cuestiones que con poca fortuna se han abordado en la SAP de Granada, ya que en el fundamento jurídico segundo se ha indicado, con desacierto, que la ley aplicable a dicha cuestión será la determinada en virtud de la ley de la nacionalidad común de los cónyuges (según el anterior art. 107.2 Cc).

Así, en primer lugar conviene recordar que el nombre y los apellidos constituyen una cuestión que afecta directamente a la esfera íntima del individuo, formando parte por tanto del concepto de estatuto personal. En particular, España se encuentra vinculada en esta materia por tres Convenios internacionales: el Convenio relativo a la Ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980; el Convenio relativo a los cambios de apellidos y de nombres, hecho en Estambul el 4 de septiembre de 1958 y el Convenio relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos, hecho en La Haya el 8 de septiembre de 1982.

30. Descartando directamente la aplicación de este último, dado que la demandante pretende recuperar su antiguo apellido y no tener ambos, queda por valorar los dos primeros. El Convenio de Estambul de 1958 podría resultar aplicable *a priori* pero excluye de su ámbito de aplicación los cambios de apellidos derivados de un cambio del estado civil de las personas (art. 1), como es el caso que se está

¹² El art. 2.7 del Reglamento indica además qué debe entenderse por “responsabilidad parental” a los efectos de este instrumento, esto es, “los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita”. Nótese, nuevamente, la reforma en curso de este Reglamento, que en esta materia estudia M.A.GANDÍA SELLENS, “El Régimen Europeo de responsabilidad parental: su funcionamiento y las principales propuestas de cambio a raíz de la modificación del Reglamento Bruselas II bis”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, N.º. 17, 2018.

¹³ Estudia la relación entre el Convenio de La Haya de 1996 y la normativa europea P.McELEVAY, “The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and Disconnection”, en PERMANENT BUREAU OF THE HAGUE CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW (ed.): *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, 2013.

analizando, en el que la demandante pretende recuperar su apellido anterior al haberse divorciado. Por lo tanto, aplicaremos en este asunto el Convenio de Múnich de 1980, de aplicación universal al amparo de su art. 2, lo que descarta la aplicación del art. 9.1 Cc, norma de conflicto de origen interno reguladora del estatuto personal.

El art. 1 del Convenio de Múnich conduce a aplicar la ley de la nacionalidad del sujeto, de ahí que, teniendo en cuenta que la demandante ostenta la nacionalidad rumana, corresponde al ordenamiento jurídico rumano determinar la posibilidad de cambio de apellido tras la disolución del vínculo matrimonial. En la sentencia analizada se cita precisamente el Cc rumano para regular dicha cuestión aunque el “recorrido jurídico” de su aplicación es erróneo: insistimos en que el art. 107 Cc no regula la ley aplicable al cambio de apellidos. Por ello, es pura casualidad – si ambos cónyuges hubieran tenido distinta nacionalidad el resultado sería distinto- que se haya llegado a la aplicación del mismo Derecho que resultaría de aplicación si se hubiera considerado la norma de conflicto correcta.

Cuestión diferente es el tratamiento que ha sido dado a la aplicación de este Derecho extranjero, un tema que hemos tenido la oportunidad de analizar anteriormente. En definitiva, con base en la “razonable acreditación” del Derecho rumano –que desde luego dista mucho de ajustarse a lo exigido por la normativa reguladora de esta cuestión-, la AP de Granada estima el recurso presentado y acoge la pretensión de la demandante por la cual recupera su apellido.

V. Valoración

31. La SAP de Granada objeto de este comentario es sin duda un cúmulo de despropósitos desde el punto de vista internacionalprivatista. Así, se arrastran omisiones de la sentencia en primera instancia –la ausencia de consideración del elemento internacional y, por ende, la nula mención de la normativa de Derecho internacional privado aplicable al supuesto-, lo que da lugar a una fundamentación deficiente que, por desgracia, empeora en segunda instancia, al aplicarse una norma de conflicto –el art. 107 Cc- para el cambio de apellidos que no solo no regula dicha cuestión, sino que además tiene en la actualidad una redacción distinta –como hemos explicado, ya no se hace mención a la nacionalidad común de los cónyuges, sino que se remite, aunque de manera indirecta, al Reglamento Roma III-.

32. Es por ello que con el presente comentario hemos intentado, en cierto modo, plantearnos cómo se debió haber fundamentado el caso en lo que respecta a cuestiones apriorísticas -no hemos entrado en el fondo, por exceder esta cuestión del ámbito de nuestra disciplina- como son la verificación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles y la potencial aplicación del Derecho español, que no se cuestiona (ni se confirma) en ningún momento en la sentencia analizada. Para ello, hemos identificado la normativa de Derecho internacional privado aplicable en cada materia y los concretos foros –para el caso de la competencia judicial internacional- y normas de conflicto –si hablamos de ley aplicable- que el juzgador debió haber tomado en consideración.

LA REINTERPRETACIÓN DEL FORUM SOCIETATIS: NOTA
A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 7 DE MARZO DE 2018,
C-560/16, *E.ON*

FORUM SOCIETATIS REVISITED: COMMENTARY TO
THE ECJ JUDGMENT OF 7 MARCH 2018, C-560/16, *E.ON*

ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Cádiz

Código ORCID: 0000-0002-1148-3533

Recibido: 10.07.2018 / Aceptado: 20.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4403>

Resumen: La sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-560/16, E.ON, resuelve una cuestión relativa al alcance del foro de competencia exclusiva previsto en el art. 22.2 del Reglamento 44/2001, interpretando que una demanda que tiene por objeto el control judicial del carácter razonable de la contraprestación que el accionista mayoritario de una sociedad debe abonar a sus accionistas minoritarios en caso de transmisión obligatoria de sus acciones es competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio está domiciliada dicha sociedad. El presente artículo discrepa del razonamiento utilizado por el TJUE y propone una solución diferente al conflicto de calificación de la acción objeto del litigio principal.

Palabras clave: Artículo 22 (2) Reglamento (CE) nº 44/2001, competencia exclusiva, litigios relativos a la validez de las decisiones de los órganos de las sociedades, alcance.

Abstract: ECJ Judgment of 7 March 2018, C-560/16, E.ON, clarify the scope of application of Article 22(2) of Council Regulation (EC) No 44/2001. The Court held that Article 22.2 must be interpreted as meaning that an action, such as that at issue in the main proceedings, for review of the reasonableness of the consideration that the principal shareholder of a company is required to pay to the minority shareholders of that company in the event of the compulsory transfer of their shares to that principal shareholder comes within the exclusive jurisdiction of the courts of the Member State in which that company is established. The author of this article disagrees with the reasoning used by the ECJ and proposes a different solution to the characterization of the action in the main proceedings.

Keywords: Article 22(2) of Regulation (EC) No 44/2001, exclusive jurisdiction, disputes relating to the validity of decisions of the company's organs, scope.

Sumario: I. Presentación de la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-560/16, E.ON: 1. Litigio principal. 2. Cuestiones prejudiciales. II. Los argumentos del TJUE para la inclusión del supuesto entre las materias del foro exclusivo del artículo 22 (2) R 44/2001. III. Crítica a la fundamentación de la Sentencia E.ON. 1. El ámbito objetivo de aplicación del forum societatis. 2. La impugnación de la validez de las decisiones de los órganos de la sociedad como cuestión incidental. IV. Sobre el conflicto de calificación de la acción objeto del litigio principal. 1. Cuestiones prejudiciales omitidas. 2. Alternativas de solución al conflicto de calificación. A) Ausencia de un forum societatis para los conflictos internos de las sociedades. B) Foros de la autonomía de la voluntad. C) Foro general del domicilio del demandado. D) Calificación contractual. E) Exclusión de la calificación extracontractual.

I. Presentación de la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, C-560/16, E.ON¹

1. Litigio principal

1. La Sentencia objeto de comentario se dicta a raíz de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Nejvyšší soud (Tribunal Supremo, República Checa), mediante resolución de 20 de septiembre de 2016, en el marco de un litigio entre E.ON Czech Holding AG (en lo sucesivo *E.ON*) y los Sres. Michael Dédouch, Petr Streitberg y Pavel Suda, relativo al control judicial del carácter razonable de la contraprestación que, en el marco de un procedimiento de exclusión forzosa (*squeeze out*) de los accionistas minoritarios, E.ON estaba obligada a abonarles tras la transmisión obligatoria de las acciones de su propiedad de Jihočeská plynárenská A.s., sociedad de Derecho checo.

2. Mediante acuerdo de 8 de diciembre de 2006, la Junta General de Jihočeská plynárenská acordó la transmisión obligatoria de todos los títulos participativos de dicha sociedad a su accionista mayoritario (E.ON). Ese acuerdo fijaba el importe de la contraprestación por dicha transmisión que E.ON debía abonar a los accionistas minoritarios, en virtud de lo establecido en el artículo 183 de la Ley n.º 513/1991 por la que se aprueba el Código de Comercio checo.

3. Mediante demanda interpuesta el 26 de enero de 2007, los accionistas minoritarios (Sres. Dédouch, Streitberg y Suda) solicitaron al Krajský soud v Českých Budějovicích (Tribunal Regional de České Budějovice, República Checa) que revisara el carácter razonable de dicha contraprestación, sin impugnar el acuerdo de la junta general de la entidad.

4. En el marco de dicho procedimiento, E.ON denunció mediante declinatoria la falta de competencia internacional de los órganos jurisdiccionales checos alegando que, dada la ubicación de su domicilio social, los órganos jurisdiccionales alemanes eran los únicos con competencia internacional. Esta declinatoria fue desestimada por Auto de 26 de agosto de 2009, al considerar el tribunal checo que, sobre la base del artículo 6 (1) del Reglamento n.º 44/2001 (en lo sucesivo *R 44/2001*), los órganos jurisdiccionales checos eran competentes para conocer de la demanda interpuesta. E.ON recurrió el citado auto ante el Vrchní soud v Praze (Tribunal Superior de Praga, República Checa), que, mediante auto de 22 de junio de 2010, consideró que el procedimiento del que conocía estaba comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22 (2) *R 44/2001* y que, dada la ubicación del domicilio social de Jihočeská plynárenská, la competencia internacional correspondía a los órganos jurisdiccionales checos.

5. Tras un recurso de amparo interpuesto por E.ON, el Ústavní soud (Tribunal Constitucional, República Checa) revocó dicho auto mediante sentencia de 11 de septiembre de 2012 y devolvió el asunto al Vrchní soud v Praze (Tribunal Superior de Praga), el cual consideró mediante auto de 2 de mayo de 2014 que los órganos jurisdiccionales checos eran competentes para conocer del litigio principal sobre la base del artículo 5 (1) [a] *R 44/2001*. Frente a este último Auto, E.ON interpuso recurso de casación ante el Nejvyšší soud (Tribunal Supremo, República Checa).

2. Cuestiones prejudiciales

6. El Tribunal Supremo de la República Checa decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 22, [punto] 2, del Reglamento [n.º 44/2001] en el sentido de que se aplica también al procedimiento de control judicial del carácter razonable de la contraprestación que el accionista mayoritario debe abonar; como contravalor de los títulos participativos, a los anteriores propietarios de dichos títulos, que le han sido transmitidos en virtud de un acuerdo adoptado por la junta general de una sociedad anónima relativo a la transmisión obligatoria de los demás títulos participa-

¹ ECLI:EU:C:2018:167. Puede consultarse en este [enlace](#).

tivos al accionista mayoritario [procedimiento de exclusión forzosa o squeeze out], cuando el acuerdo adoptado por la junta general fija el importe de la contraprestación razonable y existe una resolución judicial que reconoce el derecho a una contraprestación por un importe distinto que es vinculante para el accionista mayoritario y para la sociedad con respecto a la base del importe, así como para los demás propietarios de títulos participativos?

2) En caso de respuesta negativa a la cuestión prejudicial anterior, ¿debe interpretarse el artículo 5, [punto] 1, letra a), del Reglamento [n.º 44/2001] en el sentido de que se aplica también al procedimiento de control judicial del carácter razonable de la contraprestación que se describe en la cuestión anterior?

3) En caso de respuesta negativa a las dos cuestiones prejudiciales anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 5, [punto] 3, del Reglamento [n.º 44/2001] en el sentido de que se aplica también al procedimiento de control judicial del carácter razonable de la contraprestación que se describe en la primera cuestión?»

II. Los argumentos del TJUE para la inclusión del supuesto entre las materias del foro exclusivo del artículo 22 (2) R 44/2001.

7. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 22 (2) R 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que una demanda que tiene por objeto el control judicial del carácter razonable de la contraprestación que el accionista mayoritario de una sociedad debe abonar a los accionistas minoritarios de ésta por la transmisión obligatoria de sus acciones en el marco de un procedimiento de exclusión forzosa (*squeeze out*) es competencia exclusiva de los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio está domiciliada dicha sociedad.

8. Cabe reseñar que en su demanda los accionistas minoritarios se limitan a impugnar el carácter razonable de la contraprestación y no la anulación del acuerdo adoptado por la sociedad. Incluso el Derecho checo excluye la posibilidad de que la resolución mediante la cual se estimase la demanda interpuesta en ningún caso tendría como efecto la anulación del acuerdo societario. Por este motivo, el propio TJUE concluye de manera provisional que, en una interpretación literal del artículo 22 (2) R 44/2001, “*no resulta de manera cierta que dicha demanda esté comprendida en el ámbito de aplicación de esta disposición, puesto que la regla de competencia que esta enuncia es aplicable en materia de validez de las decisiones de los órganos de sociedades y personas jurídicas*” (apartado 24).

9. Por otro lado, el TJUE reitera su doctrina consolidada de que los foros exclusivos deben ser objeto de una interpretación estricta, al reafirmar que, como excepción a las reglas de competencia del foro general del domicilio del demandado, las disposiciones del artículo 22 R 44/2001 “*no deben interpretarse en un sentido más amplio de lo que requiere su finalidad*”².

10. En razonamiento del TJUE, entre los objetivos y finalidad perseguidos por este precepto para justificar la excepción al foro general se encuentran los siguientes: (i) debe existir un vínculo estrecho entre el litigio y el órgano jurisdiccional determinado por los foros especiales o exclusivos³, (ii) debe garantizarse una buena administración de justicia⁴, y (iii) debe ajustarse a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica.

11. El Tribunal concluye que, en el caso de autos, estos objetivos se cumplen y, en consecuencia, el control judicial del procedimiento de exclusión forzosa debe estar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 22 (2) R 44/2001, por los argumentos que siguen.

² Apartado 27, con cita de las Sentencias del TJUE de 2 de octubre de 2008, C-372/07, *Hassett y Doherty*, ECLI:EU:C:2008:534, apartados 18 y 19, y de 12 de mayo de 2011, C-144/10, *BVG*, ECLI:EU:C:2011:300, apartado 30.

³ Apartados 29 y 30, citando la sentencia de 12 de mayo de 2011, C-144/10, *BVG*, ECLI:EU:C:2008:534, apartado 36.

⁴ Apartado 32, que señala que “*los tribunales del Estado miembro en el que la sociedad tiene su domicilio social se hallan, en efecto, en una mejor posición para resolver tales litigios, en particular por el hecho de que las formalidades de publicidad de la sociedad se producen en ese mismo Estado*”.

12. En primer lugar, en opinión del TJUE existe un vínculo estrecho entre el litigio y los tribunales del Estado miembro del domicilio de la sociedad por los siguientes argumentos: (i) se trata de una sociedad constituida en la República Checa; (ii) el acuerdo de la junta general y los correspondientes actos y formalidades del procedimiento han sido realizados de conformidad con el Derecho checo y en lengua checa; y (iii) no se ha discutido de contrario que el tribunal competente aplique el Derecho sustantivo checo al litigio principal (apartados 40 y 41).

13. En segundo lugar, el TJUE interpreta que, habida cuenta del estrecho vínculo entre el litigio principal y los tribunales checos, la atribución a estos de una competencia exclusiva con arreglo al artículo 22 (2) R 44/2001 facilita una buena administración de justicia (apartado 42).

14. Por último, el Tribunal de Luxemburgo entiende que la atribución de competencia a los tribunales checos se ajusta también a los objetivos de previsibilidad de las reglas de competencia y seguridad jurídica perseguidos por el R 44/2001, ya que “*los accionistas de una sociedad, y en particular el accionista principal, deben contar con que los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio está domiciliada dicha sociedad serán los competentes para dirimir una controversia interna de dicha sociedad relativa al control judicial de la validez parcial de un acuerdo de un órgano de una sociedad*” (apartado 43).

III. Crítica a la fundamentación de la Sentencia *E.ON*

1. El ámbito objetivo de aplicación del forum societatis

15. El artículo 22 (2) R 44/2001 [al igual que el actual artículo 24 (2) R 1215/12] establece que, en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, serán exclusivamente competentes los tribunales del Estado miembro en que la sociedad o persona jurídica estuviere domiciliada, añadiendo que, para determinar dicho domicilio, el tribunal aplicará sus reglas de Derecho internacional privado. Con independencia de las críticas vertidas sobre la falta de justificación de la exclusividad de este foro⁵ y la problemática que plantea la indeterminación de la regla para el establecimiento del domicilio, interesa destacar ahora cuál es el ámbito objetivo o de aplicación material del foro exclusivo.

16. El foro exclusivo del artículo 22 (2) R 44/2001 cubre los litigios surgidos de acciones relativas a la validez o nulidad de las decisiones de los órganos de la persona jurídica. Siguiendo las reflexiones de A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁶, de este foro se excluyen los litigios relativos, entre otros asuntos, a (i) la adhesión de los socios a la sociedad; (ii) los relativos a las relaciones entre los socios⁷; (iii) los concernientes a la responsabilidad entre la sociedad y los socios; (iv) los relativos a la responsabilidad de los administradores sociales⁸; (v) los derivados de la venta de acciones de la sociedad⁹; (vi) las acciones de impugnación de acuerdos sociales por considerar que no respetan los derechos de

⁵ Por todos, vid. A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª edición, Comares, 2018, pp. 844-845. Estos autores entienden que la redacción de este artículo ha acogido la tesis alemana, de acuerdo con la cual las personas jurídicas son entes creados por el Estado, obviando la naturaleza contractual de las personas jurídicas.

⁶ A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Litigación internacional en la Unión Europea*, vol. I, Thomson, 2017, pp. 201-202.

⁷ Sentencia de la Corte de Casación de Italia de 12 de enero de 2005, *De Marco vs Cacchiarelli Masenza*, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2005, pp. 801-803.

⁸ STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho Exploitatie*, ECLI:EU:C:2015:574. Para un análisis doctrinal relativo a la impugnación por nulidad de acuerdos sociales y su relación con la responsabilidad de los administradores, vid. R. ARENAS GARCÍA, “La responsabilidad de los administradores sociales desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, en R. ARENAS GARCÍA, C. GÓRRIZ LÓPEZ y J. MIQUEL RODRÍGUEZ (Coord.), *La internacionalización del Derecho de sociedades*, Barcelona, Atelier, 2010, pp. 157-200; y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La competencia judicial internacional en los litigios societarios en aplicación del Convenio de Bruselas. A propósito del ‘caso Torras’ ante los tribunales españoles”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 203, 1999, pp. 19-30.

⁹ Auto núm. 157/2005 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª) de 21 de diciembre de 2005 (JUR 2006/106542)

los socios con arreglo a los estatutos de la sociedad¹⁰; (vii) los litigios derivados del incumplimiento de un contrato firmado con una persona jurídica¹¹; ó (viii) la petición de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de violaciones de Derecho de la competencia, aunque tales daños traigan causa de decisiones de los órganos sociales¹².

2. La impugnación de la validez de las decisiones de los órganos de la sociedad como cuestión incidental

17. Como el propio TJUE afirma en el apartado 31 de la sentencia objeto de análisis, “*el objetivo esencial del artículo 22, punto 2, del Reglamento n.º 44/2001 consiste en centralizar la competencia para evitar decisiones contradictorias en lo que se refiere a la existencia de las sociedades y la validez de los acuerdos de sus órganos (sentencia de 2 de octubre de 2008, Hassett y Doherty, C-372/07, EU:C:2008:534, apartado 20)*”.

18. Esta consideración se inspira en el informe del Sr. JENARD relativo al Convenio de Bruselas¹³, según el cual el artículo 16 (2) fundamentaba la competencia exclusiva por lo que respecta a acciones relativas «*con carácter principal*» a la validez, la nulidad o la disolución de estas sociedades o personas jurídicas, así como sobre la validez de las decisiones de sus órganos.

19. En nuestra opinión, la cuestión central del análisis del foro exclusivo societario en materia de impugnación de la validez de los órganos societarios consiste en discernir si la acción ejercitada impugna «*con carácter principal*» la validez de la decisión del órgano societario o si, por el contrario, se trata de una *cuestión incidental o accesorio* de la principal, que podría plantearse como excepción procesal. De acuerdo con la interpretación que mantenemos, parece que solo en el primer supuesto se justificaría plenamente la inclusión de la acción ejercitada en el foro de competencia exclusiva del artículo 22 (2) R 44/2001 en favor del tribunal del Estado miembro correspondiente a su domicilio social.

20. En apoyo de esta tesis, el propio TJUE mantuvo ya en su Sentencia de 12 de mayo de 2011, C-144/10, *BVG vs JP Morgan*, que “*una interpretación amplia del artículo 22, número 2, del Reglamento n.º 44/2001, conforme a la cual se aplica a todo litigio en el que se suscite una cuestión sobre la validez de una decisión de los órganos de una sociedad, extendería el ámbito de aplicación de dicha disposición más allá de lo que requieren los objetivos que persigue ésta*” (apartado 42), para interpretar “*dicha disposición en el sentido de que se refiere únicamente a los litigios cuyo objeto principal esté constituido por la validez, la nulidad o la disolución de sociedades o personas jurídicas o por la validez de las decisiones de sus órganos.*” (apartado 44)¹⁴.

21. Debido a estos argumentos, no podemos compartir la conclusión a la que llega el TJUE en su Sentencia de 7 de marzo de 2018, C-560/16, *E.ON*, objeto de nuestro comentario, que se aparta de la doctrina generada por la Sentencia del asunto *BVG vs JP Morgan*. En primer lugar, por cuanto la acción ejercitada en el litigio no impugna «*con carácter principal*» la validez de la decisión del órgano societario; ni siquiera su estimación tenía como efecto la nulidad de acuerdo adoptado por la junta general de la sociedad, sino solo el control judicial del importe de la contraprestación que debía satisfacer el accio-

¹⁰ STJCE de 2 de octubre de 2008, C-372/07, *Hassett y Doherty*, ECLI:EU:C:2008:534.

¹¹ STJUE de 12 de mayo de 2011, C-144/10, *BVG vs JP Morgan*, ECLI:EU:C:2011:300.

¹² STJUE de 12 de mayo de 2011, C-302/13, *Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2014:2319.

¹³ DO 1979, C 59, p. 1.

¹⁴ STJUE de 12 de mayo de 2011, C-144/10, *BVG vs JP Morgan*, ECLI:EU:C:2011:300. Vid. comentarios de R. ARENAS GARCÍA, “El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales, dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio: comentario a la STJUE de 12 de mayo de 2011, As. C-144/10, Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts y JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Brach”, *Diario La Ley*, núm. 7684, 2011, pp. 1-8; y N. GOÑI URRIZA, “Alcance de la competencia exclusiva del Reglamento 44/2001 en materia de sociedades y personas jurídicas: comentario a la STJCE de 12 mayo 2011 BVG”, *CDT*, vol. 4, núm 2, 2012, pp. 300-306.

nista mayoritario a los minoritarios por la transmisión de sus acciones. En segundo lugar, por cuanto ni siquiera se trata de una cuestión incidental introducida como excepción procesal. En tercer lugar, porque el TJUE interpreta la competencia exclusiva del artículo 22 (2) R 44/2001 como una especie de *forum legis* en materia societaria. En cuarto lugar, porque se incluye en el ámbito objetivo del foro exclusivo societario una acción que podría haber sido calificada como contractual.

22. En primer lugar, hemos de mostrar nuestra disconformidad con esta interpretación del TJUE por cuanto la acción ejercitada en el litigio no impugna «*con carácter principal*» la validez de la decisión del órgano societario. El argumento del TJUE sobre el principio de proximidad material y jurídica con el asunto resulta contradictorio con el desplegado por el propio Tribunal en su sentencia respecto a que los foros exclusivos “*no deben interpretarse en un sentido más amplio de lo que requiere su finalidad*”¹⁵.

23. Apartándose de su sentencia *BVG vs JP Morgan*, el TJUE retoma en la sentencia comentada el argumento mantenido en su Sentencia de 13 de julio de 2006, C-4/03, *GAT*¹⁶, invocándola para interpretar que “*las reglas de competencia exclusiva establecidas en el artículo 22 del Reglamento n° 44/2001 se dirigen a reservar los litigios enumerados en dicha disposición a los tribunales que tienen una proximidad material y jurídica con ellos*”¹⁷. En la sentencia *GAT*, si bien es cierto que no se trataba de un asunto societario sino de validez de patentes, el Tribunal mantuvo que el carácter exclusivo de la competencia del artículo 22 (4) R 44/2001 operaba también cuando la cuestión se planteaba en forma incidental o como excepción, y no solo a título incidental¹⁸.

24. A este respecto, ha de tenerse en cuenta que el artículo 25 R 44/2001 establece la obligación de abstenerse únicamente en el caso de que exista una competencia exclusiva en favor de otro tribunal de un Estado miembro sobre una materia planteada “*a título principal*”. Luego, a sensu contrario, no existe obligación de abstenerse si la materia exclusiva se ha planteado a título incidental, sin que con ello se vulneren las competencias exclusivas del artículo 22 R 44/2001¹⁹.

25. En segundo lugar, para mayor abundamiento, en el presente asunto ni siquiera se trata de una cuestión incidental ni introducida como excepción procesal. La única excepción procesal planteada en el asunto la llevó a cabo E.ON al interponer una declinatoria ante los tribunales checos “*alegando que, dada la ubicación de su domicilio social, los órganos jurisdiccionales alemanes eran los únicos con competencia internacional*”²⁰. Por tanto, no resulta de aplicación la doctrina de la sentencia *GAT* anteriormente mencionada.

26. En tercer lugar, porque el TJUE interpreta la competencia exclusiva del artículo 22 (2) R 44/2001 como una especie de *forum legis* en materia societaria. Nos referimos al razonamiento seguido por el Tribunal respecto de la existencia de un vínculo estrecho entre el litigio y los tribunales del Estado miembro del domicilio de la sociedad por los siguientes argumentos: (i) se trata de una sociedad constituida en la República Checa; (ii) el acuerdo de la junta general y los correspondientes actos y formalidades del procedimiento han sido realizados de conformidad con el Derecho checo y en lengua checa;

¹⁵ Apartado 27 de la Sentencia *E.ON*, con cita de las Sentencias del TJUE de 2 de octubre de 2008, C-372/07, *Hassett y Doherty*, ECLI:EU:C:2008:534, apartados 18 y 19, y de 12 de mayo de 2011, C-144/10, *BVG vs JP Morgan*, ECLI:EU:C:2011:300, apartado 30.

¹⁶ EU:C:2006:457.

¹⁷ Sentencia *E.ON*, apartado 30.

¹⁸ En opinión de R. ARENAS GARCÍA, “El Reglamento 44/2001 y las cuestiones incidentales, dar vueltas para (casi) volver al mismo sitio: comentario a la STJUE de 12 de mayo de 2011, As. C-144/10, Berliner Verkehrsbetriebe (BVG), Anstalt des öffentlichen Rechts y JPMorgan Chase Bank NA, Frankfurt Brach”, *op. cit.*, “el Reglamento 44/2001 solamente se ocupa de la competencia respecto a la cuestión principal del litigio (y las accesorias, entendidas como cuestiones separables, aunque se planteen junto con la principal); el régimen de las cuestiones incidentales es competencia del Derecho interno de cada Estado”.

¹⁹ En este sentido, vid. Á. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “Nota a la STJUE de 12 de mayo de 2011”, *REDI*, 2011, vol. LXIII, núm. 1, pp. 242-246, en especial p. 244.

²⁰ Sentencia *E.ON*, apartado 14.

y (iii) no se ha discutido de contrario que el tribunal competente aplique el Derecho sustantivo checo al litigio principal (apartados 40 y 41).

27. Por último, porque el TJUE incluye en el ámbito objetivo del foro exclusivo societario una acción que podría eventualmente haber sido calificada como contractual, aspecto del que nos ocupamos en el siguiente epígrafe.

IV. Sobre el conflicto de calificación de la acción objeto del litigio principal

1. Cuestiones prejudiciales omitidas

28. Además de la primera cuestión prejudicial que ha sido analizada, el Tribunal Supremo de la República Checa planteó al TJUE otras dos cuestiones prejudiciales, a saber:

“2) En caso de respuesta negativa a la cuestión prejudicial anterior, ¿debe interpretarse el artículo 5, [punto] 1, letra a), del Reglamento [n.º 44/2001] en el sentido de que se aplica también al procedimiento de control judicial del carácter razonable de la contraprestación que se describe en la cuestión anterior?”

3) En caso de respuesta negativa a las dos cuestiones prejudiciales anteriores, ¿debe interpretarse el artículo 5, [punto] 3, del Reglamento [n.º 44/2001] en el sentido de que se aplica también al procedimiento de control judicial del carácter razonable de la contraprestación que se describe en la primera cuestión?”

29. Sobre ellas, el TJUE considera que, *“habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera”* (apartado 46).

30. Sobre estas cuestiones omitidas en la Sentencia *E.ON*, el Abogado General en sus Conclusiones señala que *“el problema de la inexistencia de un criterio de competencia para ese tipo de litigios se complica aún más a la luz de la dificultad que entraña aplicar lo dispuesto en el artículo 5, puntos 1 y 3, en el litigio principal, habida cuenta de que la exclusión forzosa de los accionistas minoritarios y la contraprestación fijada mediante acuerdo de la junta general no es ni un contrato, ni un delito, ni un cuasidelito”*²¹.

31. Ante esta omisión de pronunciamiento sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, en el siguiente epígrafe trataré de aportar algunas soluciones al conflicto de calificaciones planteado respecto de la acción objeto del litigio principal.

2. Alternativas de solución al conflicto de calificación

A) Ausencia de un *forum societatis* para los conflictos internos de las sociedades

32. Como bien afirma el Abogado General en el apartado 20 de sus Conclusiones, *“la presente petición de decisión prejudicial pone de manifiesto un problema estructural del Reglamento n.º 44/2001 [...], es decir, la inexistencia de un criterio de competencia referido a la resolución de los conflictos internos de las sociedades, como los conflictos entre accionistas o entre accionistas y administradores o entre la sociedad y sus administradores”*²².

33. Efectivamente, el verdadero problema que pone de manifiesto el análisis de la Sentencia *E.ON* es que no existe en el R 44/2001 (ni por extensión en el actual R 1215/12) una norma de competencia especial referida a los litigios en materia societaria referidos a los conflictos internos de las perso-

²¹ Conclusiones del Abogado General Sr. MELCHIOR WATHELET presentadas el 16 de noviembre de 2017, ECLI:EU:C:2017:872, apartado 23.

²² A este respecto, vid. P. PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford University Press, 2012, puntos 2.09 a 2.29.

nas jurídicas, tales como los relativos a las relaciones entre los socios, los concernientes a la responsabilidad entre la sociedad y los socios, o los relativos a la responsabilidad de los administradores sociales.

34. De *lege ferenda*, se propone que en el futuro proceso de revisión del R 1215/12 se incluyera un verdadero *forum societatis* para la determinación de la competencia judicial internacional como foro especial que resolviese los conflictos internos de la sociedad y aportase previsibilidad y seguridad jurídica a estos litigios.

35. La ausencia de este foro especial plantea un problema calificadorio que puede ser resuelto, bien acudiendo a los foros de la autonomía de la voluntad (sumisión expresa o tácita), bien al foro general del domicilio del demandado o a los foros especiales en materia contractual o extracontractual.

B) Foros de la autonomía de la voluntad

36. La doctrina se refiere a la posibilidad de que se incluya un acuerdo de sumisión expresa como un pacto en los estatutos sociales²³. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha considerado que las cláusulas de elección de foro contenidas en los estatutos de la sociedad vinculan a los socios, siempre que no afecte al ámbito de materias recogidas en el foro exclusivo²⁴. En el presente asunto se desconoce la existencia de tales pactos en la sociedad checa.

C) Foro general del domicilio del demandado

37. Con arreglo al artículo 2 R 44/2001, las personas y sociedades domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado. Es la solución o foro general, expresado en el Considerando 11 R 44/2001, conforme al cual “*las reglas de competencia judicial deben presentar un alto grado de previsibilidad y deben fundamentarse en el principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado y 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.*”

38. En el presente asunto, el domicilio de la sociedad demandada en la República Checa otorgaba a los órganos jurisdiccionales checos la competencia judicial internacional para conocer de la demanda, sin necesidad de interpretar de manera amplia el artículo 22 (2) R 44/2001 para atribuirles la competencia exclusiva.

D) Calificación contractual

39. Para los autores partidarios del *paradigma contractual*, las acciones derivadas del derecho de sociedades no incluidas en el foro exclusivo del artículo 22 (2) R 44/2001 tienen naturaleza contractual²⁵ y, en consecuencia, la competencia para su conocimiento puede ser atribuida a los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa *ex* artículo 5.1 R 44/2001 (*idem* artículo 7.1 R 1215/12).

40. Esta interpretación del paradigma contractual tiene cabida en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, en particular en casos relativos a la responsabilidad de administradores²⁶.

²³ Sobre esta cuestión, vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “Establecimiento de una cláusula de elección de foro en los estatutos de una sociedad anónima. Aplicación del artículo 17 del Convenio de Bruselas al derecho de sociedades”, *La Ley (Comunidades Europeas)*, núm. 78, 1992, pp. 1 y ss.

²⁴ STJCE de 10 de marzo de 1992, C-214/89, *Powell Duffryn plc vs Wolfgang Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115.

²⁵ Por todos, vid. R. CARO GÁNDARA, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Civitas, 1999.

²⁶ V. gr. STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho Exploitatie*, ECLI:EU:C:2015:574.

41. En el supuesto que nos ocupa, se trata de discernir si una acción como la presente en el litigio principal puede subsumirse o no entre las de naturaleza contractual. Ante el silencio del TJUE sobre esta cuestión, las Conclusiones del Abogado General excluye la calificación contractual de la acción principal, al interpretar que “*la exclusión forzosa de los accionistas minoritarios y la contraprestación fijada mediante acuerdo de la junta general no es ni un contrato, ni un delito, ni un cuasidelito*”, pues “*no hay ningún «compromiso libremente asumido por una parte frente a otra» que dé pie a la aplicación del artículo 5, punto 1, del Reglamento n.º 44/2001. En efecto, el principio que subyace al procedimiento de exclusión forzosa de los accionistas minoritarios es que el accionista mayoritario puede activarlo sin su consentimiento.*”²⁷

42. Discrepamos de esta interpretación. Como la propia sentencia comentada reitera en su apartado 22, “*procede recordar que, en el litigio principal, aunque el acuerdo de la junta general de Jihočeská plynárenská se refería tanto a la transmisión de las acciones de esta al accionista mayoritario como a la determinación del importe de la contraprestación que debe abonarse a los accionistas minoritarios, los Sres. Dédouch, Streitberg y Suda, mediante su demanda, se limitan a impugnar el carácter razonable de dicho importe.*” Es decir, el objeto principal de la demanda interpuesta por los accionistas minoritarios no persigue la anulación del acuerdo de la junta general ni pone en cuestión el propio procedimiento de exclusión forzosa de los accionistas minoritarios, sino la fijación del importe de la contraprestación que debe serle asignada a estos en un proceso de transmisión de participaciones.

43. Como afirma la doctrina respecto del ámbito objetivo del foro exclusivo societario del artículo 22 (2) R 44/2001, “*este precepto tampoco se aplica a los negocios jurídicos de transmisión de las participaciones [...] Se trata de negocios jurídicos que vinculan a los socios pero que no afectan a la constitución ni al funcionamiento de la sociedad. Asimismo, la competencia exclusiva no comprende las reclamaciones de la sociedad a sus socios para exigir el cumplimiento de las obligaciones sociales ni tampoco las reclamaciones de los socios frente a la sociedad en el ejercicio de sus derechos o para exigir una indemnización o una compensación. No estarían incluidas, por ejemplo, la reclamación del pago del dividendo, la exigencia del cumplimiento de los desembolsos pendientes o la solicitud de una indemnización por el socio cuya participación en el capital social no supere el umbral para impugnar el acuerdo.*”²⁸

44. En nuestra opinión, la acción de reclamación de la fijación o revisión del importe de la contraprestación a recibir por los accionistas minoritarios en un procedimiento de exclusión forzosa tiene una calificación contractual, puesto que lo que pretende a título principal la demanda no es la anulación del acuerdo de la Junta General, sino la defensa legítima y el ejercicio de un derecho societario cual es la obtención de una adecuada contraprestación a la venta forzosa de sus acciones.

45. Esta acción debe ser calificada de contractual por cuanto supone el ejercicio de un derecho privado reconocido por la ley que autoderiva de su condición de accionista de la sociedad, con la que tiene suscrito un contrato social, y que en nada afecta a la validez del acuerdo del órgano societario.

46. Éste fue el razonamiento alegado por el Vrchní soud v Praze (Tribunal Superior de Praga) cuando consideró mediante Auto de 2 de mayo de 2014 que los órganos jurisdiccionales checos eran competentes para conocer del litigio principal sobre la base del artículo 5 (1) [a] R 44/2001.

47. Desde esta perspectiva, la calificación contractual de la acción principal atribuiría la competencia a los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa ex artículo 5 (1) [a] R 44/2001. En concreto, resultarían competentes los órganos jurisdiccionales de la República Checa, al ser el lugar de cumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación objeto del litigio.

²⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. MELCHIOR WATHELET, *cit.*, apartados 23 y 24.

²⁸ F. J. LEÓN SANZ, “Comentario del artículo 24.2”, en AA.VV. *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Thomson-Aranzadi, 2016, p. 520.

E) Exclusión de la calificación extracontractual.

48. Es reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia que «*el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 se aplica a toda pretensión con la que se exija la responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la “materia contractual”, en el sentido del artículo 5, punto 1, letra a), de este Reglamento*». ²⁹

49. Sin embargo, convenimos con el Abogado General al afirmar en sus Conclusiones que “*el procedimiento que constituye el objeto del litigio principal no tiene como finalidad exigir responsabilidades al accionista principal. Por el contrario, únicamente versa sobre el carácter razonable o no de la contraprestación fijada, de conformidad con el artículo 183i, apartado 3, del código de comercio checo, por la junta general (y, por tanto, no necesaria o únicamente por el accionista mayoritario)*”. ³⁰

50. En consecuencia, la calificación como contractual de la acción principal excluye la naturaleza extracontractual del asunto.

²⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Ferho Exploitatie*, ECLI:EU:C:2015:574, apartado 68.

³⁰ Conclusiones del Abogado General Sr. MELCHIOR WATHELET, *cit.*, apartado 25.

DEROGATIO FORI, SOCIEDADES MERCANTILES Y PLURALIDAD DE DEMANDADOS

DEROGATIO FORI, COMMERCIAL COMPANIES AND PLURALITY OF DEFENDANTS

JOSÉ JUAN CASTELLÓ PASTOR

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado
Universitat de València*

ORCHID ID: orcid.org/0000-0002-7517-0296

Recibido: 20.07.2018 / Aceptado: 11.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4404>

Resumen: El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 1ª, de 13 de diciembre de 2017 objeto de comentario estima el límite de la jurisdicción española por la sumisión expresa en favor de los tribunales de otro Estado en un contrato de suministro celebrado entre dos mercantiles. La Audiencia Provincial de Barcelona aprecia la derogatio fori con base en el artículo 22 ter párrafo cuarto LOPJ, pese a demandarse también a una sociedad domiciliada en España que no es firmante del contrato.

Palabras clave: *derogatio fori*, sumisión expresa, competencia judicial internacional, materia contractual, declinatoria internacional, tribunales de terceros estados.

Abstract: The Order of the Provincial Court of Barcelona, section 1, of December 13, 2017 object of comment estimates the limit of Spanish jurisdiction by express submission in favor of the courts of another State in a supply contract concluded between two merchants. The Provincial Court of Barcelona appreciates the derogatio fori based on article 22 ter fourth paragraph of the LOPJ, in spite of also demanding a company domiciled in Spain that is not a signatory of the contract.

Keywords: *derogatio fori*, express submission, international jurisdiction, contractual matters, jurisdiction on a third country.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos del Auto (extracto). III. Cláusula de sumisión como límite de la jurisdicción española. A. Cláusula de elección de foro a favor de un tribunal extranjero. B. Pluralidad de demandados y el artículo 22 ter párrafo tercero. IV. Valoración final.

I. Introducción

1. Los acuerdos de sumisión expresa a favor de tribunales extranjeros son ampliamente utilizados –sobre todo en la contratación internacional– por las indudables ventajas (*v.gr.*, previsibilidad, seguridad jurídica, celeridad, neutralidad e incluso menores costes, entre otras) que comporta la elección del tribunal a los contratantes en caso de controversia.

2. La admisibilidad de las cláusulas de elección de foro a favor de un tribunal extranjero ha sido cuestionada por la doctrina jurisprudencial española hasta principios de la década de los noventa del siglo pasado.

3. En efecto, las SSTS (Sala de lo Civil) de 18 de junio de 1990¹, de 30 de abril de 1990² o de 20 de julio de 1992³ muestran claramente la inadmisibilidad de la *derogatio fori*⁴. –

4. No obstante lo anterior, su admisibilidad está consolidada como prueban las SSTS (Sala de lo Civil) de 10 de julio de 1990⁵, de 19 de noviembre de 1990⁶, de 10 de marzo de 1993⁷, de 13 de octubre de 1993⁸, de 10 de noviembre de 1993⁹. Y más recientemente, la STS de 31 de mayo de 2012¹⁰, así como las distintas resoluciones de las Audiencias Provinciales (cfr. el AAP de Madrid 12^a, de 18 enero de 2010¹¹, AAP de Barcelona 15^a, de 17 febrero 2011¹², la SAP de Madrid 13^a de 7 septiembre 2012¹³ o la SAP de Sevilla de 4 de julio de 2014¹⁴, entre otras)¹⁵.

5. Por otra parte, conviene tener presente que la *derogatio fori* se plasma por primera vez en la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ) con la reforma operada por la Ley 7/2015, de 21 de julio¹⁶.

6. Pues bien, en ausencia de norma institucional o convencional, el apartado cuarto del artículo 22 ter LOPJ señala que “[...] la competencia establecida conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo podrá ser excluida mediante un acuerdo de elección de foro a favor de un Tribunal extranjero. En tal caso, los Tribunales suspenderán el procedimiento y sólo podrán conocer de la pretensión deducida en el supuesto de que los Tribunales extranjeros designados hubieren declinado su competencia”.

7. La LOPJ suple la histórica laguna legal admitiendo la eficacia procesal del acuerdo de sumisión y, al mismo tiempo, la tutela judicial efectiva de nuestros tribunales, en la medida en que declara la suspensión del procedimiento español en tanto el tribunal extranjero declare su competencia¹⁷.

8. El Auto de 13 de diciembre de 2017 objeto de comentario analiza la declinatoria por falta de competencia judicial internacional estimada por el juzgador *a quo*. En concreto, la exclusión de la competencia de los tribunales españoles en virtud de la sumisión a un tribunal extranjero o si, por el contrario, éstos son competentes para conocer el asunto porque una de las sociedades demandadas –que no es firmante del acuerdo- tiene su domicilio en España.

¹ Sentencia núm. 374/1990 de 18 junio (RJ 1990\4764).

² Sentencia núm. 269/1990 de 30 abril (RJ 1990\2807).

³ Sentencia núm. 790/1992 de 20 julio (RJ 1992\6440).

⁴ Véase otra jurisprudencia menor, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I., ed. 16^a, Comares, 2016, p. 387.

⁵ Sentencia núm. 443/1990 de 10 de julio (RJ 1990\5792).

⁶ Sentencia núm. 691/1990 de 19 de noviembre (RJ 1990\8982).

⁷ Sentencia núm. 226/1993 de 10 marzo (RJ 1993\1834).

⁸ Sentencia núm. 942/1993 de 13 octubre (RJ 1993\7514).

⁹ Sentencia núm. 1040/1993 de 10 noviembre (RJ 1993\8980).

¹⁰ Sentencia núm. 322/2012 de 31 mayo (RJ 2012\6551).

¹¹ Auto núm. 6/2010 de 18 enero (JUR 2010\106140).

¹² Auto núm. 21/2011 de 17 febrero (JUR 2011\203050).

¹³ Sentencia núm. 445/2012 de 7 septiembre (JUR 2012\381603).

¹⁴ Sentencia núm. 399/2014 de 4 julio (JUR 2014\264770).

¹⁵ Véase, también, A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I., ed. 16^a, Comares, 2016, p. 387.

¹⁶ Un estudio sobre esta figura, véase, B. CAMPUZANO DÍAZ, “La *derogatio fori* en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 70/1, 2018, pp. 155-179; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVII, 2017, pp. 473-506.

¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. I. Edición 16^a, Comares, 2016, p. 386; C. ESPLUGUES MOTA, J.L. IGLESIAS BUHIGUES, G. PALAO MORENO, *Derecho internacional privado*, ed. 11^a, Tirant Lo Blanch, 2017, p. 165; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La *derogatio fori* después de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVII, 2017, p. 496.

II. Hechos del Auto (extracto)

9. La mercantil BEMPAGOLDIN, S.L.U. formalizó el 19 de mayo de 2015 un contrato de suministro de una máquina de ranurado de pavimento con la mercantil FCC CONSTRUCCION COSTA RICA, S.A., en la ciudad de Bagaces, provincia de Guanacaste (Costa Rica). Ambas mercantiles estuvieron representadas por personas con pasaportes costarricenses.

10. La máquina de ranurado de pavimento -en cuestión- iba a utilizarse en las obras de construcción a realizar en la carretera interamericana Norte: Cañas- Liberia, sita en la provincia de Guanacaste (Costa Rica), que fueron adjudicadas a FCC CONSTRUCCION COSTA RICA, S.A por el Consejo Nacional de Vialidad de Costa Rica.

11. Entre otras cláusulas, en el contrato se fijó la ley aplicable y el fuero jurisdiccional en caso de controversia. En efecto, señala la cláusula 11.1 que “el presente contrato se registrará e interpretará de acuerdo a las Leyes de Costa Rica”, y la cláusula 11.2 que “para la resolución de cualquier conflicto o controversia que se plantee en cuanto a la interpretación, desarrollo o ejecución del presente contrato, las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales de la ciudad de San José, Costa Rica, con renuncia expresa de cualquier otro fuera que pudiera corresponderles”.

12. Tras el impago de determinadas cantidades, la mercantil BEMPAGOLDIN ejercita una acción de responsabilidad contractual contra las mercantiles FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS S.A. y FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA S.A ante el juzgado de primera instancia de Barcelona.

13. En concreto, la actora solicita la condena de ambas mercantiles al pago de determinadas cantidades devengadas en virtud del contrato de suministro de 19 de mayo de 2015, celebrado con FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA, S.A (filial de FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A.), y a retornar a territorio español la máquina ranuradora, a su cargo y en perfecto estado para su uso, sin perjuicio del desgaste propio de las características inherentes a su utilización y antigüedad.

14. La reclamación frente a FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A se funda en la teoría de la doctrina del levantamiento del velo, pues considera que esta mercantil –como contratista– ha impuesto la contratación con una filial de la matriz y que la sumisión a los tribunales costarricenses implica una dificultad añadida a la hora de hacer valer los derechos de la actora, en la medida en que la actuación “a posteriori” de la filial y de la matriz revelan el fraude de ley y el abuso de derecho –que justifica la interposición de la demanda–.

15. Ambas mercantiles demandadas formularon, en tiempo y forma, declinatoria de competencia internacional.

16. FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA, S.A alegó la falta de competencia de los tribunales españoles porque el fuero jurisdiccional para la resolución de los conflictos derivados del contrato de suministro de 19 de mayo de 2015 -pactado en la cláusula 11.2- corresponde a los tribunales de San José (Costa Rica).

17. Por su parte, FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A también formuló declinatoria de competencia internacional, sin perjuicio de hacer constar que no ostentaba legitimación pasiva para soportar la acción ejercitada por no ser parte en el contrato objeto del procedimiento, no ostentar la condición de sociedad matriz de FCC CONSTRUCCIÓN COSTA RICA, S.A, ni resultar justificado ni procedente el “levantamiento del velo” por no concurrir los requisitos jurisprudenciales exigidos para ello.

18. Sobre estos argumentos, la actora se opuso alegando, en síntesis, que FCC SA, era la empresa adjudicataria de las obras de ampliación de 50 Km. de la Interamericana norte entre los tramos Cañas-Liberia, y el entramado de los denominados grupos empresariales no podía servir de escudo para afrontar las responsabilidades correspondientes [...], por lo que denunciaba el abuso de derecho y fraude de ley que suponía el hecho de que una sociedad española, FCC S.A., contratase otra sociedad española, BEMPAGOLDIN, S.L.U. para realizar las obras que la primera tenía adjudicadas en Costa Rica, pero que por el hecho de haberse formalizado el contrato con la filial costarricense de la primera se pretendiese trasladar cualquier reclamación a la jurisdicción costarricense, de manera sumamente gravosa para ella. Por ello estaría justificada la acción contra FCC, S.A., mediante la invocación de la teoría del levantamiento del velo. Este sería el motivo que ampararía, al demandarse a una sociedad española, que los Tribunales españoles fuesen los competentes. Por otra parte, al ser dos las sociedades demandadas y ser una española, no cabría duda de la competencia de los tribunales españoles, de conformidad con lo establecido en el art. 53.2 en relación con el art. 51 LEC.

19. El Ministerio Fiscal argumentó, por su parte, que el Juzgado español carecía de competencia dada la sumisión expresa existente y el objeto del contrato debía cumplirse en Costa Rica, lugar donde además se firmó el acuerdo.

20. Sobre estos hechos y fundamentos de derecho, el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona en fecha 5 de julio de 2017 estimó la declinatoria por falta de competencia judicial internacional –sin imponer las costas del incidente–.

21. El Auto del Juzgado de Primera Instancia fue recurrido en apelación. La Audiencia Provincial de Barcelona desestima el recurso –en línea con el juzgado *a quo*- e impone, esta vez sí, las costas de la alzada a la apelante.

III. Extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles

22. La extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles, en caso de que la controversia presente un elemento extranjero, se determina por las normas de competencia judicial internacional. En defecto de norma institucional y convencional, como es sabido, la norma interna que atribuye la competencia de los tribunales españoles para conocer estas controversias es la LOPJ.

23. El artículo 22 de la LOPJ atribuye a nuestros tribunales la competencia para conocer determinados litigios en materia civil o mercantil. Este precepto fija una serie de materias de competencia exclusiva y excluyente a favor de los tribunales españoles.

24. En caso de que ninguna de estas materias concorra, se atribuye la competencia a nuestros tribunales, bien por el fuero de sumisión expresa o tácita, bien por el domicilio del demandado en nuestro territorio, bien por el de determinadas materias, entre otros (cfr. 22 bis a nonies de la LOPJ).

25. En el presente caso, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona estima la declinatoria por falta de competencia internacional de nuestros tribunales con base en la cláusula de prórroga de jurisdicción a favor de los tribunales de San José (Costa Rica), pese a la estrategia procesal de la actora de demandar también a otra sociedad (que ni es parte en el contrato ni es sociedad matriz) para forzar así el fuero abordado en el artículo 22 ter apartado tercero (sobre la pluralidad de demandados) de la LOPJ.

26. A continuación se analizan estos supuestos: las cláusulas de sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero (A) y la pluralidad de demandados cuando uno de ellos está domiciliado en España (B).

A. Cláusula de elección de foro a favor de un tribunal extranjero

27. La autonomía de la voluntad permite a los contratantes -en determinados supuestos, como se ha indicado- determinar de antemano el tribunal que conocerá las controversias que puedan derivarse de la relación contractual. Los acuerdos de sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero son ampliamente utilizados en el ámbito de la contratación internacional e implican, en efecto, la privación del tribunal español de una competencia que le viene atribuida *ex lege*¹⁸.

28. Pues bien, la elección de los tribunales de Costa Rica en modo alguno supone un abuso de derecho o un fraude de ley, considerando que el contrato -que fue negociado, esto es: no se trata de un contrato de adhesión sin margen de negociación- se suscribe en Costa Rica, el domicilio de las partes está en aquel país y los representantes de las mercantiles tienen pasaporte costarricense.

29. Concurren, efectivamente, todos estos elementos de conexión con el país centroamericano. Además, podría incluso argumentarse la competencia de nuestros tribunales porque la materia objeto de controversia es contractual y la parte demandada no está domiciliada en nuestro país (art. 22 quinquies LOPJ), pero hubiera sido erróneo si se tiene en cuenta que -en el presente caso- el cumplimiento y la ejecución del contrato de suministro de la maquinaria se realiza también en Costa Rica.

B. Pluralidad de demandados y el artículo 22 ter párrafo tercero

30. Por su parte, en caso de que sean varios los demandados, la LOPJ permite que los Tribunales españoles sean competentes cuando al menos uno de ellos tenga su domicilio en España.

31. Sobre esta premisa, la actora demanda -con base en la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo- a una empresa que no es firmante del contrato -pero está domiciliada en nuestro país- argumentando que se trata de la sociedad matriz -de una filial también demandada- para atribuir la competencia de los tribunales españoles para conocer la reclamación, en virtud del art. 22 ter III LOPJ.

32. Sin embargo, como acertadamente señala la Audiencia Provincial, la valoración del pronunciamiento sobre el levantamiento del velo resulta imposible en ese momento procesal porque se trata de una cuestión de fondo -y ello hubiera comportado asumir el tribunal español la competencia-, toda vez que es una evidente estrategia procesal de la actora para eludir la mencionada cláusula de sumisión expresa.

IV. Valoración final

33. Las cláusulas de elección de foro son habituales en la contratación internacional, son un elemento más en la negociación.

34. La jurisprudencia española reconoce sin vacilaciones la eficacia de la *derogatio fori* (para aquellas materias permitidas) desde hace más de dos décadas. La reciente reforma de la LOPJ suple la histórica laguna existente admitiendo la eficacia procesal de los acuerdos de sumisión expresa a favor de un tribunal extranjero.

35. La valoración del Auto de 13 de diciembre de 2017 objeto de comentario es positiva, en la medida en que estima -en virtud del nuevo artículo 22 ter párrafo cuarto LOPJ- la declinatoria internacional con base en la cláusula de sumisión expresa a favor de los tribunales de Costa Rica. Entender

¹⁸ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 8ª edición, Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015, p. 110.

lo contrario hubiera quebrado el principio básico de la autonomía de la voluntad contractual, máxime cuando todos los elementos de la relación contractual se dan precisamente en aquel país; toda vez que pretender que los tribunales españoles sean competentes porque se demanda, con arreglo a la teoría del levantamiento del velo, a una mercantil domicilia en España -que nada tiene que ver con la relación contractual- es una evidente estrategia procesal del letrado de la actora para eludir la cláusula de sumisión expresa -que, acertadamente, no ha sido analizada por el juzgador-.

LA NOTIFICACIÓN EN EL EXTRANJERO DE DOCUMENTOS EXTRAJUDICIALES: LOS DOCUMENTOS PRIVADOS

THE SERVICE ABROAD OF EXTRAJUDICIAL DOCUMENTS: PRIVATE DOCUMENTS

MARÍA JESÚS ELVIRA BENAYAS

Profesora contratada doctora
*Universidad Autónoma de Madrid **
ORCID ID: 0000-0002-1134-8884

Recibido: 12.07.2018 / Aceptado: 23.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4405>

Resumen: El Tribunal de Justicia ha establecido un concepto amplio de qué debe entenderse por “documentos extrajudiciales” para la aplicación del Reglamento de notificación en el que se incluyen los documentos privados. Ello plantea problemas en la concreción de qué documentos estarían incluidos si la transmisión formal de éstos es necesaria “para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”.

Este “nuevo concepto” exige una revisión de la posición del legislador español sobre la notificación de los documentos extrajudiciales no solo respecto al Reglamento sino también en la aplicación de la Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil.

Palabras clave: notificación en el extranjero, documentos privados, documentos extrajudiciales.

Abstract: The Court of Justice has established a broad concept of what should be understood by “extrajudicial documents” for the application of the service regulation, which includes private documents. This raises problems in the specification of what documents would be included if the formal transmission of these is necessary “for purposes of exercising, proving or safeguarding a right to a claim in civil or commercial law”.

This “new concept” requires a review of the position of the Spanish legislator on the notification of extrajudicial documents not only with respect to the Regulation but also in the application of the Law on International Legal Cooperation in Civil Matters.

Keywords: service abroad, private documents, extrajudicial documents.

Sumario: I. Introducción. II. Los documentos privados y el Reglamento 1393/2007. 1. El asunto Roda. 2. El asunto Tecom. 3. Una nueva posición respecto a la notificación al extranjero de documentos privados. III. Los documentos privados: Convenio de La Haya de 1965 y Ley de cooperación jurídica internacional de 2015. IV. Conclusiones.

* El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto DER2017-85585-P: “Financiación internacional: la función de las garantías inmobiliarias” y se concluyó el día 11 de julio de 2018. Para cualquier sugerencia y observación: mariajesus.elvira@uam.es

I. Introducción

1. El TJUE ha abierto un interesante debate sobre la notificación de los documentos extrajudiciales toda vez que ha establecido una interpretación extensa de los mismos ampliándola no solo a los que carecen de vinculación con un proceso judicial pendiente sino, además, a los documentos privados. Se extiende así la aplicación del Reglamento 1393/2007¹ también a las notificaciones en las que se transmita o notifique un documento privado. En efecto, los asuntos *Roda*² y *Tecom*³ han introducido importantes consideraciones respecto a los supuestos en los que cabe el uso del Reglamento en relación a los documentos extrajudiciales⁴.

2. Ambas resoluciones nos sitúan ante una necesaria determinación de qué documentos privados podrían ser notificados conforme a aquél y cuáles estarían excluidos. En ellos encontramos un elemento común –que deberemos considerar más adelante– que, en última instancia, establecerá la posibilidad de incluirlo o no en el Reglamento: que los documentos trasladados o notificados sean importantes para el buen funcionamiento del mercado interior⁵.

3. Junto a la aplicación del Reglamento para la notificación de los documentos privados, creemos conveniente, además, analizar las soluciones que ofrecen otros dos textos: el Convenio de La Haya de 1965 y la Ley de cooperación jurídica internacional de 2015 en lo relativo a la notificación de documentos extrajudiciales y si cabe, o no, una interpretación amplia como la del Reglamento.

II. Los documentos privados y el Reglamento 1393/2007

4. Conforme a lo que establece su artículo 1º el Reglamento se aplica “en materia civil o mercantil cuando un documento judicial o extrajudicial deba transmitirse de un Estado miembro a otro para ser notificado o trasladado en este último”.

A diferencia de otros textos, no se excluye ninguna materia comprendida en “civil o mercantil” para su aplicación por lo que cabe su uso para cuestiones sucesorias, de filiación, de familia, de responsabilidad contractual o extracontractual... Ello significa que los documentos que pueden ser transmitidos a través de él son muy variados.

5. Igualmente, en el Reglamento de notificación no se establece una preferencia, una jerarquía ni la posibilidad de excluir alguno de los medios de notificación o traslado entre documentos judiciales y extrajudiciales⁶. No obstante, en todo caso, es necesario utilizar los formularios, con independencia del medio de transmisión elegido.⁷

¹ Reglamento (CE) núm. 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, *DO* núm. L 324, 10 diciembre 2007. Nos referiremos a él como “Reglamento de notificación”.

² STJUE, 25 junio 2009, *Roda Golf Resort Beach*, C-14/08 (ECLI:EU:C:2009:395), en <https://curia.europa.eu>. Nos referiremos a ella como Sentencia asunto *Roda*.

³ STJUE, 11 noviembre 2015, *Tecom Mican*, C- 223/14, (ECLI:EU:C:2015:744) en <https://curia.europa.eu>. Nos referiremos a ella como Sentencia asunto *Tecom*.

⁴ Si bien en el presente trabajo se hace referencia a ambas resoluciones éste se centra, principalmente, en el asunto *Tecom*, que, a nuestro juicio, supone, hasta ahora, una de las interpretaciones más extensas en lo que debe entenderse como “documento extrajudicial”. El asunto *Roda* es el antecedente que explica la evolución pero no pretendemos hacer un análisis del mismo sino utilizarlo para explicar la evolución en la interpretación del Reglamento. Este uso “instrumental” tiene su reflejo en la distinta extensión dedicada a una y otra resolución.

⁵ Las sentencias recuerdan lo que el Considerando 1º del Reglamento de notificación fija como su objetivo: “Para establecer progresivamente tal espacio, la Comunidad adopta, entre otras, medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil necesarias para el buen funcionamiento del mercado interior”.

⁶ STJCE, 9 de febrero de 2006, *Plumex*, C473/04 (ECLI:EU:C:2006:96), en <https://curia.europa.eu>, apdos. 19 a 22.

⁷ Así lo indican los Considerandos 7º y 11º del Reglamento de notificación. Sobre este uso, véase, entre otros, M.J. ELVIRA BENAYAS, “El uso de los formularios (en la notificación internacional conforme al Reglamento 1393/2007) y la tutela judicial

6. Otra cuestión que se planteó –y fue resuelta por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia– es la de la necesidad de la existencia, o no, de un proceso judicial. A diferencia de lo dispuesto en el art. 1. 2º del Reglamento 1206/2001, en el que se señala que “No se solicitará la obtención de pruebas que no estén destinadas a utilizarse en una causa iniciada o que se prevea incoar”, en el Reglamento de notificación no se exige la exigencia de un proceso, presente o futuro. Es cierto que en el caso de los documentos judiciales es presumible esta condición. Sin embargo, nada se dice respecto de los documentos extrajudiciales. El asunto Roda aclaró la posible duda y concluyó la inexistencia de un proceso judicial para utilizar los medios del Reglamento de notificación.

1. El asunto Roda⁸

7. En este caso, una sociedad española solicitó al Secretario Judicial (hoy Letrado de la Administración de Justicia) del órgano judicial remitente (San Javier. Murcia) que trasladase a los órganos receptores del Reino Unido e Irlanda varias cartas dirigidas a destinatarios establecidos en su territorio. Las cartas tenían por objeto la resolución unilateral de contratos de compraventa de inmuebles entre la empresa y los destinatarios.

La demandante otorgó ante notario un acta de notificación y requerimiento en la que se pedía a éste que notificase el acta a través del Secretario Judicial, autoridad competente conforme art. 23 Reglamento 1348/2000. El Secretario Judicial deniega el traslado porque la notificación no trae causa de un procedimiento judicial y, por tanto, entiende, no está incluida el Reglamento.

8. El Tribunal estableció que:

- a) El concepto “documento extrajudicial” es un concepto autónomo. (apdo. 50) –si bien es en el asunto Tecom donde, veremos más, se avanza en él-;
- b) El buen funcionamiento del mercado interior exige mejorar y acelerar la transmisión entre Estados Miembros de documentos judiciales y extrajudiciales a efectos de notificación o traslado (apdo. 54): sistema de notificación al servicio del buen funcionamiento del mercado interior (apdo. 55);
- c) La cooperación judicial no puede limitarse a los procedimientos judiciales y que puede manifestarse tanto dentro como fuera “en la medida en que tal cooperación tenga incidencia transfronteriza y sea necesaria para el buen funcionamiento del mercado interior” (apdo. 56);
- d) El Tribunal recuerda que en la ejecución del Reglamento no tienen por qué participar, exclusivamente órganos judiciales. Los órganos transmisores y receptores pueden ser de otra naturaleza. Así el art. 2 Reglamento se refiere a “funcionarios públicos, autoridades y otras personas”;
- e) El Reglamento establece distintas opciones para la transmisión de documentos y no solo a través de los órganos transmisores y receptores ya que cabe la transmisión por vía consular o diplomática (art. 12); la notificación o traslado por medio de agentes diplomáticos o consulares (art. 13); la notificación o traslado por correo (art. 14) y la solicitud directa de notificación o traslado (art. 15). Todas ellas utilizables para la notificación o traslado de documentos extrajudiciales (art. 16);
- f) Por último, que “La notificación y el traslado, al margen de un procedimiento judicial, de un acta notarial como la controvertida en el litigio principal están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento...”.

efectiva (I): Comentario a la STJUE de 16 de septiembre de 2015, asunto C-519/13, Alpha Bank c. Dau Si Sehn, Alpha Panareti Public Ltd, *et al*”, *La Ley Unión Europea*, núm. 33, 2016, 7 págs; y “Notificación y traslado de los documentos judiciales y extrajudiciales: omisión del formulario normalizado. Nota a la TJ, Sala Primera, Sentencia de 16 septiembre 2015”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Tomo XVI, 2016, pp. 1116-1121.

⁸ Entre otros, véase N. MARCHAL ESCALONA, “*Quid* de la interpretación autónoma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el ámbito procesal: A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de junio de 2009: Roda Golf & Beach Resort”, *Diario La Ley*, núm. 7273, 2009.

9. Tenemos, por tanto, que los documentos extrajudiciales pueden ser notificados o trasladados por cualquiera de los medios previstos en el Reglamento sin que se dé preferencia a unos sobre otros, que pueden ser utilizados conjuntamente⁹, sin que se excluyan entre sí y que no es necesaria la existencia de un proceso judicial para que todo ello sea posible.

10. En esta línea, la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Tecom* supone un paso más en la determinación de cómo pueden notificarse los documentos extrajudiciales, y lo que a nuestro juicio es más importante, qué tipo de documentos extrajudiciales puede notificarse o darse traslado dentro del Reglamento.

2. El asunto *Tecom*¹⁰

11. En 2009, la empresa alemana MAN Diesel celebra con *Tecom*, sociedad española, un contrato de agencia. En 2012, MAN Diesel resuelve unilateralmente el contrato, con efectos 31 de diciembre 2012.

La empresa *Tecom* “redactó un escrito de requerimiento por el que se exige, en particular, el pago de una indemnización por clientela y de comisiones devengadas y no abonadas. En ese escrito se hacía referencia a la posibilidad de ejercicio de acciones judiciales en el caso de que no se atendiera el requerimiento...”¹¹.

En noviembre de 2013, *Tecom* solicita al Secretario Judicial del Juzgado de 1ª Instancia n.º 7 de Las Palmas que notifique a MAN Diesel, a través del órgano alemán competente, un escrito de requerimiento por el que se exigía la indemnización prevista en la Ley española de agencia¹² y las “cantidades debidas por comisiones devengadas y no abonadas o, con carácter subsidiario, la comunicación de información contable”. En ese escrito, indica, además, que se ha remitido otro documento a MAN Diesel “mediante otro requerimiento notarial formalizado ante notario español para que quedase constancia en acta pública notarial”.

En diciembre de 2013, el Secretario Judicial deniega la solicitud porque no existe un procedimiento judicial “en cuyo marco fuera necesaria la práctica del acto de auxilio judicial solicitado”. En el decreto de desestimación, el Secretario Judicial señala que España no ha elaborado un léxico en el que precise los documentos que se incluyen en art. 16 del Reglamento y que “sólo los documentos extrajudiciales que reúnan las características señaladas¹³ y que les doten de oficialidad estarían dentro del ámbito material del indicado Reglamento; es decir, que tales documentos, por su naturaleza o su carácter formal, producen efectos jurídicos determinados”¹⁴. Según éste, otra interpretación desvirtuaría el concepto del art. 16 y convertiría a los tribunales en “servicios de mensajería”¹⁵.

⁹ En este sentido, véase la STJUE, 19 de diciembre de 2012, *Krystyna Alder y Ewald Alder*, C-325/11 (ECLI:EU:C:2012:824), en <https://www.curia.europa.eu>, apdo. 25: no existe jerarquía entre los medios de transmisión y los documentos a notificar pueden transmitirse de nuevo, sucesiva o paralelamente. Nos referiremos a ella como Sentencia asunto *Alder*.

Para avanzar en el uso de estos medios, simplificarlos, reducir costes y aumentar garantías se está trabajando en una reforma del reglamento de notificaciones. Así, puede verse las líneas para esta reforma en “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Amending Regulation (EC) No 1393/2007 of the European Parliament and of the Council on the service in the Member States of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters (service of documents)”, de 31 de mayo de 2018, Documento COM(2018) 379 final 2018/0204 (COD) que puede consultarse en:

https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a866f26f-64b4-11e8-ab9c-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF

¹⁰ Véase, entre otros, I. REIG FABADO, “Los documentos privados y el Reglamento 1393/2007 de notificaciones y traslado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 677-684.

¹¹ Así en las Conclusiones del Abogado General Yves Bot (en adelante, Conclusiones AG asunto *Tecom*), de 4 junio 2015, ECLI:EU:C:2015:364, apdo. 21.

¹² Ley 12/1992, de 7 de mayo, sobre contrato de agencia, *BOE* núm. 109, 29 de mayo de 1992. En sus arts. 15 y 28 se establece el derecho exigir exhibición contabilidad del empresario y derecho a indemnización si actividad anterior sigue produciendo ventajas sustanciales al empresario así como el plazo de caducidad de la acción de un año “a contar desde la extinción del contrato” (art. 31).

¹³ Téngase en cuenta que en ningún momento se indican cuáles son estas características.

¹⁴ Sentencia asunto *Tecom*, apdo. 25.

¹⁵ Expresión literal incluida en las Conclusiones del Abogado General Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (en adelante Conclusiones AG asunto *Roda*), de 5 de marzo de 2009, ECLI:EU:C:2009:134, apdo. 92.

En todo caso, de nuevo, en diciembre de 2013, Tecom notificó a MAN Diesel, a través de notario español, otro escrito de requerimiento mediante el que se solicitaba el pago de las comisiones devengadas y no pagadas y la indemnización por clientela antes de ejercitar la acción en el plazo de caducidad de 1 año.

A su vez, el Secretario Judicial deniega el recurso de reposición porque –argumenta– para utilizar el art. 16 del Reglamento el documento extrajudicial éste debe estar incluido dentro de su ámbito de aplicación “por su naturaleza o por su carácter formal”. Y la cuestión es si los documentos privados lo están.

12. Cabe recordar, en primer lugar, que el concepto “documento extrajudicial” es un concepto autónomo¹⁶ que “debe interpretarse en sentido amplio y no puede limitarse únicamente a los documentos que tengan conexión con un procedimiento judicial, de manera que puedan incluirse también los documentos otorgados ante notario”¹⁷.

13. Para definir este concepto “Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión no sólo debe tenerse en cuenta su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte, así como, en su caso, la génesis de esta normativa”¹⁸. Para ello se analizan los Convenios de La Haya de 1965, el Convenio sobre notificación de 1997¹⁹, el Manual del Reglamento que contiene el Léxico²⁰ y la jurisprudencia en aplicación de los mismos.

14. En sus conclusiones, el Abogado General señaló que el concepto de “documentos extrajudiciales” “comprende tanto los documentos emitidos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público como los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”²¹. Su transmisión incide en la consecución de todos los objetivos propuestos (cooperación, buen funcionamiento mercado interior, establecimiento espacio²²).

15. Por su parte, el Gobierno español defendió que debían de estar incluidos “únicamente de los documentos que deban otorgarse en el marco de un procedimiento judicial o que estén dirigidos a preservar derechos con vista a un eventual procedimiento, de lo que se deduce que debe tratarse siempre de un documento público, en el sentido de que debe dar fe de la identidad del otorgante, la fecha

¹⁶ Sentencia asunto Roda, apdos 49 y 50; y Conclusiones AG asunto Roda, en el mismo sentido en relación art. 16, apdo. 46.

¹⁷ Sentencia asunto Roda, apdos. 56 a 59.

¹⁸ En este sentido, apdo. 22 de STJUE, 22 de abril de 2015, Drukarnia Multipress, C-357/13 (ECLI:EU:C:2015:253) y las sentencias que allí se citan. Todo ello en <https://curia.europa.eu>

¹⁹ Nos referimos al Convenio establecido sobre la base del artículo K.3, relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, DO núm. C 261, 27 agosto 1997; e Informe Explicativo del Convenio de 1997, DO núm. C 261, 27 agosto 1997. En relación al art. 1, éste señalaba que los “Documentos extrajudiciales no pueden ser definidos con precisión. Puede considerarse que se trata de documentos redactados por un funcionario ministerial, tales como actas notariales o de agente judicial, o documentos establecidos por una autoridad del Estado miembro, o bien documentos que por su naturaleza e importancia justifican ser transmitidos y comunicados a sus destinatarios según un procedimiento oficial (p.2).

²⁰ Decisión 2001/781/CE de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba el manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (en adelante Manual o Léxico), *DOUE* núm. L 298 (corr. de errs. *DOUE* núm. L 31, 1 febrero 2002, p. 88; *DOUE* núm. L 60, 5 marzo 2003, p.3. Revisada por Decisión 2007/500/CE, de 16 julio 2007, *DOUE* núm. L 185, 17 julio 2007, p.24; Decisión de la Comisión, de 8 de abril de 2008, que modifica la Decisión 2001/781/CE por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) n° 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, *DOUE* núm. L 173, de 3 de julio de 2008. En el Léxico se incluye entre los documentos extrajudiciales notificables “también documentos privados que tenían una importancia específica en el ordenamiento jurídico de que se trata” (apdo. 43).

²¹ Conclusiones AG asunto Tecom, cit., apdo. 44, reiterado apdo. 46.

²² Conclusiones AG asunto Tecom, cit., apdos 45 y 60.

de emisión y el contenido”²³. Por su parte, la opinión del Gobierno alemán terminó reflejada en el fallo del tribunal²⁴.

16. En asunto Roda, el Abogado General proponía tres criterios cumulativos para identificar los documentos extrajudiciales en el ámbito de la UE: 1. El autor del documento debía ser una autoridad pública; 2. Los efectos jurídicos del documento debían ser “específicos y diferenciados” y; 3. Existencia de una mínima conexión entre el documento y un procedimiento judicial “caracterizada por el hecho de que el documento “[debe servir para] sustentar una pretensión en una eventual proceso judicial”²⁵ –. Estos criterios son analizados por el Abogado General en el asunto Tecom²⁶ quien concluye que, en aras al buen funcionamiento del mercado interior, debe buscarse “un criterio objetivo que permita ampliar el concepto de documento extrajudicial a determinados documentos jurídicos no emitidos o certificados por una autoridad”²⁷.

Asimismo, descarta que la *lex originis* determine la formalidad concreta que deba utilizarse, y la necesaria consideración de si la notificación es necesaria o no para la eficacia del documento o la función natural y directa de la transmisión: “cualquier documento cuya transmisión al destinatario sea necesaria para el ejercicio, prueba o salvaguardia de un derecho”²⁸.

Reitera, por último, que la interpretación extensa no transforma a los órganos receptores/transmisores en meros servicios postales porque el uso del Reglamento establece el pago de ciertos gastos “y le obliga además a observar ciertas formalidades, relativas en particular a la traducción” así como la creación de garantías adicionales para quienes “deben comunicar un documento al destinatario” y deben hacerlo en el extranjero²⁹.

17. Con todo ello, la Sentencia colige que “el concepto de «documento extrajudicial» utilizado en dicho artículo comprende, no sólo los documentos emitidos o autenticados por una autoridad pública o un funcionario público, sino también los documentos privados cuya transmisión formal a su destinatario residente en el extranjero sea necesaria para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”.

18. También se pronuncia sobre los medios de transmisión y da un paso más en la línea del asunto Alder, no sólo porque permite el uso alternativo, cumulativo o concurrente de ellos sino porque también será de aplicación el Reglamento “aun cuando el requirente ya haya realizado una primera notificación o un primer traslado de ese documento por otra vía de transmisión no contemplada en ese Reglamento”.

19. Para concluir, establecida la interpretación del Tribunal de Justicia, creemos interesante exponer algunas de las declaraciones de los Estados sobre qué tipo de documentos estaría incluido dentro de la categoría “documentos extrajudiciales”. Así, por ejemplo, en su declaración, España entendía como tales “los documentos no judiciales que emanen de una autoridad pública con competencia según la ley española para realizar notificaciones”³⁰; Grecia señalaba que estarán incluidas las solicitudes de pruebas, la declaración de testigos...³¹. Pero especialmente destacable, es a nuestro juicio, la consideración de Austria ya que incluía: “documentos destinados a salvaguardar y ejercer una pretensión en materia civil o mercantil o a la defensa de los derechos correspondientes, aunque al margen de un procedimiento civil”³².

²³ Conclusiones AG asunto Tecom, cit., apdo. 41.

²⁴ Conclusiones AG asunto Tecom, cit., apdo. 42.

²⁵ Conclusiones AG asunto Roda, cit., apdo. 93.

²⁶ Conclusiones AG asunto Tecom, cit. apdos 53 y ss.

²⁷ Conclusiones AG asunto Tecom, apdo. 56.

²⁸ Conclusiones AG asunto Tecom, apdos. 58, 59 y 60.

²⁹ Conclusiones AG asunto Tecom, apdos. 62 y 63.

³⁰ Léxico, cit. supra, p. 423.

³¹ Léxico, cit. supra, p. 422.

³² Léxico, cit. supra, p. 432.

20. La posición de España se explica a partir de la opción de construir la estructura de transmisión de los documentos extrajudiciales a través de los notarios³³, sin considerar que en los organismos transmisores y receptores pueda intervenir otros sujetos. Ello es coherente, como veremos a continuación, con la solución dada respecto de otros instrumentos pero que obliga a una reflexión sobre la necesidad de establecer mecanismos específicos. Algunos autores sugirieron que esta cuestión se abordase en la Ley de Cooperación jurídica internacional³⁴, cosa que no ocurrió, como veremos.

3. Una nueva posición respecto a la notificación al extranjero de documentos privados

21. Con el asunto Tecom se abre la incógnita de qué tipo de documentos privados podría estar incluido para su transmisión conforme al Reglamento.

22. Algunos autores han avanzado que sin establecer limitaciones, *a priori*, sería conveniente “que el legislador español refrene sus ansias de terciar en cuestiones doctrinales y se dedique a su función” y que, por otra parte, prevalezca el sentido común y no se utilice este mecanismo para remitir una carta de amor³⁵. En cualquier caso, el uso del Reglamento para dar traslado o notificar documentos privados sería posible si la transmisión formal de éstos es necesaria “para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”.

23. Debemos tener en cuenta que la transmisión de documentos extrajudiciales tiene que ver con la ley aplicable al fondo de la relación que produce la necesidad de notificar³⁶, en este caso, para el ejercicio, la salvaguardia de un derecho o una pretensión jurídica. Si ello es así, sería irrelevante si el derecho o la pretensión jurídica está en un contrato o en una carta de amor (o de desamor), ya que lo determinante sería que en el contenido de la misma se pueda establecer una relación jurídica de la que puedan derivar derechos o pretensiones jurídicas³⁷.

24. Otra consecuencia del asunto Tecom se concreta en la necesaria reconsideración que deberían hacer los Estados miembros sobre la designación de los órganos emisores y receptores de las notificaciones³⁸.

³³ Sobre el uso del art. 16 del Reglamento de notificación en la transmisión de documentos notariales véase, entre otras, la RDGRN, de 27 febrero 2012, *BOE* núm. 76, 29 marzo 2012.

³⁴ En este sentido, J.J. FORNER I DELAYGUA, “El papel de una ley de cooperación jurídica internacional en materia civil en la aplicación de los Reglamentos comunitarios”, en AA.VV., *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, C. Esplugues/G. Palao Moreno, M.A. Penadés Fons (Coords), ed. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 233-234. El asunto Roda debería impulsar a “actuar a nivel interno para adaptar la aplicación de los reglamentos a las particularidades del ordenamiento español”. Entiende que la Ley de cooperación “es el lugar idóneo para tener en cuenta que los procedimientos internos se han de adaptar al ámbito de la normativa unionista y no al revés”.

³⁵ En este sentido, véase J.J.FORNER I DELAYGUA, “Concepto de “documento extrajudicial” en el Reglamento (CE) Núm. 1393/2007, de 13 de noviembre de 2007, de notificaciones. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de noviembre de 2015, asunto C-223/14: Tecom Micam S.L. c. José Arias Domínguez”, *La Ley Unión Europea*, núm. 34, febrero 2016. Igualmente, del mismo autor, véase, “Concepto de documentos extrajudiciales que deben ser objeto de una transmisión formal a los destinatarios residentes en otro Estado miembro”, 2016/88, TJ, Sala Primera, Sentencia de 11 noviembre 2015, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, Tomo XVI, 2016, pp. 1121-1125.

³⁶ Véase, en este sentido, L.F. CARRILLO POZO “Notificaciones extrajudiciales”, en L.F. CARRILLO POZO/M.J. ELVIRA BENAYAS, *Intrumentos procesales de la UE: los reglamentos sobre notificación y obtención de pruebas*, ed. Comares, 2012, p. 124.

³⁷ Pese a lo “desconcertante” que puede parecer la reflexión anterior, no podemos olvidar que el Tribunal ha entendido que cualquier documento privado deberá ser notificado o transmitido porque ello incide en el “buen funcionamiento del mercado interior”. El Tribunal considera que los supuestos que pueden verse afectados serán principalmente aquellos que tengan un contenido “civil y mercantil” en el sentido del Reglamento Bruselas I bis. Olvida, sin embargo, que el Reglamento de notificaciones se aplica también al Derecho de familia, sucesiones, régimen económico matrimonial, alimentos... incluso a cuestiones para las que no existe aún un reglamento como podría ser la filiación. ¿Sería posible utilizar el Reglamento para comunicar a un progenitor –mediante una carta o un email- la existencia de un hijo –con pruebas de que ello tiene una base jurídica- y lo conveniente de alcanzar un acuerdo antes de iniciar un procedimiento judicial aunque ello no afecte “al buen funcionamiento del mercado interior”?

³⁸ En este sentido, A. GUTIÉRREZ CARDENETE, “Aplicación del Reglamento (CE) n° 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE)

III. Los documentos privados: Convenio de La Haya de 1965 y Ley de cooperación jurídica internacional de 2015

25. Tras la interpretación del Tribunal de Justicia del concepto “documentos extrajudiciales”, creemos conveniente analizar la respuesta que el Convenio de La Haya de 1965 -como modelo en el que se inspiró el Reglamento- y nuestra reciente Ley de Cooperación jurídica internacional en materia civil a la notificación de documentos privados –si es posible o no conforme a estas normas-.

26. Al igual que el Reglamento de notificaciones, el Convenio de La Haya tiene por objeto la notificación o traslado de documentos judiciales o extrajudiciales. El Convenio se aplica a los documentos que emanan de una autoridad judicial o de quienes pueden tener una categoría asimilada a oficiales públicos, es decir, los notarios³⁹. En aquellos sistemas donde esta asimilación no se produce, los documentos notariales no pueden ser transmitidos conforme el Convenio⁴⁰. Se excluye, por tanto, la opción de notificar o trasladar documentos privados en los que intervenga algún tipo de autoridad pública.

27. Por su parte, el art. 28 de la Ley de Cooperación jurídica internacional establece que los documentos extrajudiciales que pueden notificarse o dar traslado son los autorizados o expedidos por notario, autoridad o funcionario competente. Estos podrán ser remitidos a través de la Autoridad Central o de forma directa⁴¹.

28. Por lo que se refiere a los documentos expedidos por notarios, la Ley se remite a los artículos 201 y siguientes del Reglamento Notarial relativos a las actas de notificación.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta la sentencia Tecom⁴² y la posibilidad de utilizar el art. 200 del Reglamento Notarial para dar cabida a la transmisión de documentos privados a través de las actas de remisión de documentos⁴³.

nº 1348/2000 del Consejo. Estudio Doctrinal”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2194, Diciembre 2016, p. 41 con las consecuencias que derivan respecto a la posición española lo que obligaría a realizar las modificaciones oportunas “en orden a especificar el cauce de transmisión y recepción de documentos extrajudiciales por los notarios españoles”. Esta necesaria revisión ya se había puesto de manifiesto en relación al asunto Roda Golf. Así J.L. PARRA GARCÍA, “Retos notariales tras “Roda Golf””, *Escritura pública*, 2009, p. 41: “bien podemos decir desde ya que su formulación y resolución invitan a una urgente revisión de la posición de España sobre los actos de comunicación internacional (...) De otra parte, en lo que a documentos extrajudiciales (notariales) se refiere, es más que aconsejable acompañar la declaración española a las competencias y funciones que en este ámbito están felizmente ya otorgadas a los notarios españoles. La designación de los organismos transmisores y receptores, los cuales, según el artículo 2, apartados 1 y 2, de dicho reglamento, pueden ser «funcionarios públicos, autoridades u otras personas», es competencia de los Estados miembros. Por lo tanto, la sentencia –de alguna manera– invita a España a designar como organismos transmisores o receptores, a efectos de la notificación y traslado de documentos extrajudiciales, a autoridades distintas de los Secretarios Judiciales como los notarios. Y ¿por qué no?... conclusiones parecidas deberíamos poder extraer para el convenio hermano del Convenio de 15 de noviembre de 1965 de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado”.

³⁹ En este sentido, véase “Rapport de la commission spéciale présentée par M. Vasco Taborda Ferreira” *Conférence de La Haya de droit international privé – Actes et documents de la Dixième session – Tome III- Notification*. La Haya, 1965, p. 108 sobre el art. 20 del proyecto: “Mais la convention ne pourra être appliquée qu’ à la transmission internationale des actes émanant d’ autorités, on officiers ministériels d’ un Etat contractant agissant ès-qualité” (...). Il faut noter que les notaires son inclus dans la catégorie des officiers publics et ils persons par exemple à un cas pratique, celui de la notification para un notaire d’ un projet de mariage d’ un enfant mineur au père ou à la mère qui refuse de donner son consentement et qui reside à l’ étranger”. Por ello: “Il a été décidé que la convention ne devrait pas être appliquée s’ il n’ y avait pas, à l’ origine, un acte d’ une entité officielle qui puisse effectuer un tri ou un contrôle”.

⁴⁰ Cuando el notario no es considerado como autoridad pública “on a été d’ avis que ses actes ne pourront pas être pris en consideration por les effets de la convention”. Así en “Rapport explicatif de M. V. Taborda Ferreira”, *Conférence de La Haya de droit international privé – Actes et documents de la Dixième session – Tome III- Notification*. La Haya, 1965 p. 380.

⁴¹ Téngase en cuenta, además, los artículos 43, 44 y 46 del Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE, DO núm L 257, 28 agosto 2014.

⁴² Véase, entre otros, M.P. DIAGO DIAGO, “Art. 28. Documentos extrajudiciales”, por, en AA.VV. *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, F.P. Méndez González/ G. Palao Moreno (dirs.), ed. Tirant lo Blanch, 2017, pp. 338 y ss (esp. p. 342)

⁴³ Véase el art. 201 del Reglamento Notarial. Los artículos 199 y 200 del Reglamento Notarial se refieren a las “actas de

IV. Conclusiones

29. El Tribunal de Justicia, en aras al buen funcionamiento del mercado interior y de la creación de un espacio de cooperación judicial en materia civil, ha ampliado los supuestos en los que el Reglamento de notificación puede utilizarse para la notificación o traslado de documentos extrajudiciales. Ya no es necesario que exista un proceso judicial pendiente (Roda) ni que se utilicen los mecanismos de transmisión previstos en un orden concreto o que pueda excluirse entre sí (Alder) o que se trate de documentos emitidos por una autoridad judicial o una autoridad pública no judicial para los documentos extrajudiciales sino que pueden transmitirse, conforme al Reglamento, documentos privados en los que no haya intervenido ninguna autoridad o responsable público (Tecom). Pero ello no significa que pueda notificarse cualquier documento privado sino sólo aquellos en los que su transmisión formal es necesaria “para el ejercicio, la prueba o la salvaguardia de un derecho o de una pretensión jurídica en materia civil o mercantil”.

30. No obstante, esta delimitación no se considera suficiente –por algunos- para evitar un uso abusivo del Reglamento y una saturación de los órganos receptores y transmisores cuando sean, como es el caso español, los mismos para la notificación judicial que extrajudicial.

31. No debe olvidarse que para utilizar el Reglamento es necesario, en todo caso y con carácter preceptivo, el uso de los formularios. Ello requiere completar con justificación los distintos previstos en ellos así como cumplir con los requisitos de traducción de los documentos a notificar.

32. Es cierto que con los elementos establecidos por el Tribunal –más los requisitos formales del Reglamento- las opciones de notificación de documentos privados es muy amplia y puede ir desde reclamaciones de cantidad –para el cumplimiento voluntario y evitar así procedimientos judiciales- por los daños ocasionados tras la renuncia unilateral del contrato de agencia (Tecom) a las cartas de amor (o desamor) –que se han puesto como ejemplo “patológico” de esta interpretación extensa- en la que se promete la donación de un bien o se indica el reparto o asignación de un bien concreto. Pero también debe considerarse que el fin de esta interpretación es “el buen funcionamiento del mercado interior” y esta finalidad también debe ser tomada en consideración para interpretar si se trata o no de un documento privado notificable conforme a lo previsto en el Reglamento.

33. Por último, los asuntos Roda y Tecom han puesto de relieve la necesidad de que en nuestro ordenamiento se introduzcan cambios en relación a los mecanismos de transmisión previstos en el Reglamento de notificación y que los diferencie según se trate de documentos judiciales y extrajudiciales. Ello, además, debería producir ciertos ajustes en nuestra Ley de Cooperación jurídica internacional que parte de ese modelo unitario de notificación y traslado de documentos para evitar situaciones no deseables.⁴⁴

presencia”. El art. 199 del Reglamento Notarial establece que “Las actas notariales de presencia acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización”. Por su parte, el art. 200 extiende estas actas de presencia a “1.º La entrega de documentos, efectos, dinero u otras cosas, así como los ofrecimientos de pago. El texto de estas actas comprenderá, en lo pertinente, la transcripción del documento entregado, la descripción completa de la cosa, la naturaleza, características y notas individuales de los efectos; 2.º El hecho de la existencia de una persona, previa su identificación por el notario; 3.º La exhibición al notario de documentos o de cosas con el fin de que, examinados, los describa en el acta tal y como resulten de su percepción...”

⁴⁴ Entre otros, véase J.J. CUEVAS CASTAÑO, “Notificaciones y requerimientos que deban practicarse en el extranjero”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 55, mayo-junio 2014, <http://www.elnotario.es/practica-juridica/3741-notificaciones-y-requerimientos-que-deban-practicarse-en-el-extranjero>. Este autor indica la necesidad de coherencia en las soluciones para evitar que puedan realizarse notificaciones en el extranjero que no sea posible realizar en supuestos puramente internos.

LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LOS DICTÁMENES DE COMITÉS INTERNACIONALES: LA STS 1263/2018, UN IMPORTANTE PUNTO DE INFLEXIÓN

THE APPLICATION IN SPAIN OF THE OPINIONS OF INTERNATIONAL COMMITTEES: STS 1263/2018, AN IMPORTANT TURNING POINT

CESÁREO GUTIÉRREZ ESPADA

*Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

Recibido: 03.09.2018 / Aceptado: 06.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4406>

Resumen: La STS 1263/2018, de 17 de julio, acepta la aplicación en España del dictamen de un comité internacional creado en el marco de un tratado de derechos humanos del que España es parte y respecto del que aceptó expresamente la competencia de dicho comité para pronunciarse sobre reclamaciones individuales. Y de conformidad con su dictamen, condena al Estado al pago de una indemnización como reparación de los daños morales causados a la recurrente. El TS, con su sentencia, rompe con la situación anterior y acepta la relevancia en nuestro Derecho interno de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país en materia de derechos y libertades fundamentales de la persona. Bienvenida sea.

Palabras clave: efecto en España de los dictámenes de Comités internacionales, Ángela González Carreño, responsabilidad patrimonial de la Administración.

Abstract: The STS 1263/2018, of July 17, accepts the application in Spain of the opinion of an international committee created by a treaty of Spain is part, committee in respect of which our country expressly accepted its competence to resolve individual claims. And in accordance with its ruling, it condemns the State to pay compensation as reparation to the appellant for the moral damages suffered. With this sentence, our TS breaks with the previous situation and accepts the relevance in our national Law of the international commitments of Spain on rights and fundamental liberties of the person. Welcome, be it.

Keywords: effect in Spanish of the opinions of international committees, Angela Gonzalez Carreño, patrimonial responsibility of the admnistration.

Sumario: I. El caso González Carreño. 1. Las desventuras de doña Ángela González Carreño. 2. El Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. 3. España es parte en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y en su Protocolo Facultativo (1999). 4. España, su Gobierno y sus jueces, hasta la STS 1263/2018, se negaron a cumplirlo. 5. Y sin embargo (...). II. Su resolución a la luz de la jurisprudencia anterior. 1. la respuesta más simple (no son resoluciones judiciales obligatorias) (...). 2. pasa por alto reflexiones jurídicas de importancia. A. Las obligaciones (de comportamiento) de los Estados Partes en esos tratados. B. Las obligaciones de los Estados Partes que aceptan la competencia de esos Comités. C. El alcance e importancia del artículo 10.2 de la Constitución Española. III. La STS 1263/2018, de 17 de julio, un importante punto de inflexión. IV. Conclusión.

I. El caso González Carreño

1. Las desventuras de doña Ángela González Carreño¹

1. Doña Ángela González Carreño pasó ocho años terribles en su vida (1996-2003). Violencia física y psicológica en su matrimonio, órdenes de alejamiento, divorcio, sufrimiento personal y por su hija, procesos judiciales, régimen de visitas presenciales, vigiladas y no vigiladas por los servicios sociales del que luego fue asesino y suicida (...); hasta lo más horrible de todo: el asesinato de su hija por su ex marido y el suicidio de éste².

El 23 de abril de 2004, la Sr. González Carreño presentó ante el Ministerio de Justicia una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de su Administración de Justicia, alegando negligencia por parte de las autoridades administrativas y judiciales.

El 3 de noviembre de 2005 el Ministerio rechazó su reclamación sobre la base de que el régimen de visitas establecidos por los jueces había sido correcto y que si la reclamante no estaba de acuerdo debía alegar un error judicial ante el TS, y sólo sin éste lo acordaba así podría efectuar la reclamación pertinente. El 15 de diciembre de 2005 la reclamante presentó un recurso de reposición ante el Ministerio de Justicia que fue rechazado el 22 de diciembre por los mismos motivos.

El 14 de junio de 2007 doña Ángela presenta un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia nacional, solicitando que se reconociera por esta el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: los tribunales acordaron un régimen de visitas sin supervisión que no era adecuado, siguiendo los informes de los servicios sociales y del Ministerio Fiscal. La Audiencia Nacional rechazó el recurso el 10 de diciembre de 2008.

El 23 de febrero de 2009, la autora recurre en casación ante el TS, que desestima el recurso el 15 de octubre de 2010.

El 30 de noviembre de 2010, la Sra. González Carreño recurre en amparo ante el TC, alegando la violación de sus derechos constitucionales a un recurso efectivo, a la vida e integridad física y moral, a la seguridad, a no ser sometida a tortura ni a tratos o penas crueles o degradantes y a su igualdad ante la ley. El 13 de abril de 2011 el TC rechazó el amparo por no considerar el recurso al mismo relevante desde un punto de vista constitucional.

2. El 18 de julio de 2014 el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que nuestro país ha violado determinados artículos de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*infra* apartado 2).

3. No puede decirse que la Administración de Justicia de España se haya desentendido del tema, pero el Dictamen del Comité es el que es y en él se apunta una línea de reflexión que ve en el trato dado por el Derecho español al caso de doña Ángela González Carreño una filosofía subyacente que alerta sobre una actitud de conjunto discriminatoria contra los derechos de la autora en su relación con los de su cónyuge varón.

Volveré sobre el tema (*infra* apartado 5), pero hay indicios que apuntan a que el Dictamen del Comité puede acercarse a la realidad de los hechos.

¹ Sobre este caso de Ángela González Carreño, *vid. ad ex.* R. ABRIL STOFFELS "The 'effectiveness' of CEDAW Committee González Carreño v. Spanish", *Spanish Yearbook of International Law*, 2015, pp. 365-372 (estudio cuya esencia última podría verse en su p. 366, cuando su autora califica de "completamente descorazonadoras" [*completely disheartening*] las consecuencias reales del Dictamen del Comité...).

² *Vid.* la relación de hechos que recoge el Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (creado por la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer [*infra* nota 9]), adoptado por el Comité en su 58º período de sesiones (30 de junio a 18 de julio de 2014), CEDAW/C/58/D/47/2012, 15 agosto 2014, pp. 1-20 (pp. 3-7, párrafos 2.1-2.17)

2. El Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

4. El Comité considera que el Estado español no guardó la debida diligencia, dados los hechos y circunstancias del caso, para proteger a la autora y a su hija, en una situación de violencia doméstica continuada, de los posibles riesgos.

5. En primer lugar, rechaza la alegación del Estado de que nada hacía presagiar un peligro para la vida o salud física o síquica de la menor. Las razones del Comité para justificar su opinión son, a mi juicio, convincentes.

Destacaré sólo una, un informe psicológico de 24 de septiembre de 2001 observaba respecto del marido de Doña Ángela González Carreño:

“un trastorno obsesivo-compulsivo, con rasgos celotípicos y una tendencia a distorsionar la realidad que podría degenerar a un trastorno similar al paranoide”³.

6. Asimismo considera que la decisión de permitir las visitas presenciales no vigiladas del padre a la hija vulneró el principio de la diligencia debida:

- “Se tomó sin las necesarias salvaguardias y sin tener en consideración que el esquema de violencia doméstica que caracterizó las relaciones familiares durante años, no contestado por el Estado Parte, aún estaba presente”⁴.
- Y personalmente destacaría la afirmación del Comité de que “la decisión mediante la cual se pasó a un régimen de visitas no vigiladas fue adoptada sin previa audición de la autora y de su hija”⁵.

7. El Comité entiende que estas decisiones (en particular la de suprimir las visitas presenciales vigiladas [lo que, a la postre, recuerdo yo, pudo facilitar el trágico desenlace]) se tomaron en el marco de:

“un patrón de actuación que obedecía a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de la madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad”⁶.

8. La falta de debida diligencia y la aplicación estereotipada del régimen de visitas implicaron la violación de los derechos reconocidos por la Convención sobre la eliminación de todo tipo de discriminación contra la mujer (artículos 2, a, d, e y f; artículo 5, a y artículo 16.1.d).

Asimismo, la violencia ejercida contra Ángela González Carreño menoscabó o anuló sus derechos humanos y libertades fundamentales y, por tanto, la discriminó⁷.

9. Por todo ello, el Comité, en relación con la solicitante, formuló al Estado española las recomendaciones siguientes:

- “Otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos”.
- “Llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija”⁸

³ Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (creado...) cit. (nota 2), p. 17, párrafo 9.3.

⁴ *Ibidem*, p. 18, párrafo 9.5.

⁵ *Ibidem*, p. 17, párrafo 9.4.

⁶ *Ibidem*, p. 17, párrafo 9.4.

⁷ OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR RIGHTS: La violencia contra la mujer: 29/01/92. CEDAW Recom. General.19. (General Comments). Recomendación general núm. 19, párrafos 6, 7 Y 9.

⁸ Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (creado...) cit. (nota 2), p. 19, párrafo 11.

3. España es en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y en su Protocolo Facultativo (1999).

10. Nuestro país ratificó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer el 13 de diciembre de 1983⁹, estando pues vinculado por sus disposiciones, en particular por su artículo 2 (*infra* párrafo 21).

11. Asimismo, el Estado español ratificó el Protocolo Facultativo de la Convención¹⁰, estando pues vinculado por sus disposiciones (*infra* párrafos 24 ss.).

4. España, su Gobierno y sus jueces, hasta la STS 1263/2018, se negaron a cumplirlo

12. La Administración de Justicia española ha rechazado la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de su Administración de Justicia de doña Ángela González Carreño en cuatro ocasiones:

- El 3 de noviembre de 2005 lo hizo el Ministerio de Justicia.
- El 10 de diciembre de 2008 la Audiencia Nacional.
- El 15 de octubre de 2009 el TS.
- Y el 13 de abril de 2011 el TC (*vid. supra* párrafo 1).

13. Tras el Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, adoptado en su 58º período de sesiones (2014) (*supra* párrafos 4-9), España ha negado de nuevo, hasta hoy, por dos veces, la solicitud de la reclamante.

El 28 de julio de 2015 el Ministerio de Justicia rechaza la solicitud, basándose en el dictamen 218/2015 del Consejo de Estado, de 11 de junio; el eco mediático en España es inmediato¹¹. El Consejo de Estado entiende, entre otras consideraciones, que el Dictamen del Comité no tenía carácter vinculante, ni constituía una interpretación auténtica del Convenio para la Eliminación de todo tipo de Discriminación contra la Mujer¹².

Doña Ángela González Carreño presentó, asimismo, el 16 de octubre de 2014, un recurso extraordinario de revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional contra la resolución del Ministerio de Justicia de 3 de noviembre de 2005 que desestimó su reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de su Administración de Justicia. La Audiencia Nacional emitió su sentencia el 25 de abril de 2016¹³. En ella, la Sala considera sin más que no se puede interponer un recurso de revisión en un procedimiento en el que ya ha habido resoluciones judiciales firmes (*res iudicata*)¹⁴.

⁹ BOE de 21 de marzo de 1984. Y lo hizo con una sola reserva: “la ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española”.

¹⁰ BOE de 9 de agosto de 2001.

¹¹ EUROPAPRESS: “El Ministerio de Justicia no indemnizará a Ángela González, cuya hija fue asesinada por su padre maltratador”, 28/07/2015 (<http://www.europapress.es>).

¹² Sobre el Dictamen del Consejo de Estado *vid.* la reflexión de J.F LOUSADA AROCHENA, “El caso González Carreño contra España”, *AEQUALITAS* 2015 (núm. 37), ISSN: 1575-3379, pp. 6-15 (p. 12).

¹³ Resolución núm. 312/2016 (ROJ: SAN 1528/2016-ECLUJ: ESAN: 2016:1528), ponente Francisco Díaz Fraile.

¹⁴ Así la ha interpretado también, por ejemplo, A. BLAS GÓMEZ, (Abogada de lo Civil): “La Audiencia Nacional exculpa al Estado español, a pesar de la condena expresa de la ONU, en un caso de violencia de género”, *Legaltoday*, Penal, 22 de junio de 2016, pp. 1-2 (p. 2) (<http://www.legaltoday.com>) (“la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional... no entra en el fondo del asunto... limitándose a ofrecer una suerte de confusos argumentos procesales, entendiéndose que no se puede interponer un recurso administrativo de revisión en un procedimiento en el que han recaído resoluciones judiciales firmes con categoría de cosa juzgada”).

5. Y sin embargo (...).

14. Y, sin embargo, veo (es mi sincera opinión) indicios claros en los hechos que sucedieron antes del desenlace final de la muerte de la pequeña Andrea, de que la decisión de suspender las visitas presenciales vigiladas del padre no se adoptó (y en esa decisión se incluyen tanto los servicios sociales como los jueces que decidieron) con la atención y diligencia necesarias dadas las circunstancias, decisión que a la postre facilitó lo ocurrido; y si se hizo así pesó en esta decisión, como se deduce de los informes de los servicios sociales y a la postre de las decisiones judiciales, la idea de mantener a toda costa la igualdad formal del madre y del padre (pese a la conducta abusiva de este y los deseos manifestados reiteradamente por la niña). Percibo, decía, la presencia de tales riesgos en dicha toma de esa decisión que me parece razonable el que la madre de la niña muerta viera un funcionamiento anormal en la administración que de la Justicia se le debía como persona. Permítaseme que seleccione tres hechos:

- Doña Ángela González Carreño, en el marco del procedimiento relativo a la guardia y custodia de Andrea, solicitó un examen psicológico de la niña. El juzgado correspondiente pidió su comparecencia el 11 de diciembre de 2000. En ella, Andrea manifestó que no le gustaba estar con su padre “porque no la trataba bien”.
- Durante los meses sucesivos a la decisión del juzgado de 17 de junio de 2002, rechazando la apelación de la autora del auto de juzgado núm. 1 de Navalcarnero, del 6 de mayo anterior, en que tuvieron lugar las visitas no vigiladas, los servicios sociales emitieron varios informes en los que se comunicaba el deseo de Andrea, la niña, de no pasar más tiempo con su padre, y que era probable se dieran situaciones inadecuadas y comentarios confusos del padre a la menor, siendo muy importante, siendo necesario, un seguimiento continuado del régimen de visitas.
- Finalmente, el 24 de abril de 2003, al término de una audiencia judicial, cuando la autora salía del edificio su cónyuge se acercó a ella y le dijo que le quitaría lo que más quería¹⁵.

15. Incluso quienes, como el magistrado del TSJ de Galicia, José Fernando Lousada, considera que en aplicación del Derecho español vigente no es posible dar cumplimiento al Dictamen del Comité por los tribunales españoles (*vid. infra* párrafo 16), lo “ve”, “comprende” la decisión que la justicia material demanda en este asunto:

“¿Por qué el Estado Español ratifica el Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW si después no va a cumplir sus recomendaciones?, ¿por qué el Estado español se molesta en defenderse frente a las comunicaciones si considera que no le vinculan las decisiones del CEDAW?, ¿Dónde está la lógica de que en el protocolo Facultativo se exija agotar las vías internas cuando esas vías internas, precisamente por haberse agotado y haber recaído sentencias firmes, son inatacables por lo que resuelva el CEDAW?”¹⁶.

16. ¿No es posible entonces tener en cuenta el Dictamen del Comité, en su propuesta sobre la reclamación que ante él presentó la actora, sin una reforma legislativa? Hay quien lo ve así, sobre la base de que no puede exigirse a la Administración de Justicia Española, en palabras del Dictamen del Consejo de Estado 218/2015, de 11 de junio, reconocer “el derecho a una indemnización sin exigir la previa declaración judicial de error, en contra de lo previsto en el artículo 293 de la LOPJ y de la jurisprudencia uniforme que lo aplica –tanto para mujeres como para hombres– sobre la base del artículo 117 de la Constitución”. Así, el magistrado José Fernando Lousada antes citado entiende que:

“(...) No existe en nuestro ordenamiento jurídico interno un procedimiento que permita dar validez a los dictámenes del CEDAW, con lo cual (...) la situación excede de lo jurídico, y entra en el campo de una

¹⁵ Dictamen adoptado por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer... cit. (nota 2), pp. 4 (párrafo 2.8), 5-6 (párrafos 2.13 y 2.15) y 6 (párrafo 2.16).

¹⁶ J.F. LOUSADA AROCHENA, “El caso González Carreño contra España” cit. (nota 12), p. 15.

decisión política que, a través de las oportunas modificaciones legales diese eficacia en el derecho interno a los dictámenes del CEDAW permitiendo, en su caso, la revisión de las sentencias firmes y que, además, lo hiciese con carácter retroactivo para dar cabida a los que se ha decidido a favor de la Sra. González Carreño¹⁷.

Reforma legislativa, dicho sea por lo demás, que el magistrado reclama:

“Naturalmente, el Estado español siempre puede no hacer nada, e incluso –y más radicalmente– puede denunciar o desvincularse de dicho Protocolo. Pero no parece que esa pasividad, o incluso marcha atrás, sea la solución más coherente con la circunstancia de haber ratificado en su momento oportuno el Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW. Ni tampoco sería la solución más ejemplar si consideramos el valor de los derechos fundamentales que sustentan un Estado que se diga democrático¹⁸.”

¿Necesaria, por tanto, una reforma legislativa *ad hoc* para poder dar cumplimiento a los Dictámenes de estos Comités, como el, en este caso concreto, de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer?

¿No sería suficiente apoyarse sin más en el artículo 10.2 de la Constitución Española vigente? (*vid. infra* II.2.C).

II. Su resolución a la luz de la jurisprudencia anterior

1. La respuesta más simple (no son resoluciones judiciales obligatorias) (...).

17. Hay quien defiende que la negativa por parte de los órganos españoles a la ejecución tanto de las sentencias del TEDH como de las decisiones (dictámenes, informes, observaciones...) de los órganos internacionales de control (Comisiones o Comités) establecidos por los tratados sobre derechos humanos cuya competencia para pronunciarse haya sido aceptada por España, supone el incumplimiento de una obligación internacional por nuestro país que conlleva, asimismo, el de la Constitución Española en lo que a los principios de legalidad y jerarquía normativa se refiere (artículo 9.3 de la misma), dado que en ella se establece que los tratados internacionales a los que España se haya vinculado (incluidos, claro es, los relativos a los derechos humanos) forman parte, una vez publicados oficialmente en España, del Derecho interno y tienen un rango jerárquico supralegal (artículo 96.1 CE)¹⁹.

Más allá de las reflexiones que haré seguidamente, me interesa ahora detenerme en el tema de que esta posición equipara las sentencias (por ejemplos las del TEDH) con las decisiones de los órganos internacionales de control (por ejemplo, las del Comité de Derechos Humanos establecido por el Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas) en esta materia. Y esto merece una primera reflexión.

18. ¿Son equiparables sin más las sentencias de un tribunal (el TEDH en nuestro caso), que el Convenio de Roma (1950) considera obligatorias para los Estados miembros²⁰ con las decisiones de los órganos internacionales establecidos en los tratados de derechos humanos respecto de los cuales sus Estados partes no califican de obligatorias?

Más allá de los deseos personales de quien se ocupe del tema, es razonable una duda inicial sobre la pertinencia de esta asimilación desde una perspectiva estrictamente técnico-jurídica. Como la

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ad ex.* C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités”, en C. ESCOBAR HERNÁNDEZ/ A. PASTOR PALOMAR (Coords.): *Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI*, vol. 2, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2009, pp. 179-198.

²⁰ Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (texto refundido con dos protocolos adicionales al mismo), *BOE* 6 de mayo de 1999 (artículo 46. *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias*. “1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2. La sentencia definitiva será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”).

STC 70/2002, de 7 de abril, expresa respecto de un dictamen del Comité de Derechos Humanos creado por el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas²¹:

“Las ‘observaciones’ que en forma de Dictámenes emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como directamente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia”²².

O nuestro TS algo después (STS 141/2015, de 11 de febrero, de la Sala 2ª de lo Penal), también respecto del Comité de Derechos Humanos, que ha visto en él un órgano “político”, “no jurisdiccional”:

“el mencionado Comité de Derechos Humanos de la ONU no tiene carácter jurisdiccional de modo que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear una doctrina o precedente que pudiera vincular a esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo”²³.

Debo añadir que la posición mantenida (que equipara las sentencias a los dictámenes de los Comités u otros órganos de control) se basa en que el Estado español ha aceptado la competencia de estos últimos para conocer de demandas o denuncias de particulares contra los Estados miembros²⁴. Parece claro que de no haber sido así, la cuestión del eventual incumplimiento de los dictámenes de esos Comités no se plantea como tal.

Es verdad, ciertamente, que el hecho de que nuestro país haya aceptado libremente la competencia de un Comité para pronunciarse sobre el fondo de las denuncias que otros Estados miembros o particulares presenten contra Estados miembros por violación de los derechos y libertades reconocidos por el tratado en cuestión, haría en principio incongruente que el Estado denunciado no aplicase el dictamen final al que llegara el Comité, muy en particular de ser condenatorio. Y sin embargo también es verdad que los Estados que libremente aceptan esa competencia del Comité lo hacen en el entendido y sabiendo que sus decisiones son formalmente puramente recomendatorias y no generan para él obligaciones exigibles jurídicamente.

De dar por definitivas las dudas iniciales, ¿no debería la conclusión, desde una perspectiva de estricta técnica jurídica, ser la siguiente?: la inaplicación por los órganos españoles de las decisiones de estos Comités no implicaría la violación de los tratados en cuestión ni, por tanto, de las normas constitucionales pertinentes.

19. Hay, no obstante, alguna otra reflexión a tener en cuenta antes de dar carpetazo a este asunto. En virtud del artículo 10.2 de la Constitución, los órganos del Estado:

“interpretarán las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de conformidad con (...) los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España”.

¿No parece por tanto exigible a los jueces y tribunales españoles, a la hora de aplicar el dictamen de un Comité internacional creado por uno de esos tratados, y cuya competencia ha reconocido libremente España, que considere que nuestro país ha incumplido tal o cual de los derechos de una persona relacionado en el tratado (derechos que la propia Constitución Española reconoce) tener en cuenta dicha opinión?

¿O debemos entender, como nuestro Tribunal Constitucional (STC 70/2002 cit., FJ 7) que esos “Dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica” del tratado? No me parece, éste, un argumento suficiente, y ello con base en las dos reflexiones que siguen:

²¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (*BOE* 30 de abril de 1977) y Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (*BOE* 2 de abril de 1985).

²² FJ 7 (*BOE*, 25 de abril 2002).

²³ FJ Segundo, párrafo 2.

²⁴ C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, “La ejecución de sentencias y decisiones...” cit. (nota 19), lo reitera en su Estudio (*vid.* sobre todo el apartado I del mismo)

- ¿Hasta qué punto es lógico, coherente si se prefiere, desde un punto de vista jurídico el que los órganos de un Estado parte en un tratado internacional sobre derechos humanos que ha aceptado expresa y libremente la competencia de un órgano dado para debatir y tomar decisiones en torno a las presuntas violaciones de los derechos debidos a una persona y regulados por el tratado, no acepte como “auténtica” la interpretación que de dicho tratado internacional lleve a cabo el Comité u órgano en cuestión?
- Y si estos Comités no pueden interpretar “auténticamente” dichos tratados, ¿a quién correspondería entonces esa facultad?²⁵

20. Sigamos, pues, reflexionando antes de decidir.

2. Pasa por alto reflexiones jurídicas de importancia

A. Las obligaciones (de comportamiento) de los Estados Partes en esos tratados

21. Más allá de la naturaleza jurídicamente vinculante o no de los “dictámenes”, es lo cierto que España se ha obligado internacionalmente a cumplir y hacer efectivos los derechos del ser humano de los tratados al respecto de los que es parte. El tenor literal de estos es muy claro; pongamos tres ejemplos:

Dice así el artículo 2 del Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos:

- “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto (...).
- 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto (...).”

En virtud del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁶:

- “1. Cada uno de los Estados partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...), hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
- 2. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian (...).”

Y de acuerdo con el artículo 2 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer²⁷:

“Los Estados Partes (...) se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por Ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio.
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer.
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los derechos del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y

²⁵ Vid. ad ex. P. TRINIDAD NUÑEZ, “La aplicación judicial en España de las decisiones de los órganos de base convencional de supervisión de los derechos humanos creados en el seno de Naciones Unidas”, en F. M^o. MARINO MENÉNDEZ, *La aplicación de los derechos humanos en el Derecho Español*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2009, pp. 329-349 (p. 341).

²⁶ Hecho en Nueva York, el 18 de diciembre de 1966 (BOE 30 de abril de 1977).

²⁷ Hecho en Nueva York, el 18 de diciembre de 1979 (BOE 21 de marzo de 1984).

de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

- d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades o instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.
- f) Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar Leyes, Reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer.
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer”.

España y todos sus órganos deben cumplir esas obligaciones. Y de no hacerlo cometería un hecho internacionalmente ilícito.

Y a tales concretos efectos, es irrelevante que dichas obligaciones sean de mero comportamiento y no de resultado.

22. Con todo, las obligaciones de comportamiento son indeterminadas, en la medida en que no hay un plazo jurídicamente fijado para actuarlas.

También, podría decirse, son inconcretas o imprecisas en lo que atañe al contenido en particular de los diversos derechos que el tratado en cuestión reconozca.

Desde esta estricta perspectiva, y a falta de concreciones, es entendible que los órganos judiciales de un Estado sean reacios a interpretar, para su aplicación a un caso concreto que deban resolver, si ha habido o no violación del tratado en la particular instancia que tienen entre manos. Y ello, incluso, pese al tenor del artículo 10.2 de la Constitución.

23. Cuestión distinta es, pienso yo, cuando los Comité u órganos de control establecidos por el tratado pertinente, respecto de los que España ha aceptado su competencia, interpretan expresamente (Observaciones, Observaciones Generales) el contenido concreto de tal o cual de los derechos y libertades reconocidos por el tratado.

Y (*a fortiori*) sería el caso, pienso también, de los “dictámenes” de esos Comités cuando conocen de las denuncias presentadas por los particulares contra Estados partes en el tratado y que además han aceptado la competencia de dicho órgano.

Tanto en uno como en otro caso, la relevancia del artículo 10.2 de la Constitución española vigente sería, a mi juicio, una cuestión importante, merecedora de una muy atenta consideración.

B. Las obligaciones de los Estados Partes que aceptan la competencia de esos Comités

24. Los Comités u órganos *ad hoc* creados por la generalidad de los tratados sobre derechos humanos suelen configurarse como órganos técnicos, integrados por expertos independientes designados a título individual. Sus integrantes no pueden recibir instrucciones de sus Gobiernos, ni de ningún otro órgano u organización, nacional o no.

En su funcionamiento (sesiones, procedimientos, toma de decisiones, análisis de informes y quejas individuales...), es común establecer garantías para asegurar la objetividad e imparcialidad de sus miembros.

Estos órganos hacen recomendaciones generales respecto de los informes que deben enviar los Estados miembros del tratado correspondiente. Recomendaciones (Observaciones generales) que operan en la práctica como un dictamen jurídico general que el Comité expresa sobre el significado de los artículos del tratado, precisando, concretando o aclarando su contenido (por ejemplo, la Observación General núm. 33 del Comité de Derechos Humanos creado por el Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos)²⁸.

²⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS: Observación General núm. 33. Obligaciones de los Estados Partes con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptada en el 94º periodo de sesiones del Comité (Ginebra, 12 a 31 de octubre de 2008), Naciones Unidas, CCPR/C/GC/33, 25 de junio de 2009, pp. 1-5.

Y lo mismo ocurre con los dictámenes con que dichos órganos responden a las quejas o comunicaciones individuales que personas físicas o jurídicas bajo la jurisdicción de los Estados partes en el tratado pueden enviarles cuando consideran violados sus derechos. En estos casos, los Comités “funcionan” como órganos cuasi-judiciales, respetando los principios de contradicción, motivándose la decisión pertinente y haciéndose estas públicas²⁹ En suma, que se conforma una “especie de jurisprudencias” o “guía” sobre el contenido concreto de los derechos relacionados, que constituye referencias de enorme interés para los Estados partes y sus órganos. Y es importante advertir que en todos estos casos, el Comité en cuestión sólo puede conocer de reclamaciones de personas físicas o jurídicas que se hallen bajo la jurisdicción de Estados que son partes en el tratado en cuestión y que han aceptado expresa y libremente la competencia del Comité para realizar esa función. Así:

- En virtud del Protocolo Facultativo al Pacto de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos: “el Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el Presente Protocolo” (artículo 1)³⁰.
- En el mismo sentido, el Protocolo Facultativo del pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 10 de diciembre de 2008³¹: “El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado parte en el Pacto que no sea Parte en el presente Protocolo” (artículo 1.2).
- O, en fin, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, de 6 de octubre de 1999³²: “(...) el Comité no recibirá comunicación alguna a un Estado Parte en la Convención que no sea parte en el presente Protocolo” (artículo 3).

25. ¿Acaso no llevan a cabo estos Comités, cuando aclaran el contenido de los tratados pertinentes (en sus Observaciones) o reciben quejas o comunicaciones individuales (en sus Dictámenes), una interpretación “oficial”, “auténtica” del contenido en cuestión de los derechos o libertades reconocidos en el tratado?

26. En suma, cuando un Estado es parte en un tratado internacional sobre derechos humanos, este ha creado un Comité u órgano con competencias para interpretarlo y aún resolver quejas individuales (y ese Estado acepta formal y expresamente la competencia de estos Comités para llevar a cabo esa tarea), ¿qué otra cosa puede entenderse sino que el Estado asume que las interpretaciones que sobre los derechos y libertades reconocidos en el tratado en cuestión ese Comité realice (ya sea mediante Observaciones generales ya mediante Dictámenes) son “auténticas”.

Y, en definitiva, ¿qué otra cosa cabe pensar sino que ese Estado acepta que las interpretaciones de dichos Comité u Órganos internacionales no son sino emanaciones que aclaran, precisan y dan luz sobre los compromisos que él ha asumido libremente con su decisión de prestar su consentimiento definitivo a ese tratado; y, por tanto, relevantes desde la perspectiva que nos ofrece el artículo 10.2 de la vigente Constitución Española? (*infra* letra C)³³.

Pero permíteme, lector, que acabe de remachar este clavo con un párrafo más.

²⁹ *Vid. ad ex.* los artículos 2-5 del Protocolo Facultativo al Pacto de Derechos Civiles y Políticos (cit. *supra* nota 21), el artículo 3 del Protocolo Facultativo al Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (BOE 25 de febrero de 2013) o los artículos 3 a 10 del Protocolo Facultativo a la Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (BOE 9 de agosto de 2001).

³⁰ Para los textos de Pacto y Protocolo Facultativo *supra* nota 21.

³¹ Protocolo cit. *supra* (nota 29).

³² Protocolo cit. *supra* (nota 10).

³³ No soy el único. En el mismo sentido, en esencia, por ejemplo: C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ / F. JIMÉNEZ GARCÍA, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, p. 27; C. VILLÁN DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Trotta, Madrid, 2006, p. 238; o, en fin, P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12/2012 (Segunda Época), versión electrónica: www.rej.ujiaen.es, pp. 1-24 (pp. 21-23).

27. Que el Comité de Derechos Humanos, por ejemplo, creado por el Pacto de Derechos Civiles y políticos de Naciones Unidas, cuando resuelve “comunicaciones de individuos que se hallan bajo (su) jurisdicción... y alegan ser víctimas de una violación... (artículo 1 del Protocolo Facultativo) y “presentan sus observaciones al Estado Parte interesado y al individuo” (artículo 5.4), realice una interpretación concreta y directa (auténtica pues) del Pacto mismo, es precisamente lo que pretenden los Estados partes en el Protocolo Facultativo, y en su Preámbulo (los preámbulos de los tratados, como es sabido, pueden utilizarse en Derecho internacional como elementos interpretativos del tratado en cuestión)³⁴ se dice:

“los Estados partes en el presente Protocolo consideran(do)...que facultar al Comité de Derechos Humanos establecido en la parte IV del pacto (...) para recibir y considerar (...) comunicaciones de individuos (...) asegura mejor el logro de los propósitos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos (...) y la aplicación de sus disposiciones”.

Y lo mismo puede afirmarse del, por ejemplo, Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Afirma, así, el párrafo sexto del Preámbulo de dicho Protocolo:

“Considerando que para asegurar mejor el logro de los Propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones, sería conveniente facultar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (...) para desempeñar las funciones previstas en el presente Protocolo (...).

Y, en fin, y como último ejemplo, los Estados partes en el Protocolo Facultativo al Convenio para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer:

- Reconocen la competencia del Comité que se crea “para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2”.
- Aceptan que cualquier “persona o grupo de personas que se hallan bajo jurisdicción de un Estado Parte y que alegue ser víctima de una violación de ese Estado parte de cualquier de los derechos enunciados en la Convención (...)” le presente sus reclamaciones o comunicaciones (artículo 2).
- Y asumen el que el Comité, tras la consideración de las mismas, haga llegar “sus opiniones (...), conjuntamente con sus recomendaciones si las hubiere, a las partes interesadas (...)” (artículo 7.3).

C. El alcance e importancia del artículo 10.2 de la Constitución Española³⁵

28. Este artículo implica que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España cumplen en el Derecho español una doble función:

- Una, como todo tratado vinculante para nuestro país, forman parte del Derecho español tras su publicación en el *BOE*.
- Y dos, constituyen, en expresión de Alonso García, “fuente interpretativa-integradora” del propio texto constitucional³⁶.

El artículo 10.2 opera esta capacidad “integradora” cara al futuro, como afirmó González Campos³⁷; y de este modo, determina y amplía el contenido de los derechos y libertades constitucionales con nuevas dimensiones.

³⁴ Vid. ad ex. C. GUTIÉRREZ ESPADA/ M^a. J. CERVELL HORTAL, *El Derecho Internacional en la encrucijada. Curso General de Derecho Internacional Público*, Trotta, Madrid, 2017 (4^a ed. renovada y actualizada), p. 177 (párrafo 16).

³⁵ Vid. ad ex. C. GUTIÉRREZ ESPADA/ M^a. J. CERVELL HORTAL *El Derecho Internacional en la encrucijada...* cit. (nota 34), pp. 255-256 (párrafo 11).

³⁶ E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 400.

³⁷ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en materia de derechos humanos”, en F. MARIÑO MENÉNDEZ (Edt.): *El Derecho internacional en los albores del s. XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro Rial-Canosa*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 333-351 (p. 349).

29. En todo caso, el artículo 10.2 ha sido interpretado más o menos restrictivamente³⁸.

Atendiendo, sin embargo, a su ubicación sistemática y a la voluntad del Legislador³⁹, el artículo 10.2 se proyecta sobre todos los derechos del Título I de la Constitución, independientemente de su ubicación sistemática y de los instrumentos previstos para su tutela y protección.

Además, en la práctica el TC se ha decantado por un criterio aperturista, que desborda incluso el tenor literal del precepto. Así, se ha servido para interpretar los derechos y libertades constitucionales de tratados que no son específica y estrictamente de derechos humanos (como algunos Convenios de la OIT...) siempre que algunos de sus preceptos permiten aclarar el sentido de los derechos recogidos en la Constitución⁴⁰.

Y no solo eso: el TC ha utilizado, más allá del texto *strictu sensu* de los tratados, las decisiones de órganos especializados establecidos por esos tratados de derechos humanos para su garantía⁴¹, y aún tratados internacionales todavía no ratificados por España⁴².

30. Los órganos del Estado están además *obligados* a utilizar como elementos interpretativos los tratados sobre derechos humanos ratificados por España según el artículo 10.2 de la Constitución. No se trata de que *puedan* hacerlo.

Tanto el tenor literal del artículo 10.2⁴³ como su interpretación por el mismo TC⁴⁴ nos llevan al desenlace apuntado.

31. El artículo 10.2 de la Constitución, en fin, genera una obligación de resultado, que impone el que la atribución de significado a los derechos y libertades constitucionales realizada por los órganos del Estado (a todos ellos, judiciales o no) se ajuste al significado de lo interpretación de dichos tratados.

Esta obligación de resultado opera en un doble sentido⁴⁵: sienta, de una parte, un límite mínimo y, si puedo decirlo así, negativo (prohibiendo interpretaciones de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución que resultasen incompatibles con los tratados sobre derechos humanos ratificados por España); y, de otra, exige al intérprete que entre las interpretaciones respetuosas con los tratados que eventualmente resultaren posibles, escoja la más favorable al objeto y fin y la que conduzca a la más estricta efectividad de las normas internacionales.

III. La STS 1263/2018, de 17 de julio, un importante punto de inflexión

32. La sección cuarta de la sala de lo contencioso-administrativo del TS, en su sentencia 1263/2018, casa la sentencia de la sección tercera de la sala de lo contencioso-administrativo de la Au-

³⁸ *Vid. ad ex.* al respecto P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos... cit. (nota 33), pp. 5 ss..”

³⁹ A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Centro Estudios del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 73-76; A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 197; P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del Derecho Internacional...” cit. (nota 33), p. 6.

⁴⁰ *Vid.* al efecto las citas de A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional...* cit. (nota 39), pp. 92-93

⁴¹ *Ad ex.* A. SÁIZ ARNÁIZ cit., p. 93; M.A. APARICIO PÉREZ “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Jueces para la Democracia*, (1133-0627), núm. 6, 1989, pp. 9-18 (p. 11); o P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del Derecho Internacional...” cit. (nota 33), p. 7.

⁴² *Vid.* STC 12/2008, de 29 de enero, *BOE* 29 de febrero de 2008 (FJ 2, párrafo segundo, con referencia al Tratado de Lisboa de 2007 que modificó los Tratados Constitutivos de la Unión Europea)

⁴³ “Interpretarán” afirma. En este mismo sentido A. SÁIZ ARNÁIZ, *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo...* cit. (nota 39), p. 205; A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos...* cit. (nota 39), p. 200; P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del Derecho Internacional...” cit. (nota 33), p. 10.

⁴⁴ Los tratados internacionales sobre derechos humanos operan “como obligado criterio para la interpretación” (STC 97/1999, de 31 de mayo, FJ 5, *BOE* 29 de junio de 1999), constituyen una fuente de interpretación “obligada y valiosa” como se deduce por lo demás de la atención que el TC presta a dicho artículo prácticamente en todos los fundamentos jurídicos de su sentencia (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 1-14, *BOE* 10 de diciembre de 2007), son “insoslayables instrumentos hermenéuticos” (ATC 260/2000, Sección 4ª, 13 de noviembre, FJ 2, <https://apps.vlex.com>) o, en fin, devienen un “mandato constitucional” (STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 6, *BOE* 14 de octubre de 1995).

⁴⁵ P. CUENCA GÓMEZ, “La incidencia del Derecho Internacional...” cit. (nota 33), pp. 11-12.

diencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 que, a la postre, rechazó la pretensión de la demandante de que, en aplicación del dictamen de 18 de julio de 2014 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, se reconociese la responsabilidad patrimonial de la Administración por la gestión hecha de su caso (*supra* párrafo 9).

El TS fundamenta su decisión en el hecho de que al negarse a dar cumplimiento al dictamen del Comité, la sentencia recurrida supuso la violación de los derechos humanos de la solicitante:

“Y en este punto consideramos que la citada vulneración no solo tiene evidente encaje en el artículo 14 de la Constitución Española -derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo-, pues durante años no se pusieron en marcha medidas que hiciesen efectiva en la práctica previsiones legales existentes y de manera que se pudiese restablecer una igualdad rota en el seno familiar por los graves actos de discriminación sufridos por la recurrente, sino también en su artículo 24 -derecho a la tutela judicial efectiva- pues en los diversos procedimientos judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral -artículo 15 de la Constitución Española- que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todos los demás”⁴⁶.

“De esta manera, si afirmamos, como hacemos, que la Administración vulneró los derechos fundamentales de la recurrente y no puso fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de las Convención y El Protocolo Facultativo, es evidente que tendremos que casar y anular tanto la sentencia impugnada que no aprecia tal vulneración, como la inicial decisión administrativa que ni tan siquiera la valoró por operarse en virtud de silencio administrativo, así como declarar la obligación de reparar la vulneración efectuando un pronunciamiento que haga efectiva y eficaz la condena a la reparación del daño antijurídico admitido y que hemos dicho que era evaluable económicamente”⁴⁷.

33. Y a este fallo llega el TS tras recorrer el camino siguiente:

Primero, el TS reconoce que las obligaciones que emanan de los tratados sobre derechos humanos de los que España es parte, incluyendo las decisiones de los comités creados por ellos, en particular cuando España ha aceptado la competencia de esos comités, forman parte del Derecho interno español, con base en el artículo 96 de la Constitución, y deben ser utilizados por los órganos españoles, vga. sus jueces, como “elementos interpretativos” de cara a la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, todo ello según determina el artículo 10.2 de la mismas:

“(…) el Dictamen [se refiere al del Comité creado por el Convenio de eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, *supra* párrafo 4-9] emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa que, por expresa previsión del artículo 96 de la Constitución Española, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico interno tras su ratificación y publicación en el Boletín Oficial del Estado; que, por imponerlo así el artículo 10.2 de nuestra Carta Magna, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”⁴⁸.

Y añade el Tribunal Supremo, por si su opinión no quedase clara, en su sentencia:

“Ello tiene especial relevancia pues (i) nos encontramos ante una alegación o denuncia de vulneración de derechos fundamentales que se apoya en una declaración de un organismo internacional reconocido por España y que ha afirmado que el Estado español ha infringido concretos derechos de la recurrente que tenían amparo en la Convención, acordando medidas de reparación o resarcimiento en favor de la denunciante y medidas de actuación por parte de España; (ii) que la declaración del organismo

⁴⁶ STS 1263/2018, 17 de julio, recurso de casación/1002/2017, fundamento jurídico séptimo, pp. 26-27.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 24.

internacional se ha producido en el seno de un procedimiento expresamente regulado, con garantías y con plena participación de España⁴⁹; y (iii) el artículo 9.3 de la Constitución Española viene a afirmar que la Constitución garantiza (...) el principio (...) de jerarquía normativa, de manera que las decisiones de los órganos internacionales relativas a la ejecución de las decisiones de los órganos internacionales de control cuya competencia ha aceptado España forman parte de nuestro ordenamiento interno, una vez recibidas en los términos del artículo 96 de la Norma Fundamental, y gozan de la jerarquía que tanto este artículo -rango suprallegal- como el artículo 95 -rango infraconstitucional- les confieren⁵⁰.

Ergo, viene a afirmar nuestro TS, el dictamen del Comité que declara al Estado español responsable de la violación de ciertos derechos de la recurrente reconocidos por la Convención fundamenta su pretensión de que se reconozca la responsabilidad del Estado y se determine la reparación de los perjuicios por ella sufridos:

“(...) como consecuencia de lo que acabamos de resaltar, afirmaremos (...) que no hay obstáculo para que la lesión de diversos derechos reconocidos por la Convención y que declara el Dictamen del Comité de la CEDAW, pueda y deba ser un elemento determinante para acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español, como resulta de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales que amparan ese Comité, además de ser Derecho interno propio con la jerarquía reconocida constitucionalmente, son también instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española según su artículo 10.2⁵¹”.

Unos párrafos antes del reproducido, el TS efectúa una afirmación, a su vez comentario, que me parece de extraordinaria importancia en toda esta su decisión y que encarna la ruptura de su posición con la mantenida por jurisprudencia anterior:

“(...) aunque ni la Convención ni el Protocolo regulan el carácter ejecutivo de los Dictámenes del Comité de la CEDAW, no puede dudarse que tendrán carácter vinculante/obligatorio para el Estado Parte que reconoció la Convención y el Protocolo pues el artículo 24 de la Convención dispone que ‘los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención’. A tal efecto deberán tomarse también en consideración las previsiones del artículo 7,4 del Protocolo Facultativo sobre que ‘el Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere, y enviará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, especialmente información sobre toda medida que se hubiere adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité’, reforzado por el reconocimiento expreso de la competencia del Comité de la CEDAW del artículo 1 del propio Protocolo Facultativo, voluntariamente asumido por España⁵²”.

De este modo, y dada la inexistencia en el Derecho español de un cauce procesal propio para instar el cumplimiento de los Dictámenes del Comité de la CEDAW⁵³, el TS encuentra ese cauce, necesario para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente, en la aceptación del Dictamen del Comité como presupuesto válido para formular la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado:

Y “ello en razón de que acredita junto con los hechos que se desprenden del expediente administrativo (i) la existencia de una lesión o daño real y efectivo, individualizado en la persona de la recurrente, que ella no estaba obligada a soportar, y que se produjo por la desprotección que ha soportado durante años ante una clara situación de discriminación, antes y después del fallecimiento de su hija (...); (ii) un

⁴⁹ *Vid. ad ex. supra* párrafo 24.

⁵⁰ STS 1263/2018, 17 de julio, recurso de casación/1002/2017, fundamento jurídico séptimo, pp. 24-25.

⁵¹ *Ibidem*, p. 25.

⁵² *Ibidem*, p. 24.

⁵³ El TS destaca además este hecho, constatando en su sentencia la “clara conformidad de las partes sobre el hecho de que con las normas internacionales y de Derecho interno invocadas no existe un cauce procedimental específico y autónomo para instar el cumplimiento de los Dictámenes de la CEDAW” (STS 1263/2017, de 17 de julio, fundamento jurídico séptimo, p. 23). Lo cual, afirma el Tribunal, “es en sí mismo un incumplimiento de un mandato legal y constitucional por parte de España” (*ibidem*, p. 28).

funcionamiento anormal de la Estado al que imputa una negligente actuación en la protección de los derechos que la recurrente, que consideramos concurrente; (iii) la evidente relación ente la lesión antijurídica y la actuación del Estado, de la que forma parte la Administración de Justicia”⁵⁴.

*El TS concede a la recurrente, en cuanto reparación del daño sufrido una cantidad de 600.000 euros (la demanda pedía 1.263.470,09 euros)*⁵⁵:

“De esta manera, (...) es evidente que tendremos que (...) declarar la obligación de reparar la vulneración efectuando un pronunciamiento que haga efectiva y eficaz la condena a la reparación del daño antijurídico admitido y que hemos dicho que era evaluable económicamente. Y consideramos que para ello imponemos directamente una condena por el importe de los daños en función del debate y prueba existente en la instancia, admitiendo la reclamación por el daño moral indiscutible sufrido por la recurrente con la situación que hemos valorado, pero cuantificándola en 600.000 euros, cantidad que consideramos suficiente y proporcionada a la gravedad de los hechos y para repararlos en su integridad, actualizados cuantitativamente al momento presente”⁵⁶.

34. La recurrente ha aceptado la decisión con alegría: “(...) después de 15 años, la Justicia, finalmente, me devuelve mi dignidad” afirmó, tras conocerla, en un audio enviado vía WhatsApp.

Comparto de corazón, como entiendo todos nosotros, su deseo de “que esta sentencia sirva para que la Justicia no entregue nunca más a ninguno de nuestros hijos a un padre maltratador”⁵⁷.

IV. Conclusión

35. Cuando un Estado se suma a un tratado internacional de derechos humanos (y desde que el mismo esté en vigor para él) adquiere la obligación de cumplir sus disposiciones. En principio, como en estos tratados se indica, la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo en su Derecho interno el pleno respeto de los derechos y libertades, todos, reconocidos.

Estas obligaciones que, sin la presencia de concreciones mayores, cabe calificar de comportamiento son vinculantes en Derecho, pero su indeterminación en cuanto a contenido y plazos difuminan su efecto útil para los órganos de los Estados partes (en particular sus jueces y tribunales) a los efectos de su eventual aplicación a individuos reclamantes. Y ello no obstante el tenor del artículo 10.2 de nuestra Constitución, según el cual los órganos del Estado (todos) “deberán” utilizar como “elementos interpretativos” de los derechos y libertades que nuestro sistema jurídico reconoce (en particular los de la Norma Fundamental del Estado) los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España.

36. Pero si un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por nuestro país, o uno de sus Protocolos, crea órganos internacionales (Comités) a los que otorga competencias para emitir Informes u Observaciones Generales relativos a la clarificación o precisión de los derechos y libertades regulados y/o para pronunciarse sobre quejas, comunicaciones o reclamaciones de personas físicas o jurídicas que se hallen bajo jurisdicción de los Estados partes y consideren violados alguno(s) de sus derechos, la cuestión cambia.

Y cambia en la medida que las Observaciones o Dictámenes de esos Comités, cuando un Estado parte en el tratado ha aceptado, formal, expresa y libremente, la competencia del Comité para llevar a cabo esas tareas, los Informes u Observaciones del Comité y en particular sus Dictámenes sobre las reclamaciones individuales, tengan o no formalmente la naturaleza de resoluciones judiciales, difícilmente pueden entenderse como manifestaciones de una interpretación no auténtica del tratado en cuestión.

⁵⁴ STS 1263/2018, de 17 de julio, fundamento jurídico séptimo, pp. 27-28.

⁵⁵ *Ibidem*, fundamento jurídico tercero, pp. 11, 12.

⁵⁶ *Ibidem*, fundamento jurídico séptimo, pp. 29-30.

⁵⁷ Declaraciones a *La Razón*, sábado 21 de julio de 2018, pp. 50-51,

37. Y si esto es así, los órganos del Estado (y su TC *a fortiori*) “deberán”, a la hora de aplicar los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, emplear como elementos interpretativos los tratados internacionales de derechos humanos (y, en la práctica de nuestro TC incluso otros “conexos” con la cuestión) ratificados por España (y en la práctica de nuestro TC aún no habiendo entrado en vigor para España). Su texto y, también, las aclaraciones, interpretaciones y/o concreciones que del mismo hagan los órganos o Comités establecidos con tal fin y respecto de los que nuestro país ha aceptado formal, expresa y libremente, su competencia para hacerlo.

El artículo 10.2 de la Constitución española vigente debería bastar como fundamento jurídico concreto de sus decisiones en este sentido.

38. Pero, si el artículo 10.2 de la Constitución y sus exigencias, a la luz de la interpretación generosa del mismo que ha mantenido nuestro TC, no bastara para nuestros jueces, considerar la necesidad de adoptar las medidas legislativas precisas al efecto resulta inevitable si queremos cumplir nuestros compromisos internacionales y ser coherentes con el valor de los derechos y libertades fundamentales que sustentan un Estado “democrático”⁵⁸.

39. La STS 1263/2018, de 17 de julio, ha entendido, rompiendo una práctica jurisprudencial anterior, por vez primera, que los tratados sobre derechos humanos, en particular aquellos que crean órganos internacionales de control, son Derecho español si nuestro país se vincula a ellos y deben ser cumplidos.

El TS asume que las decisiones de esos Comités, en particular si España ha reconocido su competencia, deben ser aplicadas por los órganos del Estado y en su aplicación deben tenerse en cuenta como elementos interpretativos de los derechos y libertades reconocidos por nuestra Constitución dichos tratados, en virtud del artículo 10.2 de nuestra Constitución. Y todo ello sin que sea preciso adoptar normativa expresa en este sentido.

Más en concreto, el TS entiende que los dictámenes de estos Comités son base suficiente para fundamentar, cuando proceda, la responsabilidad patrimonial de la Administración por mal funcionamiento y de ello se derive la violación de derechos y libertades fundamentales.

⁵⁸ *Vid. ad ex.* en este sentido las consideraciones de C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, “La ejecución de sentencias y decisiones de tribunales y comités” cit. (nota 19), apartado II (sobre todo *in fine*); o del magistrado J.F LOUSADA AROCHENA, “El caso González Carreño contra España” cit. (nota 12), p. 15.

PERSONAL DE VUELO DE LAS COMPAÑÍAS AÉREAS:
TRIBUNAL INTERNACIONALMENTE COMPETENTE
EN MATERIA DE CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO.
(ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA STJUE
14 SEPTIEMBRE 2017 ASUNTOS ACUMULADOS CREWLINK
Y RYANAIR)

JURISDICTION OVER INDIVIDUAL CONTRACTS OF
EMPLOYMENT. (SOME REFLECTIONS ON THE JUDGMENT
OF THE ECJ SEPTEMBER 14, 2017, IN JOINED CASES
CREWLINK AND RYANAIR)

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado
Universidad de Cantabria*

Recibido: 26.07.2018 / Aceptado: 06.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4407>

Resumen: La relación jurídico-laboral del personal de vuelo reviste cierta complejidad, especialmente, por las circunstancias en las que se desarrolla. A diferencia de lo que sucede en otras relaciones laborales típicas, en la actividad aérea no existe un lugar de trabajo fijo, estable y duradero. El TJUE, en su Sentencia 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados *Crewlink* y *Ryanair*, se pronuncia por primera vez sobre la interpretación del art. 19.2 a) Reglamento Bruselas-I a efectos de determinar cuál es el “lugar donde desempeña habitualmente su trabajo” el personal de vuelo. Para ello, y tomando como referencia la jurisprudencia ya existente en torno a la mencionada disposición, el Tribunal de Justicia soluciona la cuestión creando una presunción que conduce a equiparar dicho lugar con la “base” asignada por el operador a cada uno de los trabajadores. Dicha solución que podría considerarse satisfactoria, en tanto que aporta previsibilidad y seguridad jurídica, deja de serlo desde el momento en que el propio TJUE admite la posibilidad de que la presunción se enerve recurriendo de forma “insólita a la “cláusula de excepción”, mecanismo técnico jurídico reservado al conflicto de leyes, y dejando la puerta abierta con ello al *forum non conveniens* en materia de contratos individuales de trabajo.

Palabras clave: contratos individuales de trabajo, personal de vuelo, trabajo a bordo de aeronaves, competencia judicial internacional, lugar donde el trabajador desempeña habitualmente el trabajo, Reglamento Bruselas-I, *forum non conveniens*, cláusula de excepción.

Abstract: The legal-labor relationship of flight personnel is somewhat complex, especially due to the circumstances in which it is carried out. Unlike what happens in other typical work relationships, in the aerial activity there is no fixed, stable and lasting workplace. The CJEU, in its Judgment 14 September 2017, Cumulative Matters *Crewlink* and *Ryanair*, pronounces for the first time on the interpretation of art. 19.2 a) Brussels-I Regulation in order to determine the “place where flight personnel habitually carried out its work”. For this, and taking as reference the existing jurisprudence around the aforementioned provision, the Court of Justice solves the issue by creating a presumption that leads to equating that place with the “base” assigned by the operator to each of the workers. This solution, which could be considered satisfactory, in so far as it provides predictability and legal certainty, ceases to be so from the

moment the CJEU itself admits the possibility that the presumption may be relied upon by the “unusual” resort to the “exception clause”, mechanism reserved to the conflict of laws, leaving the door open with it to *forum non conveniens* in matter of individual contracts of employment.

Keywords: individual contracts of employment, flight personnel, personnel working on board aircraft, jurisdiction, place where the employee habitually carries out his work, Brussels I Regulation, *forum non conveniens*, exception clause.

Sumario: I. Introducción. II. STJUE (Sala Segunda), 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados *Crewlink* y *Ryanair*. 1. Hechos. A) Asunto C-168/16. B) Asunto C-169/16. 2. Cuestión prejudicial judicial planteada ante el TJUE. III. Protección del trabajador y competencia judicial internacional. A) Litigios laborales y sumisión de las partes. B) trabajador demandante: *locus labori*. IV. Lugar donde desempeña habitualmente su trabajo el personal de vuelo: el concepto de “base” como presunción. 1. Interpretación autónoma. 2. Interpretación amplia. 3. Método analítico: el concepto de “base” como presunción”. V. Algunas consideraciones críticas. 1. Un error de base. 2. ¿Hacia una admisión del *forum non conveniens* en materia de contratos individuales de trabajo?. 3. La “desnaturalización” de la “cláusula de excepción”. 4. Desenlace. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Más tarde que pronto, la cuestión de la determinación del “lugar donde presta habitualmente su trabajo” la tripulación de las compañías aéreas (*flight personnel*), a efectos de fijar la competencia judicial internacional de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE en materia de contratos individuales de trabajo, tenía que llegar ante el TJUE¹. Y así ha sido. En su Sentencia de 14 de septiembre de 2017, el alto Tribunal ha tenido que pronunciarse al respecto, realizando importantes aportaciones que, sin embargo, y desde el punto de vista de la técnica jurídica, invitan a cierta reflexión crítica².

2. La problemática no resulta novedosa para los tribunales de los social de los Estados miembros de la UE que, de un tiempo a esta parte, vienen haciendo frente a lo que podríamos denominar litigio “tipo” cuyo objeto suele ser un despido improcedente o la reclamación de ciertas prestaciones, tras la

¹ No es la primera vez, sin embargo, que se plantea esta cuestión ante el TJUE. *Vid.* Auto TJCE 10 junio 2004, Asunto C-555/03, *Magali Warbecq c. Ryanair Ltd.* Si bien, en esa ocasión, el Tribunal de Justicia no pudo entrar a resolver las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano remitente por carecer éste último, según el *ex art.* 234 TCE (actual art. 267 TFUE), de competencia para plantear las mismas, en tanto que, por aquél entonces, solo se atribuía tal facultad a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros cuyas resoluciones no admitieran ulterior recurso. Los hechos que dieron lugar a esta consulta fueron los siguientes: La Sra. *Warbecq* fue contratada por *Ryanair*, mediante contrato de trabajo suscrito en Dublín, el 19 de abril de 2004, en calidad de “customer service agent-inflight”. El 10 de abril de 2002, *Ryanair* extinguió el contrato y pagó a la Sra. *Warbecq* una indemnización. Con posterioridad, la Sra. *Warbecq* demandó a *Ryanair* ante el Tribunal Laboral de *Charleroi* (Bélgica), solicitando el pago de ciertas cantidades en concepto de indemnización. Según la demandante, en aplicación del art. 19 Reglamento Bruselas-I, podía demandar al empresario, a su elección, ante los tribunales del domicilio de éste, o ante los tribunales del lugar en el que se desempeñaba habitualmente el trabajo, según ella y en este caso, el aeropuerto de *Charleroi*. Por su parte, *Ryanair* sostenía que los tribunales belgas carecían de competencia judicial internacional para entrar a conocer de este asunto. En este caso, el Tribunal Laboral de *Charleroi* (Bélgica) decidió suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales ante TJCE: 1ª) Cuáles eran los criterios que permitían determinar el Estado miembro en cuyo territorio un trabajador desempeña habitualmente su trabajo, en los casos en los que un trabajador está contratado como miembro del personal de vuelo de una compañía que realiza el transporte internacional de pasajeros por vía aérea, a efectos del art. 19. 2 a) del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000; 2ª) Qué lugar debía ser considerado como el lugar en el cual o desde el cual el trabajador cumplía de hecho lo esencial de sus obligaciones respecto a su empresa, cuando las obligaciones nacidas de ese contrato de trabajo se ejecutan en parte en tierra (aeropuerto) de un Estado miembro, y en parte a bordo de una aeronave, cuya nacionalidad es la de otro Estado miembro, en el que además fue contratado ese trabajador.

Lamentablemente, y por una cuestión de competencia, como ya se ha señalado, el TJCE no pudo entrar a resolver las cuestiones planteadas.

² STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Nogueira y otros c. Crewlink Ireland Ltd, y Moreno Osácar c. Ryanair*, (en adelante, Asuntos *Crewlink* y *Ryanair*) con comentarios de: N. NIHMANN, “Personnel navigant et compétence internationale: commentaire de l’arrêt de la CJUE du 14 septembre 2017”, *Revue de Droit du Travail*, 2017, pp. 816-821; L. PAILER, “Nota”, *JDI*, 2018, 2, pp. 585-601.

resolución de un contrato de trabajo, por parte del personal de vuelo contra una compañía aérea, en la mayoría de los casos por no decir todos, la compañía *Ryanair* y/o las ETT que prestan sus servicios de cesión de personal a la primera, *Crewlink* y/o *Work Force*. Todas estas compañías tienen su sede en Irlanda, los contratos que celebran normalmente en aquel país con el personal de vuelo responde a un modelo redactado en inglés, en el que con alguna que otra variación, se especifican las prestaciones del personal de la tripulación (tareas de embarque, desembarque, seguridad, servicio de venta a bordo y limpieza de la aeronave, etc...), se les asigna a cada uno de ellos una “base”, -lugar en el que reciben la organización de la jornada diaria de vuelo, siendo este el lugar de donde parten y al que regresan tras finalizar la misma y donde se les obliga a fijar su residencia a menos de una hora-, y a percibir su salario a través de una cuenta abierta en una entidad bancaria irlandesa a tal efecto. En este tipo de contratos, se incluyen siempre dos cláusulas de especial importancia desde el punto de vista del DIPr: una cláusula de atribución de competencia judicial internacional a los tribunales irlandeses para conocer de todo litigio que se puede derivar del contrato de trabajo, y una cláusula de elección de la ley irlandesa, como *lex contractus*.

3. Surgido el litigio, el trabajador demandante suele acudir en la mayoría de los casos ante los tribunales más cercanos, esto es, los tribunales del país donde se encuentra la “base” y, que en la mayoría de las ocasiones coincide con el lugar de su residencia habitual. Es entonces, cuando la compañía aérea-demandada impugna la competencia judicial internacional alegando la existencia de una cláusula de elección de foro a favor de los tribunales irlandeses inserta en el contrato, junto con la nacionalidad irlandesa de la aeronave lugar dónde, según el empresario, desempeña habitualmente su trabajo la tripulación³.

II. STJUE (Sala Segunda), de 14 de septiembre de 2017, Asuntos *Crewlink* y *Ryanair*

1. Hechos

4. En un contexto similar al que se acaba de exponer más arriba, se plantea la STJUE de 14 de septiembre 2017, en los Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, que inmediatamente pasamos a exponer.

A) Asunto C-168/16

5. Durante 2009 y 2010, Sandra Nogueira, Víctor Pérez Ortega, Virginie Mauguit, María Sánchez O’Dogherty y José Sánchez Navarro, de nacionalidad portuguesa, española y belga, celebraron sendos contratos de trabajo con *Crewlink*, persona jurídica domiciliada en Irlanda.

6. Cada uno de los contratos de trabajo establecía que los trabajadores serían empleados por *Crewlink* y puestos a disposición de *Ryanair* como personal de cabina. Los contratos de trabajo estaban redactados en inglés y establecían que las relaciones laborales respectivas quedaban sujetas al Derecho irlandés y que los tribunales de ese Estado miembro eran los competentes para conocer de todos los litigios relativos al cumplimiento y a la denuncia de tales contratos y que el Derecho irlandés sería el aplicable. Los contratos estipulaban que el pago de la remuneración se produciría en una cuenta bancaria irlandesa, que los aviones del cliente estaban matriculados en Irlanda y, dado que las tareas se ejercerían en esas aeronaves, el puesto de trabajo estaba situado en Irlanda, y que el aeropuerto de *Charleroi* (Bélgica) sería la “base” de esos trabajadores y que todos ellos debían residir a una hora de distancia de la misma.

³ En España, al igual que en otros Estados miembros de la UE donde opera la compañía aérea *Ryanair*, existe una abundante jurisprudencia al respecto. Baste citar como ejemplo: TJ (Sala de lo Social, Sección 1ª), Auto 2 julio 2015, JUR\2015\196183; TS (Sala de lo Social), Sentencia 30 diciembre 2013, RJ\2013\8369; JS Barcelona, Sentencia 22 septiembre 2017, AS\2017\1977; TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 4166/2015 de 25 junio, AS\2016\365; TSJ Cataluña, (sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 166/2014 de 14 de enero, JUR\2014\47370; TSJ C. Valenciana, (Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 196/2017 de 26 de enero, JUR\2017\114077; TSJ C. Valenciana, /Sala de lo Social, Sección 1ª), Sentencia núm.2200/2012 de 11 septiembre, JUR\2012\360860.

7. El personal de vuelo comenzaba su jornada de trabajo en el aeropuerto de *Charleroi* y volvía sistemáticamente a la “base” al final de cada jornada. De igual forma, todos los trabajadores y trabajadoras se habían visto obligados en algún momento a hacer guardias en el aeropuerto de *Charleroi* por si era necesario sustituir a algún empleado que no hubiera acudido al trabajo. Por otro lado, la existencia de un local común de *Ryanair* y *Crewlink* en el aeropuerto de *Charleroi* y el ejercicio de potestades disciplinarias por parte de la dirección de *Ryanair* sobre el personal puesto a su disposición por *Crewlink*, probaba la existencia de una comunidad de trabajo entre el personal de ambas empresas.

8. Las relaciones laborales cesaron durante 2011, en unos casos por despido y en otros por voluntad de los trabajadores. Fue entonces cuando la Sra. Nogueira y otros interpusieron unas demandas ante el Tribunal Laboral de *Charleroi* para lograr el abono de diversas indemnizaciones.

9. Mediante resolución de 4 de noviembre de 2013, dicho órgano jurisdiccional consideró que los tribunales belgas no eran competentes para conocer del asunto. Contra dicha resolución, los demandantes en el litigio principal apelaron ante el Tribunal Laboral Superior de *Mons* (Bélgica).

B) Asunto C-169/16

10. El 21 de abril de 2008, el Sr. Moreno Osácar celebró en España un contrato de trabajo con *Ryanair*, cuyo domicilio social se encuentra en Irlanda. En virtud de dicho contrato, sus funciones incluían “la seguridad y el control de los pasajeros y la atención y asistencia a éstos; las tareas de embarque y en tierra (...), la venta a bordo del avión; la limpieza del interior del avión, las comprobaciones de seguridad y todas las tareas pertinentes que pueda (...) encomendarle la empresa”.

11. En dicho contrato, que estaba redactado en inglés, se indicaba que los tribunales competentes para conocer de los litigios que pudieran surgir entre las partes en relación con el cumplimiento y la denuncia del propio contrato eran los tribunales irlandeses, y la relación laboral entre ambas partes se regiría por la legislación de ese mismo Estado. El contrato indicaba asimismo que las prestaciones laborales como personal de cabina se consideraban realizadas en Irlanda, ya que ejercía sus funciones a bordo de aviones matriculados en ese Estado miembro y propiedad de esa compañía aérea. Por otro lado, se le asignaba como “base” el aeropuerto *Charleroi* (Bélgica) y se le obligaba a vivir a una hora de distancia de esa “base”.

12. El 16 de junio de 2011, el Sr. Moreno Osácar dejó su puesto. Unos meses después, concretamente el 8 de diciembre de 2011, interpuso demanda ante el Tribunal Laboral de *Charleroi* contra *Ryanair* solicitando se le abonaran diversas indemnizaciones en aplicación de la normativa belga. La empresa demandada impugnó la competencia de los tribunales belgas en base a los siguientes argumentos: 1) la existencia de una cláusula de sumisión expresa a los tribunales irlandeses así como una cláusula que designación del Derecho irlandés, como ordenamiento jurídico rector del contrato; 2) la aplicación de la normativa irlandesa en materia tributaria y de seguridad social en tanto que el contrato de trabajo se había cumplido a bordo de aviones matriculados en Irlanda y con arreglo a la normativa de ese mismo Estado miembro y; 3) el lugar de perfeccionamiento del contrato, según la compañía aérea, era Irlanda.

13. Por resolución de 4 de noviembre de 2013, el Tribunal Laboral de *Charleroi* declinó la competencia de los tribunales belgas para conocer de esta demanda. Resolución que fue impugnada ante el Tribunal Laboral Superior de *Mons* (Bélgica).

2. Cuestión prejudicial planteada ante el TJUE

14. En ambos supuestos, el tribunal belga decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE sendas cuestiones prejudiciales en términos muy similares. En definitiva, se trataba de dilucidar si en caso de acciones ejercitadas por trabajadores miembros del personal de vuelo propio de una com-

pañía aérea o puesto a su disposición, y a fin de determinar la competencia del tribunal al que se haya sometido el asunto, el concepto de “lugar en el que el trabajador desempeñare habitualmente su trabajo”, en el sentido del artículo 19. 2 a) del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (en adelante, Reglamento Bruselas I)⁴, es asimilable al concepto de “base”, tal y como aparece regulado en determinadas normas de derecho derivado europeo.

15. Concretamente, el órgano remitente se refiere al Reglamento (CEE) núm. 3922/91 del Consejo, de 16 de diciembre de 1991, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil⁵. Dicho Reglamento: a) establece la obligación del operador de asignar una “base” a cada miembro de la tripulación (anexo III, sub-parte Q, OPS 1.1090); b) define el concepto de “base” como el “lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente éste comienza y termina un período de actividad o una serie de períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante” (anexo III, sub-parte Q, OPS 1.1095); y c) regula el tiempo de descanso mínimo de los miembros de la tripulación según el comienzo de la actividad de vuelo tenga su inicio en la base o fuera de la misma (anexo III, sub-parte Q, OPS 1.1110).

También se refiere expresamente al concepto de “base”, en términos similares, el Reglamento (CE) núm. 883/2004 de 29 de abril de 2004, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (considerando 18 *ter*, art. 11.5)⁶.

16. En definitiva, se trata de dilucidar si el concepto de “base” proporcionado por el Derecho europeo de navegación aérea puede servir como criterio para determinar la competencia judicial internacional, -a efectos del art. 19. 2 a) Reglamento Bruselas-I-, entendido como “centro efectivo de la relación laboral” en la medida en que el trabajador comienza en ella su jornada de trabajo y la termina en ese lugar, organizando en ella su trabajo cotidiano, y cerca del cual ha establecido su residencia efectiva durante el período de las relaciones contractuales. Si así fuese, el hecho de que el personal de vuelo prestase, gran parte de sus servicios a bordo de una aeronave pasaría a un segundo plano a efectos de determinación de la competencia judicial internacional.

⁴ DO L núm. 012, de 16 de enero de 2001. Dicho Reglamento ha sido reemplazado por el Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, (en adelante, Reglamento Bruselas I-bis), DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁵ DO L núm. , de 31 de diciembre de 1991, p. 4, en la redacción dada por el Reglamento (CE) núm. 1899/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO L núm. 377, de 27 de diciembre de 2006, p. 1). El Reglamento (CE) núm. 3922/91 ha sido derogado por el Reglamento (CE) núm. 216/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, sobre normas comunes en el ámbito de la aviación civil y por el que se crea una agencia europea de seguridad aérea, y se deroga la Directiva 91/670/CEE del Consejo, el Reglamento (CE) núm. 1592/2002 y la Directiva 2004/36/CE (DO L núm. 79, de 8 de junio de 2012, p.1).

⁶ DO L núm. 166, de 30 de abril de 2004, p. 1, en su redacción dada por el Reglamento (UE) núm. 465/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, DO L núm. 149, de 8 de junio de 2012, p. 4.

En materia de seguridad social, según el Considerando 18 *ter* del Reglamento (CE) núm. 883/2004: “En el anexo III del Reglamento núm. 3922/91 se define el concepto de “base” para los miembros de tripulaciones de vuelo y de cabina como el “lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente éste comienza y termina uno o varios periodo de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante”. Con el fin de facilitar la aplicación del título II del presente Reglamento a los miembros de tripulaciones de vuelo y e cabina, está justificado tomar este concepto de “base” como criterio para determinar cuál es la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina. Sin embargo, la legislación aplicable a los miembros de las tripulaciones de vuelo y de cabina debe mantenerse estable y el principio de “base” no ha de entrañar cambios frecuentes de legislación aplicable debido a los modelos de trabajo del sector industrial o a demandas estacionales”.

También conviene resaltar, tal y como establece el art. 11. 5 Reglamento (CE) núm. 883/2004, que: “la actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías, se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentre la “base” con arreglo a la definición que figura en el anexo III del Reglamento (CEEE) núm. 3922/91”. No obstante, esta última disposición no puede ser tenida en cuenta en el asunto del que trae causa la sentencia que aquí comentamos, por no estar en vigor cuando se plantea la demanda (*vid.* art. 3 Reglamento núm. 465/2012, según el cual el art 11. 5 del Reglamento núm 883/2004, entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial, esto es, el 8 de junio de 2012).

III. Protección al trabajador y competencia judicial internacional

17. A modo introductorio, conviene recordar que la protección a la parte débil del contrato, en este caso el trabajador, se ha venido modulando tradicionalmente en sede de competencia judicial internacional mediante la articulación de reglas más favorables a los intereses de esa parte⁷. De un lado, se ponen a su disposición diversos foros para accionar contra el empresario, mientras que éste al contrario, solo puede demandar ante el tribunal del domicilio del trabajador. Con ello se trata de facilitar el acceso a la justicia del contratante más débil al tribunal que le sea más favorable. De otro lado, los pactos atributivos de competencia se someten a un régimen más restrictivo que el general para evitar que la posición desigual de los contratantes lleve al más fuerte a imponer a su contraparte una elección del tribunal que le sea desfavorable, frustrando así los objetivos de protección perseguidos⁸.

18. Así queda modulado el sistema de protección previsto por el Reglamento de Bruselas-I, que destina la Sección 5ª del Capítulo II (arts. 18-21 Reglamento Bruselas-I) a regular con carácter exclusivo

⁷ No obstante, el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (en adelante, CBr) en su versión originaria no dedicó atención alguna al contrato individual de trabajo, sometiendo su tratamiento al sistema general de contratos. De esta manera, la competencia judicial internacional quedaba regulada por los foros del art. 17 CBr, art. 5.1 CBr y art. 2 CBr. Situación ésta que contrastaba con el régimen espacial previsto para proteger a la parte más débil en los casos del asegurado (arts. 7 a 12 CBr) y el consumidor (arts. 13 a 15 CBr). Ello se traducía en una negación al reconocimiento del estatuto de la parte débil en materia de contratos de trabajo, al contrario de lo que sucedía en la mayor parte de los ordenamientos estatales. El anteproyecto del CBr previa la inclusión de foros especiales en esta materia, si bien fueron finalmente excluidos del texto definitivo, por hallarse entonces en curso diversos trabajos de armonización del Derecho laboral en el seno de la Comunidad. La ausencia de mención explícita alguna a los contratos de trabajo, generó incluso dudas sobre la posible aplicación del CBr a los mismos, en tanto que en algunos Estados la contratación laboral se sometía a intervenciones legales tan intensas que hacían dudar de su carácter privado. Mientras que en algunos sistemas jurídicos la autonomía de la voluntad jugaba un papel importante en la formación y desarrollo del contrato, en otros el papel protagonista lo jugaba la ley, acercando la relación laboral a una contratación reglada, próxima a la contratación administrativa, y en todo caso alejada de la materia “civil y mercantil” objeto de regulación del CBr. De todos modos, el TJCE zanjó pronto este debate advirtiendo que los contratos de trabajo también quedaban incluidos en su ámbito material aplicación (STJCE 13 noviembre 1979, Asunto C-25/79, *Sanicentral*). Vid. M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 134-135; P. JUÁREZ PÉREZ, *Orden Social y litigios internacionales: competencia judicial*, Granada, Comares, 2002, p. 100.

⁸ Tras la entrada en vigor del CBr, y ante la ausencia de foros de protección en esta materia, la realidad contractual laboral comenzó a proporcionar datos alarmantes sobre el uso abusivo de los acuerdos atributivos de competencia judicial por parte de los empresarios. Situación ésta que compelia a los trabajadores, una vez surgido el litigio, a renunciar a la tutela judicial efectiva, por verse obligados a acudir ante los tribunales de un Estado muy alejado de su domicilio y muy próximo al empleador. Pero los acuerdos de elección de foro no eran el único problema, también perjudicaba gravemente a la parte débil del contrato de trabajo el foro en material contractual previsto en el art. 5.1 CBr para todo tipo de contratos y que atribuía competencia judicial a los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. El método analítico-distributivo establecido por el propio TJCE para determinar este foro en materia contractual y el hecho de que en la mayoría de los litigios laborales el demandante fuera el trabajador, le obligaba de nuevo a desplazarse lejos del lugar de su domicilio o incluso del lugar dónde había prestado sus servicios, y desplazarse hacia el lugar donde hubiese incumplido el empresario la obligación que servía de base a la demanda. El propio TJCE vino a cambiar pronto dicha situación consagrando una regla especial propia para el contrato individual de trabajo inspirándose en las soluciones existentes para los contratos de seguro y de consumo, y en la línea que se había impuesto en el ámbito del conflicto de leyes, en el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a obligaciones contractuales (art. 6. 2 CR). De tal forma, el TJCE estableció que en relación a los contratos individuales de trabajo, el lugar relevante para determinar la competencia judicial internacional a efectos del art. 5.1 CBr no debía ser “el lugar de cumplimiento de la obligación que servía de base a la demanda”, sino el lugar correspondiente a la obligación característica del contrato, o lo que es lo mismo, el lugar donde debe ejecutarse la obligación del trabajador (*locus laboris*).

Dicho régimen especial de protección del trabajador de origen jurisprudencial, inspiró directamente la reforma del art. 5. 1 *in fine* del CBr en su versión dada por el Convenio de San Sebastián de 1989. Al mismo tiempo, se incorporó el art. 17. 5 CBr, siguiendo en cierta medida la solución contemplada en el Convenio de Lugano de 1988, que establecía la posibilidad de pactos atributivos de competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo. El Reglamento Bruselas I, que sustituyó al Convenio de Bruselas, supuso un cambio más de forma que de fondo en la regulación de la competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo. En este sentido, y tal y como ya venía haciendo el Convenio de Roma sobre ley aplicable a obligaciones contractuales, se dedicó una sección especial para esta materia, integrada por un conjunto de normas destinadas a proteger a la parte más débil del contrato (Considerando 13 Reglamento Bruselas I). Vid. M. CASADO ABARQUERO, *op. cit.*, pp. 134-139; P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de trabajo con elemento extranjero*, Madrid, Lex Nova, 2006, pp. 73-75; R. M. MOURA RAMOS, “El contrato individual de trabajo”, en A.-L. CALVO CARAVACA/L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA (DIRS.), *Contratos internacionales*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 1883-1905, esp. Pp. 1897-1898.

la competencia judicial internacional en relación con los contratos de trabajo De tal forma que, una vez surgido el litigio, para determinar el tribunal competente solo se podrá acudir a los foros establecidos en esa sección⁹.

A) Litigios laborales y sumisión de las partes

19. El Reglamento Bruselas I admite la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección del tribunal competente, si bien con ciertos límites establecidos para proteger a la parte débil en el contrato: el trabajador (art. 21 Reglamento Bruselas-I).

20. En este sentido, sólo se consideran válidos los pactos de sumisión expresa:

- a) *Cuando son posteriores al surgimiento del litigio.* Con este límite a la autonomía de la voluntad en cuanto a la elección de tribunal competente se garantiza que el trabajador presta su consentimiento libremente. Una vez rota la relación jurídico-laboral, el empresario carece de poder coactivo sobre el trabajador. Surgido el litigio, éste último conoce el alcance real de los efectos derivados de la sumisión expresa a determinados tribunales.
- b) *Cuando son anteriores al nacimiento del litigio,* siempre y cuando permitan al trabajador acudir a tribunales distintos de los previstos en los foros de carácter alternativo. Los acuerdos de sumisión expresa en materia de contrato de trabajo gozan, en este sentido, de naturaleza de foro pactado a favor de parte¹⁰.

21. En los contratos de trabajo celebrados entre *Ryanair*, o en su caso, *Crewlink*, y el personal de vuelo se incluye siempre un pacto de atribución de competencia a los tribunales irlandeses junto con una cláusula de elección del Derecho irlandés como ley rectora del contrato. Por lo que respecta a la cláusula atributiva de competencia, ésta carece de validez en tanto que no cumple con ninguno de los requisitos mencionados en el art. 21 Reglamento Bruselas-I (actual, art. 23 Reglamento Bruselas-I bis): a) dicha cláusula se inserta en el contrato con anterioridad al nacimiento del litigio; b) se invoca por parte del empresario y; c) finalmente, impide al trabajador ejercer su facultad de optar entre los tribunales legalmente previstos¹¹.

B) Trabajador demandante: *locus labori*

22. En el marco del art. 19 Reglamento Bruselas I (actual art. 21 Reglamento Bruselas I-bis) objeto de la cuestión prejudicial planteada en la STJUE que aquí analizamos, los empresarios domiciliados en un Estado miembro pueden ser demandados, a elección del trabajador ante: a) los tribunales del Estado en que estuvieren domiciliados los empresarios (art. 19.1 Reglamento Bruselas-I), b) los tribunales de un Estado miembro distinto al Estado miembro del domicilio del empresario, que correspondan al lugar en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el tribunal del último lugar en que lo hubiere desempeñado (art. 19.2. a) Reglamento Bruselas-I); c) los tribunales del lugar en que estuviere o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador, pero solo en el caso de que éste último no desempeñare o hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (art. 19.2. b) Reglamento Bruselas-I).

23. El fundamento de estos foros, –foros en materia de contrato individual de trabajo–, es doble: de un lado, como foros especiales se justifican en el principio de proximidad, esto es, la estrecha relación existente entre el litigio y el tribunal correspondiente y de otro lado, como foros de protección tratan de centrarse en la necesidad de otorgar una adecuada atención a la parte débil e intentar restablecer el equilibrio en la relación contractual.

⁹ STJUE 14 septiembre de 2017, Asunto acumulados C-168/16 y C-169/16, /14, *Crewlink y Ryanair*, apartado 51.

¹⁰ *Vid.* M. CASADO ABARQUERO, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹¹ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartados 52-54.

24. En este contexto, el foro del “lugar donde el trabajador presta habitualmente sus servicios” (*locus laboris*) presenta diversas ventajas: a) favorece la coincidencia *forum-ius*, especialmente deseable en esta materia en la que gran parte de las normas son normas de Derecho Público; b) proporciona protección jurídica al trabajador, parte débil del contrato, al facilitarle el acceso a los tribunales más cercanos con el consiguiente ahorro de costes; c) el establecimiento de un foro de competencia basado en criterios uniformes y objetivos simplifica el proceso de aplicación y proporciona seguridad jurídica en tanto que permite conocer, antes de que surja el litigio, los tribunales que pueden ser competentes para conocer del asunto¹².

25. El principal inconveniente del *locus laboris* como criterio atributivo de competencia judicial internacional gira en torno a su determinación en relaciones laborales plurilocalizadas en las que tanto empleador como trabajador tienen domicilio en distintos Estados miembros, el trabajo se presta en distintos países, o incluso en zonas que no están sometidas a soberanía estatal. El TJUE ya ha tenido ocasión de fijar una posición jurisprudencial al respecto, si bien es cierto esta es la primera vez que se pronuncia en relación al personal de vuelo que presta sus servicios a bordo de aeronaves¹³.

IV. Lugar donde desempeña habitualmente su trabajo el personal de vuelo: el concepto de “base” como presunción

26. La relación jurídico-laboral del personal de vuelo reviste una especial complejidad no sólo por su regulación, en la que confluye una diversidad de normas, sino por las circunstancias en las que se desarrolla. A diferencia de lo que sucede en las relaciones laborales típicas, en la actividad aérea no existe un lugar de trabajo fijo, estable y duradero. A ello hay que sumar el actual contexto que atraviesa la aviación civil, dominado en gran parte por compañías *low cost* que han contribuido a crear un auténtico *dumping social*.

27. Con este telón de fondo, el TJUE trata de dar una solución a un difícil problema: determinar el lugar donde desempeña habitualmente su trabajo el personal de vuelo a efectos de fijar el tribunal competente, teniendo en cuenta que en estos casos, como el planteado en esta cuestión prejudicial, tanto los empresarios como los trabajadores tienen domicilios en Estados miembros distintos, que el trabajo del personal de vuelo se caracteriza por su movilidad, que la aeronave, aun teniendo la nacionalidad del Estado donde está matriculada, puede sobrevolar el espacio aéreo de diversos países a lo largo de una misma jornada laboral y que el personal de vuelo puede ser cedido a otras compañías aéreas, propietarias de otros aviones con distinta nacionalidad¹⁴.

¹² Vid. M. CASADO ABARQUERO, *op. cit.*, pp. 137-138.

¹³ Vid. STJCE 13 julio 1993, Asunto C-125/92, *Mulox*, (con comentarios de A. BORRÁS, “Nota”, *RJC*, 1994, pp. 561-564; A. HUET, “Nota”, *JDI*, 1994, pp. 539-546; P. LAGARDE, “Nota”, *RCDIP*, 1994, pp. 574-577; M. E. ZABALO ESCUDERO, “Nota”, *REDI*, 1993, pp. 470-473. En el mismo sentido, STJCE 9 enero 1997, Asunto C-383/95, *Rutten*, con comentarios de H. GAUDEMET-TALLON, “Nota”, *RCDIP*, 1997, pp. 341-346); STJCE 27 febrero 2002, Asunto C-37/00, *Weber*, (con comentarios de J. L. IRIARTE ÁNGEL, “Trabajo en instalaciones situadas en la plataforma continental y competencia judicial internacional. Precisiones en torno a la STJCE de 27 de febrero de 2002”, *Diez años de Derecho Marítimo Donostiarra*, Vitoria-Gasteiz, 2003, p. 89-101; P. MANKOWSKI, “Nota”, *IPRax*, 2003, pp. 21-28).

^{En} sede de Derecho aplicable, *vid.*: STJUE 15 marzo 2011, Asunto C-29/10, *Koelzch*, (con comentarios de C. BRIÈRE, “Nota”, *JDI*, 2012-1, pp. 190-196; F. JAULT-SESEKE, “Nota”, *RCDIP*, 2011-1, pp. 455-461; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo”, *REDI*, 2011-2, pp. 246-250; M. RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO-FERRER, “Competencia judicial y ley aplicable en la Unión Europea al contrato de trabajo internacional”, *Relaciones Laborales*, 2011, núm. 10, versión *on line*; A. ZANOBETTI, “Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice”, *CDT*, 2011-2, pp. 338-358); STJUE 15 diciembre 2011, Asunto C-384/10, *Voogsgeerd*, (con comentario de P. MAESTRE CASAS, “El contrato de trabajo de marinos a bordo de buques mercantes (A propósito de la STJCE de 15 diciembre de 2011, *Jan Voogsgeerd y Navimer SA*, As. C-384/10), *CDT*, 2012-2, pp. 322-341).

¹⁴ Vid. P. COURSIER, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail. Étude en Droit International Privé français*, Paris, JGDJ, 1993, pp. 97 y 108-109.

El TJUE zanja la cuestión creando una presunción que conduce a equiparar el “lugar donde desempeña habitualmente su trabajo” el personal de vuelo con la “base”. Para ello, el alto Tribunal, siguiendo la línea jurisprudencial ya existente en torno al art. 19. 2 Reglamento Bruselas I, basa su razonamiento en tres pilares: la interpretación autónoma del mencionado precepto, la interpretación amplia y el método analítico.

1. Interpretación autónoma

28. El TJUE comienza recordando que en los contratos individuales de trabajo, el foro previsto en el art. 19. 2 a) Reglamento Bruselas-I, que atribuye competencia a los tribunales del lugar donde el trabajador desempeña habitualmente sus servicios, está sujeto a *una interpretación autónoma*¹⁵. Y ello, en un doble sentido.

29. Por un lado, para fijar el “lugar donde el trabajador desempeña habitualmente el trabajo” no puede recurrirse al Derecho nacional de los Estados miembros sino que dicho concepto debe concretarse acudiendo a criterios uniformes proporcionados por el propio sistema. Sólo así se garantiza la aplicación uniforme de la normativa considerada, cuyo objetivo es unificar las reglas de competencia judicial internacional, evitando la multiplicidad de los criterios competenciales para una misma relación jurídica, y proporcionar al mismo tiempo seguridad jurídica facilitando al demandante y al demandado criterios de determinación del tribunal competente¹⁶.

30. Por otro lado, la interpretación autónoma del concepto del “lugar donde se desempeña habitualmente el trabajo” (art. 19.2. a) Reglamento Bruselas I) impide recurrir a criterios contenidos en otros instrumentos normativos tanto de Derecho internacional como de Derecho derivado europeo que no tengan por objeto la unificación de normas de Derecho Internacional Privado.

31. De ahí que el TJUE rechace cualquier *equiparación jurídica* de dicho concepto con el de “base” establecido en el anexo III del Reglamento (CEE) núm. 3922/9¹⁷. Y también, descarte asimilar el “lugar donde se desempeña habitualmente el trabajo” con la “nacionalidad” de las aeronaves, en el sentido del art. 17 del Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, sobre Aviación Civil Internacional¹⁸, algo que conduciría a considerar que el personal de vuelo desempeña habitualmente su trabajo en el territorio del Estado miembro cuya nacionalidad ostenta la aeronave propiedad de la compañía aérea correspondiente¹⁹.

Se trata con ello de evitar que un criterio atributivo de competencia judicial internacional, como en este caso “el lugar donde desempeña habitualmente su trabajo” el personal de vuelo, “se vea instrumentalizado o contribuya a la práctica de estrategias de elusión de obligaciones”²⁰.

32. La interpretación autónoma del art. 19.2 Reglamento Bruselas I no impide por el contrario la toma en consideración las disposiciones correspondientes del Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a obligaciones contractuales, -actualmente, Reglamento (CE) núm. 595/2008, de 17 de junio, del Parlamento Europeo, sobre ley aplicable a obligaciones contractuales (en adelante,

¹⁵ Ya en su momento, TJCE interpretó así el art. 5.1 CBr con el objetivo de proporcionar una protección de la parte débil de la relación jurídica, -el trabajador-, dando lugar a *un concepto autónomo* de lugar de cumplimiento de las obligaciones en relación al contrato de trabajo, que debía y debe determinarse acudiendo a criterios uniformes extraídos del propio sistema y de los objetivos perseguidos por el CBr (STJCE 26 mayo 1982, Asunto C-133/81, *Ivanel*; STJCE 15 enero 1987, Asunto C-266/85, *Shevanai*; STCE 15 febrero 1989, Asunto 32/88, *Société Six Contructions*).

¹⁶ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartados 47 y 48.

¹⁷ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartados 65 y 66.

¹⁸ *BOE* núm. 311, 29 diciembre 1969. El Convenio de Chicago de 1944, en vigor en todos los Estados miembros de la UE, es el tratado normativo más importante en relación al Derecho Internacional Público Aeronáutico. Dicho Convenio tiene entre sus objetivos: reconocer la exclusiva soberanía de cada Estado en el espacio aéreo situado sobre su territorio, así como establecer unas mínimas reglas de funcionamiento de la aviación civil internacional, incluyendo aeronaves y aeropuertos, teniendo en cuenta el poder soberano de cada uno de los Estados.

¹⁹ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartados 75 y 76.

²⁰ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartado 62.

Reglamento Roma-I)-. Se trata con ello de preservar una interpretación armónica y coherente de los Reglamentos que regulan cuestiones de DIPr²¹.

En este sentido, conviene señalar que la alteración más importante del art. 6.2 CR con respecto al actual art. 8.2 Reglamento Roma I, fue la introducción del criterio de la “base” o “*base rule*” como punto de conexión dominante para los contratos de trabajo del personal de vuelo²². Con ello se pretendía evitar para este tipo de contratos el recurso al siguiente punto de conexión previsto por la norma de conflicto –lugar donde se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador-, algo que beneficiaba a todas luces al empresario²³.

No obstante, el Reglamento de Bruselas I no debe interpretarse de forma idéntica a las normas del Reglamento Roma I, en tanto que estos Reglamentos persiguen objetivos propios. En ningún caso la congruencia pretendida puede llevar a interpretar las disposiciones del Reglamento Bruselas I de una manera ajena al sistema y a los objetivos de éste²⁴. Sin embargo, y de forma sorprendente, el TJUE en los asuntos *Crewlink* y *Ryanair* hace gala de todo lo contrario como se verá más adelante.

2. Interpretación amplia

33. El principal problema que suscita el foro del lugar donde habitualmente se presta el trabajo, surge cuando empresario y trabajador tienen domicilios en Estados distintos y los servicios se desarrollan en más de un Estado. En tales casos, el TJUE ha declarado repetidamente que el criterio del Estado miembro en que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo debe interpretarse en sentido amplio²⁵. Así se entiende que el lugar de trabajo habitual es aquel desde el que el trabajador desempeña o cumple principalmente sus obligaciones respecto a su empresa, siendo un criterio orientador para concretar dicho lugar, la ubicación del despacho profesional desde el que el trabajador desempeña sus actividades, lugar en el que el trabajador ha establecido su residencia, y al que regresa después de cada uno de los desplazamientos²⁶. A falta de un centro efectivo de actividades profesionales a partir del cual el trabajador cumpla sus obligaciones respecto a la empresa, y en ausencia de cualquier otro criterio, el lugar de trabajo desde el cual o partir del cual el trabajador desempeña sus obligaciones se refiere al lugar en el que el trabajador cumple de hecho lo esencial de sus obligaciones, esto es, el lugar donde el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo²⁷.

Por tanto y siguiendo una *interpretación amplia* del foro contenido en el art. 19.2 a) Reglamento Bruselas I, el hecho de que el trabajador desempeñe su trabajo en varios Estados no impide la aplicación del mismo, siempre y cuando la prestación de servicios en uno de esos Estados sea prevalente al resto según criterios cualitativos (importancia del trabajo), organizativos (centro de operaciones) o cuantitativos (número de horas)²⁸.

34. En el supuesto de litigios que afectan a trabajadores empleados como miembros del personal de vuelo de una compañía aérea o puestos a su disposición, el “lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo” debe identificarse con el “lugar *a partir del cual* el trabajador cumple principalmente sus obligaciones respecto de su empresa”²⁹.

²¹ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink* y *Ryanair*, apartados 55-56.

²² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), Bruselas, 15 febrero 2005, COM (2005) 650 final, p. 7.

²³ Vid. P. MANKOWSKI, “Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation”, en F. FERRARI/S. LEIBLE (EDS.), *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, pp170-216, esp. pp. 177-181, B. UBERTAZZI, *Il Regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazione contrattuali*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 94.

²⁴ STJUE 16 enero 2014, Asunto C-45/13, *Kainz*, apartado 20.

²⁵ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink* y *Ryanair*, apartado 57. No obstante conviene tener en cuenta que la interpretación amplia de este concepto seguida por el TJUE ha dejado vacío de contenido el foro previsto en el art. 19. 2. b) Reglamento Bruselas-I, algo que ha sido duramente criticado por cierto sector de la doctrina. Vid. M. CASADO ABARQUERO, *op. cit.*, pp. 146-148.

²⁶ STJCE 13 julio 1993, Asunto C-125/92, *Mulox*; STJCE, de 9 de enero de 1997, Asunto C-383/95, *Rutten*.

²⁷ STJCE 27 febrero 2002, Asunto C-37/00, *Weber*, apartado 49.

²⁸ Vid. A. TODOLÍ SIGNES, “La competencia judicial internacional del contrato individual de trabajo”, *Revista de Información Laboral*, 2016-1, versión *on line*.

²⁹ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink* y *Ryanair*, apartado 60.

3. Método analítico: el concepto de “base” como presunción

35. Para determinar dicho lugar, -“lugar *a partir del cual* el trabajador cumple principalmente sus obligaciones respecto de su empresa”-, el tribunal nacional debe basarse en una serie de indicios o elementos fácticos que le permitan tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador³⁰.

36. Varios son los indicios que, según el propio TJUE, pueden ser tenidos en cuenta por los tribunales nacionales, dada la especificidad de las relaciones laborales en el sector del transporte aéreo: a) el Estado miembro en el que está situado el lugar a partir del cual el trabajador desempeña sus misiones de transporte; b) aquél al que regresa una vez finalizadas sus misiones; c) el lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo; d) el lugar donde se encuentran las herramientas de trabajo; e) el lugar donde estén estacionados los aviones a cuyo bordo se desempeñe habitualmente el trabajo³¹.

37. Tal y como ha señalado el TJUE en la sentencia que comentamos, en el ámbito de los trabajadores empleados como personal de vuelo, hay un factor que está llamado a desempeñar un papel significativo en la identificación del “lugar a partir del cual el trabajador cumple sus obligaciones”, y es precisamente, el concepto de “base”, en el sentido del Reglamento (CE) núm. 3922/91.

Y ello, por varias razones: a) la “base” se define como “el lugar a partir del cual el personal de vuelo comienza sistemáticamente su jornada de trabajo y en el cual la termina, organizando en él su trabajo cotidiano, y cerca del cual los empleados, durante el período de cumplimiento de su contrato de trabajo, han establecido su residencia y están a disposición del transportista aéreo” (Reglamento (CE) núm. 3922/91, Anexo III, OPS 1.1095); b) los períodos de descanso mínimo del personal de vuelo difieren en función de si el tiempo de descanso se les atribuye fuera de la “base” o en la propia “base” (Reglamento (CE) núm. 3922/91, Anexo III, OPS 1.1110); c) finalmente, ese lugar no se determina aleatoriamente y tampoco lo elige el trabajador, sino que es el operador quien fija la “base” para cada miembro de la tripulación (Reglamento (CE) núm. 3922/91, Anexo III, OPS 1.1090, punto 3.1).

38. Por tanto, en los casos del personal de vuelo contratado por compañías aéreas o puesto a su disposición, el “lugar a partir del cual los trabajadores desempeñan habitualmente su trabajo” es aquél donde está situada la “base” asignada al trabajador, salvo que teniendo en cuenta los elementos fácticos de cada caso concreto existan “vínculos de conexión más estrechos” con otro lugar de trabajo distinto de esa “base”³².

39. El relevante papel otorgado a la “base” como criterio esencial para determinar el “lugar a partir del cual el personal de vuelo desempeña habitualmente su trabajo” ofrece importantes ventajas: a) otorga competencia judicial internacional a los tribunales del Estado más conectado con el litigio, cumpliendo con ello con el principio de proximidad; b) permite al trabajador acudir a los tribunales más cercanos a su domicilio, protegiendo a la parte más débil del contrato; c) ofrece previsibilidad y seguridad jurídica, permitiendo a las partes saber con anterioridad al surgimiento del litigio los tribunales competentes para conocer del mismo; d) coincide con el criterio establecido en esta materia por el art. 8.2 Reglamento Roma-I, alcanzándose así la deseada coherencia interna del sistema de DIPr dentro de la UE³³.

³⁰ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartados 61 y 62.

³¹ STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartados 63 y 64.

³² STJUE 14 septiembre 2017, Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16, *Crewlink y Ryanair*, apartado 73.

³³ Con el criterio de la “base” (*base rule*) como novedad con respecto al art. 6. 2 a) CR se pretendía evitar que ante una interpretación estricta del “lugar de trabajo habitual” se recurriese en tales casos al siguiente punto de conexión de la norma de conflicto –lugar donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador-, perjudicando con ello a la parte débil de la relación jurídica considerada. Fueron por tanto razones más de política legislativa que de dogmática jurídica, las que condujeron a la inclusión del criterio de la “base” en el art. 8.2 Reglamento Roma-I. De no haber sido así, y una vez descartada definitivamente como solución la *lex libri* o la *lex registrationis*, tales supuestos debían haber quedado subsumidos en el art. 6.2 b) CR, actual art. 8.3 Reglamento Roma-I. En cualquier caso, la solución finalmente retenida tiene la virtud de ofrecer seguridad y certeza jurídica. *Vid.* P. MANKOWSKI, “Employment Contracts...”, *op. cit.*, pp. 178-180.

V. Algunas consideraciones críticas

1. Error de base

40. En su afán por mantener una interpretación uniforme del art. 19. 2 a) Reglamento Bruselas-I con el art. 6. 2 CR, actual art. 8.2 Reglamento Roma-I, en pro a establecer cierta coherencia dentro del sistema de DIPr, el TJUE incurre en un error de base, que puede llevar aparejadas “peligrosas” consecuencias tanto en el ámbito de la competencia judicial internacional como en sede de derecho aplicable.

41. Según el TJUE, tal y como aparece reflejado en el apartado 73 de la Sentencia de 14 de septiembre de 2017: “*la relevancia de la «base» para identificar el «lugar a partir del cual los trabajadores desempeñan habitualmente su trabajo» sólo desaparecería en el supuesto de que, habida cuenta de los elementos fácticos de cada caso, unas demandas como las examinadas en los asuntos principales presentasen unos vínculos de conexión más estrechos con un lugar de trabajo distinto a esa «base»*”.

Con esta afirmación, el TJUE confunde de forma sorprendente, el funcionamiento de las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflicto, realizando una equiparación total entre el art. 19.2 a) Reglamento Bruselas-I y el art. 6.2 CR, actual art. 8.2-4 Reglamento Roma I.

2. ¿Hacia una admisión del *forum non conveniens* en materia de contratos individuales de trabajo?

42. El TJUE parece olvidar que el art. 19.2 Reglamento Bruselas-I, y de igual forma, el actual art. 21.1 Reglamento Bruselas-I bis, establece de *forma objetiva* dos foros únicamente: “lugar en que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo” y “lugar en el que estuviere situado el establecimiento que hubiere empleado al trabajador”. Según el TJUE, es tal la relevancia de la “base”, que por su sola presencia en este tipo de contratos de trabajo, sirve para identificar al primero de los foros mencionados, creando así a primera vista una presunción “legal”. Si bien, y a renglón seguido, introduce la insólita posibilidad de recurrir a la “cláusula de excepción”, mecanismo técnico jurídico reservado al ámbito conflictual, para desvirtuar dicha presunción cuando existan “vínculos de conexión más estrechos” con un *lugar de trabajo* distinto a la «base».

43. Con ello, la propia presunción establecida por el TJUE, convertida así en una presunción híbrida, —a caballo entre una presunción *iure et de iure* y una presunción *iuris tantum*—, abre la puerta en el ámbito de los contratos individuales de trabajo al *forum non conveniens*³⁴. De tal suerte que si el tribunal que resulta competente en virtud del criterio de la “base”, considera que existen vínculos más estrechos con otro lugar, podrá declinar su competencia³⁵.

44. Y llama la atención, porque por todos es sabido que el Reglamento Bruselas-I se rige por el principio de *predeterminación legal* de la competencia. Ha sido el propio TJUE quien se ha encargado de establecerlo así en su propia jurisprudencia³⁶. Resta por ver, si de aquí en adelante, la verdadera intención del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 14 de septiembre de 2017, es establecer una excepción a dicho principio, o si, por el contrario, se ha tratado de un simple y mero error de consecuencias insospechables.

³⁴ El *forum non conveniens* es un mecanismo del Derecho anglosajón que permite al juez rechazar el ejercicio de su competencia dada la escasa vinculación del asunto con el territorio de su país y la mayor vinculación con otro Estado. *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011; P. HERZOG, “La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain: un aperçu”, *RCDIP*, 1976, pp. 1-40; B. SCHNEIDER, “Le forum non conveniens et le forum conveniens (en droit écosais, anglais et américain)”, *RIDC*, 1975, pp. 602-642,

³⁵ *Vid.* L. PAILER, *loc. cit.*, p. 600.

³⁶ Las normas de competencia judicial internacional establecidas en el Reglamento Bruselas I, actualmente Reglamento Bruselas I-bis, responden a los principios de previsibilidad y seguridad jurídica. De ahí que el propio TJUE haya indicado que la figura del *forum non conveniens* no puede aplicarse en el ámbito del mencionado Reglamento (STJCE 29 junio 1994, *Custom*; STJCE 1 marzo 2005, *Owusu*).

3. La “desnaturalización” de la “cláusula de excepción”.

45. De igual forma, y con el objetivo de garantizar la uniformidad en la interpretación de las normas de competencia judicial y de derecho aplicable existentes dentro de la UE, y teniendo en cuenta el absoluto paralelismo entablado en este caso concreto por el TJUE entre el art. 19.2 a) Reglamento Bruselas-I y el art. 6.2 CR, actual art. 8.2 a 4 Reglamento Roma-I, resulta legítimo cuestionarse en qué medida podrá influir este asunto, en la forma de concebir la “cláusula de excepción” en sede conflictual³⁷.

46. La “cláusula de excepción” dejaría de tener por función la localización de la relación jurídica, en este caso el contrato individual de trabajo, con el lugar con el que presenta vínculos más estrechos, lugar distinto al designado por el punto de conexión principal, para pasar a desempeñar una función distinta destinada a encontrar o fijar el “lugar donde se presta habitualmente el trabajo”. La “cláusula de excepción” pasaría a convertirse así en un expediente técnico jurídico accesorio, al servicio del punto de conexión predeterminado por la norma de conflicto, dejando atrás su verdadera función de corrección del mismo³⁸.

4. Desenlace

47. La aplicación de la “doctrina” establecida por el TJUE en su Sentencia de 14 de septiembre de 2017, Asuntos *Crewlink* y *Ryanair*, no se ha hecho esperar, al menos, en España. Así, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en sentencia 9 enero 2018, rompiendo una línea jurisprudencial bien asentada desde hace tiempo en demandas similares, consistente en equiparar el lugar de la “base” al “lugar donde el trabajador presta habitualmente su trabajo” como criterio atributivo de competencia judicial internacional, y tras analizar los elementos facticos del caso, decide declararse incompetente³⁹.

48. El TSJ y tras examinar las circunstancias que rodean el caso, tales como: lugar donde presta sus servicios el trabajador, lugar de celebración del contrato, idioma de redacción del mismo, existencia de una cláusula de elección de derecho aplicable y otra de elección de foro, lugar desde donde se emiten los cuadrantes de trabajo y se imparte el régimen disciplinario, la legislación aplicable en materia de Seguridad Social, lugar donde está situada la entidad bancaria a través de la cual se percibe el salario-, concluye que el “lugar donde el trabajador cumple sus obligaciones principales frente al empresario”, no es España -lugar donde se sitúa la “base”-, sino una aeronave propiedad de *Ryanair* de nacionalidad irlandesa.

³⁷ La cláusula de excepción es un mecanismo técnico-jurídico que sirve para corregir a la norma de conflicto en los casos en los que el Derecho designado por el punto de conexión no corresponde al país más vinculado con el supuesto. *Vid.* C. E. DUBLER, *Les clauses d’exception en Droit international privé*, Genève, Georg, 1983; K. IATRIDOU, *Les clauses d’exception en matière de conflits de lois et des conflits de juridictions ou le principe de proximité*, Dordrecht, Boston, M. Nijhoff Publishers, 1994.

^{El} art. 6.2 b) *in fine* CR, actual art. 8.4 Reglamento Roma I prevé tal mecanismo. De tal forma que, si con independencia de cuál sea el país donde se presten de los servicios, el contrato de trabajo presenta vínculos más estrechos con otro país, se aplicará la ley de ese otro país. La aplicación de esta cláusula no es, sin embargo, “excepcional”. El precepto no exige que la vinculación del caso con ese otro país sea “manifiesta” ni que tales vínculos con ese otro país se desprendan “claramente” de la situación. Basta acreditar con un análisis del conjunto de las circunstancias, que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados a) y b) del art. 6. 2 CR (actuales, apartados 2 o 3 del art. 8 Reglamento Roma I). Desde este punto de vista, el art. 6. 2 *in fine* (actual art. 8. 4 Reglamento Roma I) opera como una auténticas “cláusula de escape” más que como una cláusula de excepción. Es el órgano jurisdiccional competente para decidir sobre el caso, el que deberá determinar si debe operar la cláusula de escape o no. Dicho órgano debe realizar un análisis razonado de la posible vinculación más estrecha del contrato con un Estado distinto del Estado de la realización habitual del trabajo. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratación laboral internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 17ª ed., Comares, Granada, 2017, pp. 1289-1303, esp. pp. 1290-1292; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 137-143; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: Una oportunidad perdida”, *AEDIPr.*, t. VIII, 2008, pp. 387-424, esp. pp.415-418.

³⁸ *Vid.* L. PAILER, *loc. cit.*, p. 601.

³⁹ TSJ C. Valenciana, (Sala de los Social, Sección 1ª), Sentencia núm. 33/2018 de 9 de enero, JUR\2018\115917.

VI. Conclusiones

49. Solo cabe esperar que en un futuro no muy lejano sea el propio TJUE quien determine la forma de desvirtuar la presunción establecida para los contratos de trabajo del personal de vuelo en el art. 19.2 a) Reglamento Bruselas-I, sin desnaturalizar con ello principios y mecanismos básicos y esenciales de Derecho Internacional Privado. Mientras tanto, serán de nuevo los tribunales de los social de los Estados miembros los que sigan lidiando con el problema de determinar el “lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo” en los casos del personal de vuelo.

50. Las consecuencias de la solución ofrecida por el TJUE en su Sentencia de 14 de septiembre de 2017, no podrían ser más decepcionantes: 1º) implica la admisión del *foum non conveniens* en materia de contrato individual de trabajo en el seno del art. 19. 2 a) Reglamento Bruselas-I (actual art. 21 Reglamento Bruselas-I bis), 2ª) se revierte la finalidad del método analítico utilizado por el propio TJUE para evitar que las partes en el contrato puedan instrumentalizar a su favor y *a priori* un determinado foro, consiguiéndose en este caso concreto el efecto contrario; 3ª) se vacía de contenido y de sentido el art. 19. 2 Reglamento Bruselas-I, en tanto que se priva al trabajador de poder elegir entre dos foros alternativos; 4ª) se desvirtúa el principio de proximidad; y 5ª) se termina resucitando el criterio del “registro” o “nacionalidad de la aeronave, criterio atributivo de competencia judicial internacional.

EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN EN ESPAÑA TRAS
LA RECIENTE DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA *

INVESTMENT ARBITRATION IN SPAIN IN LIGHT OF RECENT
JURISPRUDENCE FROM THE EUROPEAN UNION COURT
OF JUSTICE

IBON HUALDE LÓPEZ

Prof. Titular de Derecho Procesal

Universidad de Navarra

Orcid ID 0000-0001-9592-0448

VICTORIA SÁNCHEZ POS

Prof. Contratada Doctora de Derecho Procesal

Universidad de Navarra

Orcid ID 0000-0001-7325-3728

Recibido: 25.07.2018 / Aceptado: 06.09.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4408>

Resumen: El pasado mes de marzo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abrió una vía favorable para España al declarar, mediante la sentencia resolutoria de una petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de casación alemán, que la cláusula de arbitraje incluida en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones celebrado en 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca (TBI) no es compatible con el Derecho de la Unión Europea. El presente trabajo tiene por objeto realizar un análisis de la mencionada sentencia, recaída el 6 de marzo de 2018, con el objetivo de valorar su incidencia en el arbitraje de inversión en nuestro país.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, petición de decisión prejudicial, arbitraje de inversión, cláusula de arbitraje, Derecho de la Unión Europea.

Abstract: This past March, the European Union Court of Justice provided a favorable opening for Spain when it held (by its judgement on a request for a preliminary ruling submitted by the German Court of Cassation) that the arbitration clause which had been included in the “Treaty on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments” signed in 1991 between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic (BIT) was not compatible with European Union law. This paper aims at analyzing the above-mentioned judgment, which was issued on 6 March 2018 (Case C-284/16), assessing its impact on investment arbitration in our country.

Keywords: European Union Court of Justice, request for a preliminary ruling, investment arbitration, arbitration clause, European Union Law.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Propuestas sobre las medidas cautelares en el concurso de acreedores y en el arbitraje nacional e internacional”, financiado por la Fundación Universitaria de Navarra dentro del Plan de Investigación Universidad de Navarra (PIUNA 2015-2017).

Sumario: I. Introducción. II. La cuestión prejudicial europea planteada, mediante resolución de 3 de marzo de 2016, por el Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo civil y penal alemán). III. Los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018. IV. La incidencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el arbitraje de inversión en España.

I. Introducción

1. En el mes de junio de 2018 un tribunal arbitral CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones del Banco Mundial) condenó a España al pago de una indemnización de 112 millones de euros a favor del fondo de inversión Antin. Previamente, el 16 de mayo de 2018 se hacía público el laudo emitido en el asunto Masdar c. Reino de España condenando también a nuestro país a pagar una compensación de 64,5 millones de euros. Son los dos últimos arbitrajes internacionales que España pierde en el contexto de las demandas presentadas por inversores extranjeros con fundamento en la violación de las obligaciones contraídas al amparo del Tratado de la Carta de la Energía y como consecuencia de los cambios regulatorios en el sector de las energías renovables que nuestro Gobierno aplicó en los años 2010 a 2014; y llegan después de que, en febrero del presente año, la Cámara de Comercio de Estocolmo condenase a España a pagar 53,3 millones de euros a la empresa luxemburguesa Novenergía. Un año antes, en mayo de 2017, otro tribunal CIADI había dictado el primer laudo de condena a nuestro país en este ámbito, fijando una indemnización de 128 millones de euros a favor del fondo británico Eiser Infrastructure¹.

2. En el momento actual España es el Estado de la Unión Europea más demandado ante el CIADI. En el año 2017 se habían interpuesto frente a nuestro país más de una treintena de demandas con un valor de más de 7000 millones de euros². En esta situación, las críticas al arbitraje de inversión para el arreglo de diferencias entre Estados e inversores han arreciado exponencialmente, sobre todo a raíz de las negociaciones que la Unión Europea, en sustitución de la práctica convencional de los Estados miembros y con fundamento en la competencia sobre la protección de las inversiones extranjeras directas que le atribuye el artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), viene celebrando en los últimos años con el fin de alcanzar importantes acuerdos de libre comercio y protección de inversiones extranjeras con Canadá y EEUU, entre otros países. Se debate, en esencia, si el arbitraje Estado-inversor debe ser el mecanismo preferente para la solución de este tipo de conflictos, habida cuenta de que este constituye una excepción a la aplicación de las normas sobre la protección diplomática reconocidas por el Derecho Internacional general para proteger a los particulares³; y, en última instancia, si es compatible con el ordenamiento jurídico europeo⁴.

3. En la situación expuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea abrió el pasado mes de marzo una vía favorable para España al declarar, mediante la sentencia resolutoria de una cuestión prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo civil y penal alemán), que la cláusula

¹ Los dos procedimientos arbitrales previos seguidos ante la Cámara de Comercio de Estocolmo (casos Charanne y Construction Investment y caso Isolux) habían sido ganados por España. Sobre estos arbitrajes, v. M. REQUENA CASANOVA, "El régimen de promoción de las energías renovables español pasa su primer examen internacional: el Caso Charanne Construction Investments c. España (Jurisdicción)", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, nº 2, 2016, pp. 359-367; E. FERNÁNDEZ MASÍA, "España ante el arbitraje internacional por los recortes a las energías renovables: una representación en tres actos, por ahora", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, nº 2, octubre 2017, pp. 666-676.

² A España le siguen, en número de demandas ante el CIADI, Croacia (9), Italia (8), Hungría (6), Bulgaria (5), Grecia y Rumanía (4), Letonia (3), Chipre, Estonia y República Checa (2) y Alemania, Bélgica, Eslovaquia, Eslovenia y Lituania (1). Información disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/pendingCases.aspx?status=p>

³ Cfr. F. PASCUAL VIVES, "El futuro del arbitraje de inversión en los acuerdos celebrados por la Unión Europea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 33, junio 2017.

⁴ Cfr. I. IRURETAGOYENA AGIRREZABALAGA, "Mecanismos de arreglo de diferencias entre inversores y estados (ISDS) y la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea: ¿una ecuación (im)posible?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 59, 2018, pp. 219-262.

de arbitraje incluida en el Tratado para el Fomento y la Protección Recíprocos de las Inversiones celebrado en 1991 entre el Reino de los Países Bajos y la República Federal Checa y Eslovaca (TBI), en la actualidad vigente entre el Reino de los Países Bajos y la República Eslovaca, no es compatible con el Derecho de la Unión Europea.

II. La cuestión prejudicial europea planteada, mediante resolución de 3 de marzo de 2016, por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo civil y penal alemán).

4. La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018 (Asunto C-284/16 -*Slowakische Republik/Achmea BV*-) trae causa de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo alemán al resolver el recurso de casación interpuesto frente a la resolución de instancia desestimatoria de la acción de anulación del laudo recaído en un procedimiento arbitral derivado del TBI. Hay que tener presente que el artículo octavo de este Tratado prevé que las controversias entre una de las partes contratantes y un inversor de la otra parte contratante en relación con una inversión de este último deben dirimirse por acuerdo amistoso, siempre que sea posible; y que cada una de las partes contratantes acepta el sometimiento de aquellas a un tribunal arbitral en caso de que no se resuelvan por tal acuerdo en el plazo de seis meses desde la fecha en que una de las partes lo haya solicitado.

5. Una vez promovido a iniciativa de una empresa de los Países Bajos el procedimiento arbitral en Alemania, por ser Fráncfort del Meno la sede pactada, la República Eslovaca demandada planteó una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, al entender que, tras su adhesión a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, la sumisión al tribunal arbitral pactada en el TBI no era compatible con el ordenamiento jurídico europeo. Pues bien, la referida excepción fue rechazada por medio de un laudo arbitral interlocutorio de 26 de octubre de 2010, luego confirmado por los órganos jurisdiccionales alemanes de instancia (primera instancia y apelación) con motivo de la desestimación de la acción de anulación ejercitada frente a dicha resolución arbitral. La cuestión fue después reproducida por la República Eslovaca con ocasión de la interposición del recurso de anulación del laudo, de 7 de diciembre de 2012, que puso fin al procedimiento arbitral; recurso que se desestimó igualmente por el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Fráncfort del Meno (*Oberlandesgericht Frankfurt am Mein*), mediante resolución impugnada en casación ante el Tribunal Supremo Civil y Penal alemán (*Bundesgerichtshof*).

6. Interpuesto el recurso de casación, el Tribunal Supremo Civil y Penal alemán (*Bundesgerichtshof*) optó por el planteamiento de una petición de decisión prejudicial, mediante resolución de 3 de marzo de 2016, recibida en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 23 de mayo de 2016, interpretando que la estimación o desestimación de la acción de anulación del laudo arbitral dependía directamente de la validez o no del convenio arbitral. Así, el Alto Tribunal alemán elevó a aquella instancia comunitaria las dudas expresadas por la República Eslovaca acerca de la compatibilidad de la cláusula arbitral prevista en el artículo 8 del TBI con los artículos 19, 267 y 344 TFUE; dudas que el órgano jurisdiccional remitente no comparte, si bien reconoce la necesidad de presentar la petición de decisión prejudicial para resolver el fondo del litigio, habida cuenta de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aún no se ha pronunciado sobre tal cuestión y de los numerosos tratados bilaterales de inversión aún en vigor entre los Estados miembros que incluyen una cláusula arbitral similar.

III. Los fundamentos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018

7. La cuestión prejudicial es resuelta en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo de 2018, que, en contra del criterio del órgano jurisdiccional remitente, concluye que la cláusula arbitral contenida en el TBI se opone al ordenamiento jurídico europeo. El punto de partida de la citada resolución es que, desde la adhesión de la República Eslovaca a la Unión Europea, el TBI constituye un tratado entre Estados miembros; y, en caso de conflicto sobre las materias reguladas por el

Derecho de la Unión Europea, las disposiciones que integran el mismo tienen primacía sobre las contenidas en el TBI. La propia sentencia recuerda que “un acuerdo internacional no puede vulnerar el orden de competencias fijado por los Tratados ni, por lo tanto, la autonomía del sistema jurídico de la Unión, cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia”; y añade: “este principio se encuentra recogido en particular en el artículo 344 TFUE, según el cual los Estados miembros se comprometen a no someter las controversias relativas a la interpretación o aplicación de los Tratados a un procedimiento de solución distinto de los previstos en los mismos”⁵.

8. Dicho esto, la reseñada resolución judicial explica que, para asegurar la preservación de las características específicas y de la autonomía del ordenamiento jurídico europeo, los tratados han creado un sistema jurisdiccional destinado a garantizar la coherencia y la unidad en la interpretación de aquel; y, conforme al artículo 19 TFUE, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales y al Tribunal de Justicia europeo garantizar la plena aplicación del Derecho de la Unión en el conjunto de los Estados miembros y la tutela judicial de los derechos que ese ordenamiento jurídico confiere a los justiciables. En particular, la piedra angular del sistema jurisdiccional así concebido es el procedimiento de remisión prejudicial contemplado en el artículo 267 TFUE; precepto que, al establecer un diálogo de juez a juez entre el Tribunal de Justicia europeo y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tiene como finalidad garantizar la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea, permitiendo de ese modo asegurar su coherencia, su plena eficacia y su autonomía, así como, en última instancia, el carácter propio del ordenamiento jurídico instituido por los tratados.

9. A partir de tales consideraciones, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde a las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial en los términos siguientes. Por un lado, el Tribunal de Justicia entiende que las controversias de las que debe conocer el tribunal arbitral contemplado en el artículo 8 del TBI pueden guardar relación con la interpretación o la aplicación del Derecho de la Unión Europea; y, por ello, dicho tribunal podrá verse obligado, en su caso, a interpretarlo o aplicarlo, en particular las disposiciones relativas a las libertades fundamentales, entre las que se encuentra la libertad de establecimiento y la libre circulación de capitales. Pero incluso suponiendo que este órgano sea solo competente para pronunciarse sobre el eventual incumplimiento del TBI, ha de tener en cuenta, a estos efectos, el Derecho vigente de la parte contratante afectada y cualquier tratado pertinente entre las partes contratantes⁶. Al respecto, el ordenamiento jurídico europeo, que trae causa de un tratado internacional celebrado entre los Estados miembros, constituye parte del Derecho aplicable en todos ellos.

10. Por otro lado, la mencionada resolución judicial examina si un tribunal arbitral como el previsto en el artículo 8 del TBI está integrado en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea; y, en particular, si puede ser considerado un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros en el sentido del artículo 267 TFUE. Y es que el hecho de que un tribunal creado por los Estados miembros esté integrado en el referido sistema jurisdiccional tiene como consecuencia que sus resoluciones se sometan a mecanismos que permitan asegurar la plena eficacia de sus normas (la cuestión prejudicial). Pues bien, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que el tribunal arbitral no se integra en el sistema judicial de los países contratantes del TBI. Precisamente el carácter excepcional de la jurisdicción de este tribunal arbitral, en relación con la de los órganos judiciales de esos dos Estados miembros, constituye una de las principales razones de ser del artículo 8 del tratado; y, si no puede calificarse de órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros a los efectos del artículo 267 TFUE, tampoco está facultado para solicitar una decisión prejudicial a aquel órgano comunitario, por lo que la interpretación uniforme del Derecho de la Unión Europea no queda garantizada.

11. Finalmente, la sentencia del Tribunal de Justicia europeo se plantea si el laudo emitido por un tribunal arbitral de ese tipo está sujeto, conforme al artículo 19 TFUE, al control de un órgano

⁵ Dictamen 2/13 (Adhesión de la Unión al CEDH), de 18 de diciembre de 2014 (TJCE 2014, 368), EU:C:2014:2454, apartado 201 y jurisprudencia citada.

⁶ Artículo 8, apartado 6, del TBI.

jurisdiccional de un Estado miembro que garantice que las cuestiones relativas al Derecho de la Unión Europea sobre las que tuviera que resolver aquel tribunal arbitral puedan ser sometidas, en su caso, al Tribunal de Justicia en el ámbito de un procedimiento prejudicial. La respuesta, también negativa, parte de la distinción entre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversión. En el primero el control de los laudos arbitrales ejercitado por los órganos jurisdiccionales de los Estados tiene carácter limitado, siempre que las disposiciones fundamentales del ordenamiento jurídico europeo puedan ser examinadas en el marco de ese control y, en su caso, ser objeto de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia. Pero a diferencia del arbitraje comercial, cuyo origen se encuentra en la autonomía de la voluntad de las partes, el arbitraje de inversión resulta de un tratado mediante el cual los Estados miembros se comprometen a sustraer los litigios que puedan referirse a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión Europea de la competencia de sus propios tribunales y, por tanto, del sistema de vías de recurso judicial que el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, les impone instaurar en los ámbitos cubiertos por ese ordenamiento jurídico⁷.

Una vez realizada tal distinción, la conclusión que extrae el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la reseñada resolución es que, habida cuenta del conjunto de características del tribunal arbitral previstas en el artículo 8 del TBI, procede considerar que, mediante la celebración de este Tratado, los Estados miembros contratantes han establecido un mecanismo de resolución de litigios entre un inversor y un Estado miembro susceptible de impedir que dichos litigios sean dirimidos por el Tribunal de Justicia europeo, a pesar de poder ir referidos a la interpretación o aplicación del ordenamiento jurídico europeo, sin garantizarse su plena eficacia.

IV. La incidencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el arbitraje de inversión en España

12. Pese a la contundencia de los argumentos relativos a la primacía y autonomía del Derecho de la Unión Europea, junto a la incuestionable necesidad de controlar su aplicación y efectividad, con que el Tribunal de Justicia europeo determina en su sentencia de 6 de marzo de 2018 la incompatibilidad de la cláusula de sumisión a arbitraje Estado-inversor contenida en el TBI, la incidencia de dicha resolución en el futuro de este tipo de arbitrajes en nuestro país queda lejos, en este momento, de poder ser fijada con absoluta certeza. Pues bien, de la resolución del Tribunal de Justicia analizada se infiere que el hecho de que la Unión Europea no sea parte del TBI constituye una razón esencial para determinar la vulneración del principio de autonomía del ordenamiento jurídico europeo. A este respecto, el apartado 58 de la resolución objeto de análisis dispone: "(...) además de que los litigios comprendidos en el ámbito de competencias del tribunal arbitral previsto en el artículo 8 TBI pueden tener por objeto la interpretación tanto de dicho Tratado como del Derecho de la Unión, la posibilidad de someter estos litigios a un organismo que no constituye un elemento del sistema jurisdiccional de la Unión está establecida por un tratado que no ha sido celebrado por la Unión, sino por ciertos Estados miembros".

13. Precisamente de este extremo ha de partir, en nuestra opinión, la reflexión acerca del modo en que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea puede afectar a la resolución de las decenas de arbitrajes pendientes frente a España ante el CIADI. Desde luego, no resulta discutible que quedan afectados por esa decisión judicial los arbitrajes Estado-inversor denominados intra-UE; esto es, aquellos arbitrajes derivados de los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APRIS) que enfrentan a un Estado miembro con inversores de otro Estado miembro⁸. En este sentido, se han alzado ya voces en la doctrina que, con toda lógica, aluden al "principio del fin" del arbitraje de

⁷ V. STJUE 27 febrero 2018 (PROV 2018, 58193).

⁸ En el momento actual, según datos publicados por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, España cuenta con 72 APRIS en vigor. De estos, solo 10 fueron otorgados con otros Estados miembros de la Unión Europea y cuya adhesión se produjo con posterioridad a la firma del APRI. Información disponible en: <http://www.comercio.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/Paginas/lista-appri-vigor.aspx>

inversiones previsto en los APRI-intra UE⁹. Parece difícil que, a partir de la referida sentencia, puedan constituirse nuevos tribunales arbitrales sobre la base de los APRI-intra UE, pues tanto desde la óptica del Derecho internacional como del Derecho de la Unión Europea las disposiciones relativas al arbitraje podrían considerarse inaplicables. Pero no es posible predecir lo que sucederá con los procedimientos arbitrales que todavía se encuentran en curso o con los laudos aún pendientes de ejecución¹⁰.

14. Sea como fuere, la problemática a la que se enfrenta nuestro país en el marco de las inversiones extranjeras por las políticas de recortes en el sector de las energías renovables no tiene su origen en estos APRIS, sino en el Tratado para la Carta de la Energía (TCE); Tratado del que son parte tanto la Unión Europea como los Estados miembros y cuyo objetivo fue establecer un marco legal para fomentar la cooperación a largo plazo en el campo de la energía con base en los principios enunciados en la Carta Europea de la Energía. Dentro de sus disposiciones más relevantes en relación con la protección de las inversiones, el comercio de materias y productos energéticos y la solución de controversias, el TCE establece el arbitraje internacional entre los inversores particulares y el Estado en el que se haya realizado la inversión. Con fundamento en esta disposición y tras haber sido desestimadas las pretensiones de algunos de los inversores tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo¹¹, se han iniciado todos los procedimientos arbitrales frente a España ante el CIADI. El hecho de que, a diferencia de los APRIS intra-UE, la Unión Europea sea parte de este TCE –lo que le confiere la naturaleza de acuerdo mixto– es lo que genera mayores dudas acerca de la incidencia en nuestro país de la sentencia del Tribunal de Justicia europeo. Ello habida cuenta de que, en relación con este tipo de acuerdos internacionales mixtos, el propio Tribunal de Justicia ha establecido que, “al garantizarse la observancia de los compromisos emanados de un acuerdo celebrado por las Instituciones europeas, los Estados miembros cumplen con una obligación no solo en relación con el tercer país afectado, sino también y sobre todo con la Unión, que ha asumido la responsabilidad de la buena ejecución del acuerdo”¹².

15. No resulta todavía posible extraer una conclusión exacta acerca de la incidencia de la sentencia analizada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el futuro del arbitraje de inversiones en España; y, más concretamente, de las decenas de arbitrajes pendientes a las que nuestro país se enfrenta¹³. Esta es la razón principal que ha llevado a España a impugnar recientemente ante la Corte de Apelaciones de Suecia –tras conocerse la decisión del Tribunal de Justicia– el laudo de condena dictado en febrero de este mismo año por la Cámara de Comercio de Estocolmo. El gobierno español fundamenta, en lo que constituye el principal motivo de la acción de anulación, que el tribunal arbitral se excedió en su competencia al decidir este asunto, por ser incompatible la cláusula de sumisión del TCE con el ordenamiento jurídico europeo respecto de las relaciones intra-UE. En el mismo escrito, España expresamente recomienda a la Corte de Apelaciones sueca –que ha suspendido la ejecución del laudo– plantear este asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante una cuestión prejudicial, pero solo para el caso de que la Corte determine que la cláusula de sumisión a arbitraje Estado-inversor del TCE es aplicable¹⁴. En definitiva, habrá que esperar la decisión de la Corte de Apelaciones de Suecia o,

⁹ V. L. ANKERSMIT, "Achmea: The Beginning of the End for ISDS in and with Europe?", *Investment Treaty News*, 24 de abril de 2018. Disponible en: <https://www.iisd.org/itn/2018/04/24/achmea-the-beginning-of-the-end-for-isds-in-and-with-europe-laurens-ankersmit/>

¹⁰ V. I. IRURETAGOIENA AGIRREZABALA, "La sentencia del TJUE en el asunto Achmea: el adiós del arbitraje de inversiones de los APRI intra-UE en la Unión Europea (y algo más)", *La Ley Unión Europea*, nº 69, 30 de junio de 2018.

¹¹ Un estudio sobre estas decisiones puede consultarse en V. R. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, "El Tratado sobre la Carta de la Energía y el arbitraje internacional de inversiones en fuentes de energías renovables. Caso *Charanne B. V. y Construction Investments S. A. R. L. vs. Reino de España*", *Revista de Administración Pública*, nº 202, pp. 223-253.

¹² STJ 26 octubre 1982 (Asunto 104/81 *Hauptzollamt Mainz. Administración Principal de Aduanas de Mainz/CA.Kupferberg & Cie KG a. A., Mainz*). Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=91467&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=708668>

¹³ Todos los 28 arbitrajes pendientes ante el CIADI frente a nuestro país tienen su origen en el TCE. De este total, 26 son demandas presentadas por inversores de otros Estados miembros. Información disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/cases/searchcases.aspx>

¹⁴ Información disponible en: <https://aquiencia.net/2018/05/23/spain-challenges-novenergia-arbitral-award-in-swedish-court-relying-on-the-achmea-judgment/>

en su caso, del Tribunal de Justicia europeo. Es previsible que, tras su sentencia de 6 de marzo de 2018, otros países condenados y con arbitrajes pendientes comiencen a cuestionar la validez del arbitraje de inversiones al amparo del TCE¹⁵.

¹⁵ En estrecha relación con la cuestión analizada, Bélgica ha solicitado opinión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la compatibilidad del Acuerdo Económico y Comercial entre la Unión Europea y Canadá (CETA), firmado el 30 de octubre de 2016, con la legislación europea, principalmente sobre la competencia de los tribunales de arbitraje privados previstos para resolver los litigios surgidos entre inversores extranjeros y los Estados al margen de los tribunales nacionales.

FOREIGN OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS UNDER
THE REGULATION (EC) NO 593/2008 (ROME I REGULATION).
JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE
OF 18 OCTOBER 2016, CASE C-135/15

LEYES DE POLICÍA DE TERCEROS ESTADOS EN EL
ÁMBITO DEL REGLAMENTO (CE) NO 593/2008
(REGLAMENTO ROMA I). COMENTARIO A LA STJUE
DE 18 DE OCTUBRE DE 2016, ASUNTO C-135/15

ALEXANDER KRONENBERG*

*Institute for Private International and Comparative Law
University of Cologne*

Recibido: 24.05.2018 / Aceptado: 22.06.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4409>

Abstract: The role and treatment of foreign overriding mandatory provisions in international contract law have been subject to academic discussions for a long time. This has not changed with the introduction of Article 9 of the Rome I Regulation. In the judgment discussed in this case note, the European Court of Justice addressed some of the contentious issues in relation to Article 9(3) of the Rome I Regulation. This note examines and evaluates the solutions found by the ECJ and puts them into context. It also points out some questions the ECJ did not discuss; these questions remain open for now but will need to be addressed in the future.

Keywords: Article 9(3) Rome I Regulation, foreign overriding mandatory provisions, conflict-of-law level consideration, substantive law level consideration, principle of sincere cooperation.

Resumen: El tratamiento de las leyes de policía de terceros estados en derecho de contratos internacionales ha sido objeto de la polémica desde hace tiempo. Esto no ha cambiado con la entrada en vigor del artículo 9 del Reglamento Roma I. Con la sentencia comentada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tratado algunas de la cuestiones debatidas respecto al artículo 9.3 del Reglamento Roma I. Este comentario analiza, evalúa y pone en contexto las soluciones encontradas por el TJUE. También aborda las cuestiones que no han sido comentadas por el TJUE; estas cuestiones permanecen abiertas por el momento pero deberán ser examinadas en el futuro.

Palabras clave: leyes de policía de terceros estados, consideración en nivel conflictual, consideración en nivel sustantivo, principio de cooperación leal

* The author is a doctoral candidate at the Institute for Private International and Comparative Law, University of Cologne (Prof Dr Heinz-Peter Mansel). This commentary was written during a research period at the Department of Social Law and Private International Law, University Carlos III de Madrid (Prof Dr Alfonso-Luis Calvo Caravaca) from February to July 2018. The envisaged doctoral dissertation focuses on the methods of having regard to foreign overriding mandatory provisions under the national law applicable pursuant to the Rome I Regulation's conflict-of-law rules.

Summary: I. Introduction. II. Facts of the case. III. The ECJ's decision and its context. 1. Conflict-of-law level regard to foreign overriding mandatory provisions only under the conditions of Article 9(3) of the Rome I Regulation. 2. Consideration of other foreign overriding mandatory provisions than those of the country of performance on the level of substantive law. A) Article 9(3) of the Rome I Regulation. B) The influence of the principle of sincere cooperation enshrined in Article 4(3) of the Treaty on European Union. IV. Open questions. V. Conclusions.

I. Introduction

1. “The issue concerning a special conflict rule for foreign overriding mandatory provisions is downright *the* major problem in international trade and commerce. The points of view on this question [...] fill up entire libraries”,¹ to the point that we face a veritable “battlefield of opinions”². With its judgment in the case *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*,³ the European Court of Justice (ECJ) has had the opportunity to address some issues discussed in relation to overriding mandatory provisions (*lois de police, Eingriffsnormen*), the topic which has been so bleakly characterized in doctrinal discourse. More specifically, the judgment deals with Article 9 of the Rome I Regulation.⁴

2. Article 9 of the Rome I Regulation allows not only for the application of overriding mandatory provisions of the law of the forum, but also provides for “giving effect” to the ones in force in the country where the obligations arising out of the contract have to be or have been performed. Until now, it was not clear whether the fact that Article 9 of the Rome I Regulation only mentions overriding mandatory provisions of the *lex fori* and the *lex loci solutionis* entails any (negative) statement as to provisions belonging to a third country: Firstly, does the phrasing of Article 9 prohibit applying or giving effect to overriding mandatory provisions of countries other than the forum or the country of performance? And secondly, if so, can overriding mandatory provisions of a third country at least be taken into account in some other fashion?

3. Both questions were answered in the affirmative by the European Court of Justice in the above-mentioned judgment. Thus, it is possible, in the words of the Court, to take “such other overriding mandatory provisions into account as matters of fact in so far as this is provided for by the national law that is applicable to the contract pursuant to the regulation”.⁵

4. The ECJ also commented on the scope *ratione temporis* of the Rome I Regulation. According to the judgment, the element “concluded” in Article 28 is to be construed as meaning that a contractual employment relationship, even if not entered into after 17 December 2009, the date set forth by Article 28, may fall within the scope of the Rome I Regulation insofar as the parties have, by mutual agreement after that date, made changes of such magnitude to their contractual relationship that it must be regarded as a newly concluded contract.⁶ The judgment's key point, though, remains the contribution to the discussion concerning foreign overriding mandatory provisions so that the following remarks focus on this issue.

II. Facts of the case

5. Grigorios Nikiforidis was employed as a teacher at the Greek primary school in Nuremberg (Germany) since 1996. The school, like many others in Germany, was run by the Hellenic Republic, who

¹ P. MANKOWSKI, in: C. v. BAR/P. MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht, Band I – Allgemeine Lehren*, Munich, Beck, 2nd edition 2003, § 4, para. 104.

² K. SCHURIG, “Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RebelsZ)* 54 (1990), pp. 217-248, 234.

³ ECJ, 18 October 2016, *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, Case C-315/15.

⁴ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations.

⁵ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, paras. 51, 55.

⁶ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 39.

also was Mr Nikiforidis' employer. The employment contract between the two parties was governed by German labour law and the German collective agreement for public service employees ("*Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst*", *TVöD*). In the course of the financial crisis, the Hellenic Republic passed the laws No 3833/2010 concerning "Urgent measures to address the crisis in public finances"⁷ and No 3845/2010 concerning "Measures for applying the support mechanism for the Greek economy of the euro area Member States and the International Monetary Fund"⁸ to reduce its national debt. Article 1(2) § 1 of Law No 3833/2010 imposes on all Greek public service employees a reduction in salary of 12 %. According to Article 1(2) § 3 of that law, this reduction also applies to persons employed by the Greek state in virtue of a private contract and prevails over provisions of any collective agreement. Article 3(3), 2nd sentence of Law 3845/2010 provides for an additional reduction of 3 % for this group of people. In pursuance of these laws, Mr Nikiforidis' salary was also reduced by a total of 20.262,32 euros between 2010 and 2012.

6. Mr Nikiforidis brought a lawsuit before the German labour courts, pursuing the matter as far as the Federal Labour Court ("*Bundesarbeitsgericht*", *BAG*), which stayed proceedings on 25 February 2015⁹ and requested the European Court of Justice to give a preliminary ruling on some of the Rome I Regulation's provisions relevant, in the eyes of the *BAG*,¹⁰ to deciding the case.

7. Aside from the question concerning the regulation's scope *ratione temporis* (see above, para. 4), the *BAG* requested the ECJ to answer whether Article 9(3) of the Rome I Regulation excludes only the direct application of overriding mandatory provisions of a country other than the one where the obligations arising out of the contract are to be or have been performed, or whether it also prohibits the indirect consideration of these provisions in the national law governing the contract.¹¹ In addition, the *BAG* posed the question whether the principle of sincere cooperation had any legal relevance for national courts in respect of direct or indirect application of overriding mandatory provisions of another Member State.¹²

8. After the ECJ rendered its decision on 18 October 2016, the *BAG* was free to give, in April 2017, a judgment on the lawsuit brought by Mr Nikiforidis.¹³ Interestingly, although it had referred to the ECJ questions concerning the interpretation of the Rome I Regulation, the *BAG* ultimately based its final judgment in the Nikiforidis case solely on Article 34 of the German Introductory Code to the Civil Code ("*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*", *EGBGB*), i.e. the law applicable *ratione temporis* until 17 December 2009, which contained the transposed provisions of the Rome Convention¹⁴. The *BAG* came to this conclusion because it considered that, although consensual changes were made

⁷ Greek Law Gazette ΦΕΚ Α' 40/15.3.2010 – Επείγοντα μέτρα για την αντιμετώπιση της δημοσιονομικής κρίσης.

⁸ Greek Law Gazette ΦΕΚ Α' 65/6.5.2010 – Μέτρα για την εφαρμογή του μηχανισμού στήριξης της ελληνικής οικονομίας από τα κράτη-μέλη της Ζώνης του ευρώ και το Διεθνές Νομισματικό Ταμείο.

⁹ BUNDESARBEITSGERICHT, order of 25 February 2015, Case 5 AZR 962/13 (A), *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE)* 151, pp. 75-82 = *Beck online Rechtsprechung (BeckRS)* 2015, 66693.

¹⁰ The *BAG* assumed without further justification that the mentioned Greek laws were indeed overriding mandatory provisions in the sense of Article 9(1) of the Rome I Regulation, as did subsequently the ECJ. For a closer, critical examination of whether this really is the case, see C. THOMALE, "Griechische Spargesetze vor deutschen Arbeitsgerichten – Verwirrung um Art. 9 Abs. 3 Rom-I-Verordnung", *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA)* 2016, pp. 116-125, 118 et seq.

¹¹ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 24 (question 2); by its phrasing, the English version of the judgment suggests that the *BAG* limited the scope of its question to cases where the applicable law is the law of a Member State ("[...] does that provision also exclude indirect regard to those mandatory provisions in the law of the *Member State* the law of which governs the contract?"; emphasis added). However, it is to be noted that this is not accurate, the *BAG* having in fact posed the question irrespectively of which country's law governs the contract, as the *BAG*'s order (BUNDESARBEITSGERICHT, order of 25 February 2015, Case 5 AZR 962/13 [A], above, n. 9 = German version of the ECJ judgment: "[...] mittelbare Berücksichtigung im Recht des *Staates*, dessen Recht der Vertrag unterliegt?") as well as other language versions of the ECJ judgment clearly show (French: "[...] prise en considération indirecte dans le droit de l'*État* dont le droit est applicable au contrat?"; Spanish: "[...] consideración indirecta en el Derecho del *Estado* a cuya legislación esté sometido el contrato?"; respective emphases added).

¹² ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 24 (question 3).

¹³ BUNDESARBEITSGERICHT, judgment of 26 April 2017, Case 5 AZR 962/13, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, pp. 86-91.

¹⁴ Convention 80/934/ECC on the law applicable to contractual obligations opened for signature in Rome on 19 June 1980.

by the parties to their employment contract after 17 December 2009, they were not of such magnitude that a new contract came into being. The Rome I Regulation thus was not applicable *ratione temporis* (cf. above, para. 4).¹⁵

III. The ECJ's decision and its context

1. Conflict-of-law level regard to foreign overriding mandatory provisions only under the conditions of Article 9(3) of the Rome I Regulation

9. The first question the ECJ ruled on concerned the direct applicability of other foreign overriding mandatory provisions than those enacted by the country of performance. This issue thus relates to the treatment of foreign overriding mandatory provisions on the conflict-of-law level, which is directly regulated by the Rome I Regulation. In its order for referral, the *BAG* simply supposed that Article 9(3) of the Rome I Regulation excludes the “application”¹⁶ of those other overriding mandatory provisions without further considering any arguments.¹⁷ Technically, the *BAG* thus did not refer to the ECJ the question whether Article 9(3) of the Rome I Regulation indeed excluded the conflict-of-law level consideration of other overriding mandatory provisions.¹⁸ Nevertheless, this issue has actually been subject to debate in academic discourse, so that the fact that the ECJ, although technically not solicited on the question, positioned itself is to be welcomed with respect to practical purposes: The ECJ's interpretation is binding for all Member State courts in future cases and thus will bring some clarity in this regard.

10. The ECJ stated that foreign overriding mandatory provisions, i.e. those not belonging to the forum state, are only relevant on the conflict-of-law level if the conditions set forth by Article 9(3) of the Rome I Regulation are fulfilled, so especially if the enacting state is the country of performance.¹⁹ The Court firstly reasons systematically by referring to party autonomy as the regulation's predominant principle, which, according to the Court, can be derived from the provisions of Article 3(1) in general and from Article 8(1) for employment contracts in particular. Because Article 9 of the Rome I Regulation derogates from this principle by allowing the application of legal provisions independently of a party choice of law, it should be construed restrictively.²⁰ The reasoning resorting to party autonomy regarding Article 9 of the Rome I Regulation so far has only scarcely been made use of in doctrinal statements,²¹ whereas the ECJ itself did argue similarly on other occasions.²²

¹⁵ BUNDESARBEITSGERICHT, judgment of 26 April 2017, Case 5 AZR 962/13, above, n. 13, IPRax 2018, pp. 86-91, 89 (para. 32).

¹⁶ Meaning the consideration on the conflict-of-law level. The *BAG* uses the term “application” (“*Anwendung*”) although this expression is only used by Article 9(2) of the Rome I Regulation regarding overriding mandatory provisions of the *lex fori*, whereas Article 9(3) provides for the possibility that foreign overriding mandatory provisions may be “given effect”. The content of the latter term is still unclear (cf. below, para. 26). In the following, this article will suppose that “application” in the sense that the *BAG* used the term refers to a consideration of foreign overriding mandatory provisions on the conflict-of-law level, and will use this phrasing rather than the mistakable term “application”.

¹⁷ BUNDESARBEITSGERICHT, order of 25 February 2015, Case 5 AZR 962/13 (A), above, n. 9, BeckRS 2015, 66693, question 2 and para. 14.

¹⁸ With a similar take on this C. THOMALE, above, n. 10, EuZA 2016, pp. 116-125, 123.

¹⁹ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 50.

²⁰ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 42 et seq.

²¹ See for example R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), *Internationales Vertragsrecht*, Cologne, Otto Schmidt, 8th edition 2015, para. 5.113; with respect to the Commission's proposal already and very exhaustive A. DICKINSON, “Third-Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations: So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu?”, *Journal of Private International Law (JPIL)* 3 (2007), pp. 53-88, 59 et seq.; also regarding the Commission's proposal see FINANCIAL MARKETS LAW COMMITTEE, *Legal Assessment of the Conversion of the Rome Convention to a Community Instrument and the Provisions of the Proposed Rome I Regulation* (available at <http://www.fmcl.org/uploads/2/6/5/8/26584807/121d.pdf>, retrieved 23 May 2018, currently not working), para. 3.5; subsequently to the Nikiforidis judgment, also C. I. CORDERO ÁLVAREZ, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros estados desde una aproximación europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)* 9 (2017), pp. 174-193, paras. 4 et seq. (pp. 179 et seq.).

²² Still regarding the previous provision, Article 7 of the Rome Convention, yet noting that the principle of party autonomy also played an important role in the Rome I Regulation: ECJ, 17 October 2013, *United Antwerp Maritime Agencies (Unamar) NV v Navigation Maritime Bulgare*, Case C-184/12, para. 49.

11. In addition to this systematic argument, the Court addresses the legislative process of Article 9 of the Rome I Regulation. The Rome I Regulation's predecessor, the Rome Convention, provided for the possibility to give effect to foreign mandatory provisions if they were enacted by a country which had a "close connection" to the individual case, Article 7(1) of the Rome Convention. While the Commission's proposal for the Rome I Regulation²³ had still adopted this rule it was later stricken from the text of the regulation during the legislative process.²⁴ This reasoning is, in comparison to the one resorting to party autonomy, far more present in academic discourse. Beyond that, the authors also examine the role of the United Kingdom, which already with respect to Article 7(1) of the Rome Convention had entered the reservation not to apply that provision pursuant to Article 22(1)(a) of that Convention.²⁵ The UK had voiced concerns also about the permissive phrasing of Article 8(3) of the Commission's proposal²⁶ and without the restriction would not have opted into the new Rome I Regulation.²⁷ The current Article 9(3) of the Rome I Regulation therefore has to be interpreted as the result of a compromise which can only entail the exclusion of foreign mandatory provisions other than those of the country of performance, and cannot, conversely, be applied to those other provisions by way of analogy.²⁸

12. The ECJ concludes its reasoning by invoking the principle of legal certainty mentioned as an explicit objective of the Rome I Regulation in recital 16.²⁹ To also consider other legal orders than the ones of the *lex fori* and the *lex loci solutionis* would mean to increase the number of relevant overriding mandatory provisions at the detriment of the foreseeability of the law applicable to the contract.³⁰ This line of thought can also be found in literary statements, where, in addition to the regulation's objective in general, reference is also made to the objective of Article 9 in particular, which consists in limiting the influence of foreign overriding mandatory provisions as far as possible.³¹

13. Sporadically, authors also have advocated a different point of view on this issue.³² *Inter alia*, these statements raised an objection against the claim that the final phrasing of Article 9(3) of the Rome

²³ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I), COM(2005) 650 final.

²⁴ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 45.

²⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I) – Observations by the United Kingdom delegation, Council Doc. 13035/06, Add 4 (22 September 2006), Annex B, p. 18 (para. 2); cf. also A. DICKINSON, above, n. 21, JPIL 3 (2007), pp. 53-88, 54.

²⁶ A. BONOMI, in: U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), *ECPIL. European Commentaries on Private International Law. Rome I Regulation*, Cologne, Otto Schmidt, 2017, Art. 9 Rome I Regulation, paras. 11 et seq., 127 et seq.; very detailed on the legislative history M. HELLNER, "Third Country Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation: Old Wine in New Bottles?", *Journal of Private International Law (JPIL)* 5 (2009), pp. 447-470, 451 et seq. and M. McPARLAND, *The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2015, paras. 15.61 et seq., who also makes reference to concerns raised by other delegations as well, e.g. Ireland, Latvia, Luxembourg, Portugal, Slovenia; A. STAUDINGER, in: F. FERRARI/E.-M. KIENINGER/P. MANKOWSKI (eds.), *Internationales Vertragsrecht – Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 3rd edition 2018, Art. 9 Rom-I-VO, para. 42; K. THORN, in: T. RAUSCHER (ed.), *EuZPR und EulPR, Vol. 3 – Rom-I- und Rom-II-Verordnungen*, Cologne, Otto Schmidt, 4th edition 2016, Art. 9 Rom-I-VO, paras. 4 et seq., 60 et seq.; R. FREITAG, "Die kollisionsrechtliche Behandlung ausländischer Eingriffsnormen nach Art. 9 Abs. 3 Rom-I-VO", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2009, pp. 109-116, 115; P. MANKOWSKI, "Drittstaatliche Embargonormen, Außenpolitik im IPR, Berücksichtigung von Fakten statt Normen: Art. 9 Abs. 3 Rom-I-VO im praktischen Fall", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2016, pp. 485-493, 486 et seq.

²⁷ M. HELLNER, above, n. 26, JPIL 5 (2009), pp. 447-470, 451; P. MANKOWSKI, above, n. 26, IPRax 2016, pp. 485-493, 487.

²⁸ P. MANKOWSKI, above, n. 26, IPRax 2016, pp. 485-493, 487.

²⁹ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 46.

³⁰ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 47.

³¹ R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.113; P. MANKOWSKI, above, n. 26, IPRax 2016, pp. 485-493, 487; D. MARTINY, in: F. J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG, *Münchener Kommentar zum BGB*, Vol. 12, Munich, C. H. Beck, 7th edition 2018, Art. 9 Rom-I-VO, para. 113; see also A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. 2, Madrid, Comares, 18th edition 2018, Ch. XX, para. 228 (pp. 1030 et seq.); A.-L. CALVO CARAVACA, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones Escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)* 1 (2009), pp. 52-133, para. 125 (p. 128).

³² G. RÜHL, "Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht", in: D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (eds.), *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 187-209, 206; O. RE-

I Regulation had to be considered a compromise to appease the United Kingdom. According to them, the United Kingdom had only feared that a universal *obligation* to apply foreign overriding mandatory provisions could be introduced into the new Rome I Regulation, a generally binding EU law instrument, whereas it had never positioned itself against the mere *faculty* to apply them, which was all Article 9(3) conveyed (“Effect *may* be given”).³³ They also asserted that, as the general objective of the unification of conflict-of-law rules was the international harmonization of judicial decisions, it was necessary to generally allow the conflict-of-law level consideration of foreign overriding mandatory provisions so that the question of which overriding provisions could be considered on the conflict-of-law level would not depend on which state’s court decided the respective case.³⁴

14. These arguments surely are considerable. Yet, they are based on the assumption³⁵ that the United Kingdom in effect only objected to a possible *obligation* to consider foreign overriding mandatory provisions on the conflict-of-law level. Yet this is, to say the least, not evident: On the contrary, the concerns voiced by the United Kingdom addressed above all the susceptibility of the permissive “close connection” criterion of Article 8(3) of the Commission’s proposal to cause “an unacceptable degree of legal uncertainty”.³⁶ Now, having stated this, it can hardly be plausibly maintained that the United Kingdom only had doubts about a prospective *obligation* of conflict-of-law level consideration of overriding mandatory rules. In effect, conceding only that Article 9(3) of the Rome I Regulation does not entail such an obligation but alleging that it grants the *faculty* to also consider any other foreign overriding mandatory provision does not fix the problem of legal uncertainty: Member State courts would still be able to consider those other foreign overriding rules as they see fit. In addition, it has to be noted that both Article 7(1) of the Rome Convention and Article 8(3) of the Commission’s proposal used the exact same wording as the present Article 9(3) of the Rome I Regulation as far as the facultative nature of the legal consequence (“[e]ffect may be given”) is concerned. Given this same wording in every version of the norm, the implementation of an *obligation* of a conflict-of-law level consideration of foreign overriding mandatory provisions seems to have never been at issue. If the UK under these circumstances still entered the reservation not to apply Article 7(1) of the Rome Convention and later voiced its serious concerns against Article 8(3) of the Commission’s proposal, those concerns could hardly have been aimed exclusively at a prospective obligation. Therefore, for Article 9(3) of the Rome I Regulation to truly resolve the UK’s issues with the norm’s predecessor, it has to be interpreted as prohibiting the conflict-of-law level consideration of other overriding mandatory provisions than those of the country of performance. Against this background, the rather small negative impact on international harmonization of judicial decisions is to be tolerated in the interest of legal certainty and giving the greatest possible effect to party autonomy. Accordingly, the ECJ’s decision in this regard is to be approved.³⁷

2. Consideration of other foreign overriding mandatory provisions than those of the country of performance on the level of substantive law

A) Article 9(3) of the Rome I Regulation

15. The other important decision made by the ECJ concerns the consideration of foreign overri-

MIEN, “Variationen zum Thema Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom-I-VO und Art. 16 Rom-II-VO unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zu Art. 7 Römer Übereinkommen”, in: H. KRONKE (ed.), *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, Gieseking, 2011, pp. 334-347, 347; C. THOMALE, “Österreichisches Arbeitsvertragsstatut und deutsches Betriebsverfassungsrecht – intertemporale Dimensionen ausländischer Eingriffsnormen”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2013, pp. 375-380, 379; C. THOMALE, above, n. 10, *EuZA* 2016, pp. 116-125, 123 et seq.; A. KÖHLER, *Eingriffsnormen – der „unfertige Teil“ des europäischen IPR*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 266, 291.

³³ C. THOMALE, above, n. 32, *IPRax* 2013, pp. 375-380, 379; C. THOMALE, above, n. 10, *EuZA* 2016, pp. 116-125, 123.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ The cited references do not present any kind of statement on the part of the UK that would substantiate the claim that the UK only had concerns regarding an obligation to broadly consider foreign overriding mandatory provisions.

³⁶ Council Doc. 13035/06, Add 4 (22 September 2006), Annex B, above, n. 25, pp. 7, 18 et seq.

³⁷ With a similar conclusion W.-H. ROTH, “Drittstaatliche Eingriffsnormen und Rom-I-Verordnung”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, pp. 177-186, 180.

ding mandatory provisions on the level of the substantive law designated by the conflict-of-law rules of the Rome I Regulation. The Court affirmed that, although Article 9(3) of the Rome I Regulation limited conflict-of-law level consideration of foreign mandatory provisions to those of the country of performance, it did at the same time not prohibit to consider other foreign overriding mandatory norms as a matter of fact under the substantive law applicable to the contract, in so far as the provisions of that legal order allow this.³⁸ Whereas on the previous issue the ECJ merely joined the ranks of what had already been the predominantly advocated point of view, its decision in the present regard surely attracts more attention, as the doctrinal opinions seem to be more evenly balanced.³⁹ As the reason for its decision, the ECJ only makes the statement that the Rome I Regulation did not harmonize the substantive legal orders of Member States, but only the conflict-of-law rules.⁴⁰ The Court's reasoning on this issue thus is rather short, especially compared to the one on the previous question. Given that here, doctrinal statements did not point as clearly in the same direction as with the conflict-of-law level consideration of foreign overriding mandatory provisions, a more extensive justification would have been welcome.

16. The argument of the scope of the international law harmonization is also adduced in doctrine. However there, it is also accompanied by a substantiation of what the ECJ in its judgment merely declares: The EU neither intended a unification of substantive law rules nor would a unification of such extent be possible since the EU's legislative power does not cover modifications of the Member States' national legal orders⁴¹ and because such changes could also engender problems with regard to fundamental rights (e.g. freedom to choose an occupation, right to property).⁴²

17. Against the backdrop of the new Article 9(3) of the Rome I Regulation, other authors have advocated the opposing view that, as of now, not only a conflict-of-law level consideration of other foreign overriding mandatory provisions than those of the country of performance is excluded, but also their consideration within the applicable substantive law.⁴³ Amongst other things, they base this view on the same reasoning which leads to the preclusion on the conflict-of-law level: They consider that the political compromise with the United Kingdom which has resulted in the current Article 9(3) of the Rome I Regulation forces us to disregard foreign overriding mandatory provisions entirely, i.e. on the substantive law level as well, insofar as they do not belong to the country of performance.⁴⁴ Furthermore, it is argued that the "giving effect" introduced by Article 9(3) bears too many similarities with a conside-

³⁸ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 51.

³⁹ For a preclusion also of the consideration of foreign mandatory provisions on the substantive law level e.g. F. MAULTZSCH, "Rechtswahl und ius cogens im Internationalen Schuldvertragsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 75 (2011), pp. 60-101, 98 et seq.; P. HAUSER, *Eingriffsnormen in der Rom-I-Verordnung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 114 et seq; probably also A. STAUDINGER, in: F. FERRARI/E.-M. KIENINGER/P. MANKOWSKI (eds.), above, n. 26, Art. 9 Rom-I-VO, para. 43. Against such a preclusion e.g. R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.113; P. MANKOWSKI, above, n. 26, IPRax 2016, pp. 485-493, 489; U. MAGNUS, in: U. MAGNUS (ed.), *J. v. Staudingers Kommentar zum BGB. EGBGB/IPR. Einleitung zur Rom-I-VO; Art. 1-10 Rom-I-VO (Internationales Vertragsrecht 1)*, Berlin, Sellier-de Gruyter, 2016, Art. 9 Rom-I-VO, para. 124; A. BONOMI, in: U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), above, n. 26, Art. 9 Rome I Regulation, paras. 187 et seq.; D. MARTINY, in: F. J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG (eds.), above, n. 31, Art. 9 Rom-I-VO, para. 114.

⁴⁰ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 52.

⁴¹ D. MARTINY, in: F. J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG (eds.), above, n. 31, Art. 9 Rom-I-VO, para. 115; see also the Opinion of the Attorney General in the Nikiforidis case M. SZPUNAR, 20 April 2016, *Republik Griechenland v Grigorios Nikiforidis*, Case C-315/15, paras. 102 et seq., especially para. 107.

⁴² P. MANKOWSKI, above, n. 26, IPRax 2016, pp. 485-493, 491. Insofar as this argument is based on the fundamental rights as guaranteed by national constitutional norms (in this sense P. MANKOWSKI, *ibid.*), this gives cause for concerns since technically Article 9 of the Rome I Regulation, as part of Union law, in principle primes over national legal orders, including their constitutional provisions (see ECJ, 15 July 1964, *Flaminio Costa v E.N.E.L.*, Case C-6/64; ECJ, 17 December 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle*, Case C-11/70, para. 3; see also the "Solange II" order of the German Federal Constitutional Court: BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, 22 October 1986, Case 2 BvR 197/83, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts [BVerfGE]* 73, pp. 339-388 = *Neue Juristische Wochenschrift [NJW]* 1987, pp. 577-582). The fundamental rights in question with this argument thus technically have to be those enshrined in the law of the European Union (Charter of Fundamental Rights of the European Union, European Convention on Human Rights).

⁴³ See the authors cited above, n. 39.

⁴⁴ P. HAUSER, *Eingriffsnormen in der Rom-I-Verordnung*, above, n. 39, pp. 116 et seq.

ration of foreign overriding mandatory provisions within the applicable substantive law. According to them, this is the case because the court seized is offered a margin of discretion (“effect *may* be given”). It is thus at liberty to take into account, in addition to public policy which normally is the only corrective mechanism on the conflict-of-law level, further considerations in deciding whether to approve the underlying assessment of the foreign overriding mandatory provision – quite similarly to the comparison of the underlying assessments of foreign overriding mandatory provisions with those of the *lex contractus*, which is normally limited to the substantive law level. Now, if Article 9(3) only provides for this kind of comparison of the respective legal assessments in the case of overriding mandatory provisions of the country of performance, a consideration of other foreign overriding mandatory provisions on the level of substantive law has to be excluded *e contrario*.⁴⁵ In the case, though, that other countries than the country of performance could have a similarly strong factual influence on the contract (such as the country of dispatch or a transit country in the case of transportation contracts), the consideration of other foreign overriding mandatory norms should be allowed according to these authors: either by applying Article 9(3) directly, with a corresponding broad interpretation of the “country of performance”, or by way of analogy.⁴⁶ Technically, however, this would then again be a consideration on the conflict-of-law level, not on the level of the applicable substantive law.

18. Certainly, especially this last argument is quite powerful. In the end, however, the opposing view cannot be maintained. Although, given the UK’s objections during the legislative process, it might at first sight be plausible to also exclude a consideration of foreign overriding mandatory provisions on the substantive law level, this position has to be abandoned when we remind ourselves that the Rome I Regulation is neither allowed nor willing to take influence on the substantive law level, as seen above. For this point of view, one ought to also consider a point which was not mentioned by the ECJ: The applicable substantive law may very well be the law of a non-EU Member State (cf. Article 2 of the Rome I Regulation). Now, the EU legislator *a fortiori* cannot regulate the internal contract law of a state which did not even subject itself to EU legislation.⁴⁷ Similarly, the *e contrario* argument mentioned above cannot be followed because it, too, would entail an interference with national substantive law. Lastly, a distinction has to be drawn between the consideration of foreign norms, on the one hand, and the facts resulting from the enforcement of those norms by a foreign state, on the other hand. The latter cannot simply be ignored; to accept the existence of those facts does not automatically mean to accept the underlying assessments leading to the enactment of the norms whose enforcement then results in those facts.⁴⁸ Thus, this solution does not subject the Member States’ jurisdictions to the pretence of a foreign state to regulate a specific case by its overriding provisions; it merely ensures the functioning of the legal order, which has to be able to react to factual circumstances. Because it adopts this point of view, the ECJ’s conclusion therefore is to be approved.

B) The influence of the principle of sincere cooperation enshrined in Article 4(3) of the Treaty on European Union

19. Having stated this, the ECJ, with only a few sentences, answers the question whether the principle of sincere cooperation implemented in Article 4(3) of the Treaty on European Union has any influence on the treatment of overriding mandatory provisions of other Member States. According to the Court, this is not the case.⁴⁹ The ECJ argues that the principle of sincere cooperation does not relieve a Member State of its obligations resulting from other EU law, so in this case the forum state’s obligation, resulting from the exhaustive character of Article 9(3) of the Rome I Regulation, not to consider other overriding mandatory provisions than those of the country of performance on the conflict-of-law level.⁵⁰

⁴⁵ On the whole reasoning, see F. MAULTZSCH, above, n. 39, *RabelsZ* 75 (2011), pp. 60-101, 98 et seq.

⁴⁶ F. MAULTZSCH, above, n. 39, *RabelsZ* 75 (2011), pp. 60-101, 99.

⁴⁷ D. MARTINY, in: F. J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG (eds.), above, n. 31, Art. 9 Rom-I-VO, para. 115.

⁴⁸ P. MANKOWSKI, above, n. 26, *IPRax* 2016, pp. 485-493, 489 et seq.

⁴⁹ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 54.

⁵⁰ ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 54.

The Court also refers to a previous judgment which likewise merely states that the principle enshrined in Article 4(3) of the Treaty on European Union does not change the previously reached conclusion without, however, giving a more in-depth justification.⁵¹

20. In doctrine, authors were already advocating the possibility to consider foreign overriding mandatory provisions if they belong to another Member State.⁵² They resort to the principle of sincere cooperation but also invoke other principles of primary EU law. The German *BAG* in its questions only referred to the principle of sincere cooperation so that the following shall concentrate on this issue.⁵³ The authors who are of this opinion *inter alia* established a connection with the recast Brussels I Regulation,⁵⁴ which could only be implemented because the Member States relinquished any international jurisdiction they potentially might have had under their respective national rules of jurisdiction and, in doing so, also lost the possibility of applying their own overriding mandatory provisions, which then would have been overriding mandatory provisions of the *lex fori* (cf. Article 9(2) of the Rome I Regulation). In compensation, the court which is internationally competent in virtue of European rules of international jurisdiction should also have regard to overriding mandatory provisions of other Member States.⁵⁵ Furthermore, it has been argued that the objective of the unification of conflict-of-law rules and rules on international jurisdiction is that a case would be decided in the same way anywhere in the EU, regardless of which court is seized. Therefore, to reach this objective, every seized court within the EU has to apply the same overriding mandatory provisions, that is, those of every Member State.⁵⁶ For this point of view, it has also been stated that overriding mandatory provisions serve an important political, social or economic interest (cf. Article 9(1) of the Rome I Regulation) of the state that enacts them. These interests are, if and insofar as they respect the fundamental freedoms of primary EU law, general interests recognized by the EU which thus may not be ignored by other Member States in accordance with the principle of sincere cooperation.⁵⁷

21. In the Nikiforidis case, the *BAG*, too, considers it at least possible that the principle of sincere cooperation could lead to a different conclusion, arguing that the Greek laws No 3833/2010 and No 3845/2010 were passed to consolidate the national budget, a measure demanded by the decision of the Council of the European Union of 8 June 2010.⁵⁸ This Council decision is based on Articles 126(9) and 136 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Therefore, it could be argued that the principle of sincere cooperation of Article 4(3) of the Treaty on European Union applies and other Member

⁵¹ ECJ, 23 January 2014, *Manzi and Compagnia Naviera Orchestra v Capitaneria di Porto di Genova*, Case C-537/11, para. 40.

⁵² W.-H. ROTH, "Der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit in der Europäischen Union und das Internationale Privatrecht", in: D. HEID/R. STOTZ/A. VERNY (eds.), *Festschrift für Manfred A. Dausen zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2014, pp. 315-335, 322, 331 et seq.; with a different reasoning also W.-H. ROTH, "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 55 (1991), pp. 623-672, 662 et seq.; R. FREITAG, "Einfach und international zwingende Normen – Anmerkungen zu einem restatement des Art. 7 EVÜ in einem künftigen "Gemeinschaftsinstrument über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht"⁵³", in: S. LEIBL (ed.), *Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht – Beiträge zur Fortentwicklung des Europäischen Kollisionsrechts der vertraglichen Schuldverhältnisse*, Munich, Sellier, 2004, pp. 167-193, 184; E.-J. MESTMÄCKER, "Staatliche Souveränität und offene Märkte: Konflikte bei der extraterritorialen Anwendung von Wirtschaftsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 52 (1988), pp. 205-255, 236 et seq.; differentiating J. FETSCH, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, pp. 319 et seq.; the Austrian Supreme Court OBERSTER GERICHTSHOF, 8 March 2012, *Juristische Blätter (JBl.)* 2013, 362, 364 (*sub* 5.) apparently also takes this position, although in an *obiter dictum*.

⁵³ For other justifications, see R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.41, with references.

⁵⁴ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

⁵⁵ R. FREITAG, in: S. LEIBL (ed.), above, n. 52, pp. 167-193, 184 et seq.

⁵⁶ R. FREITAG, in: S. LEIBL (ed.), above, n. 52, pp. 167-193, 185.

⁵⁷ W.-H. ROTH, in: D. HEID/R. STOTZ/A. VERNY (eds.), above, n. 52, pp. 315-335, 334.

⁵⁸ COUNCIL DECISION of 10 May 2010 addressed to Greece with a view to reinforcing and deepening fiscal surveillance and giving notice to Greece to take measures for the deficit reduction judged necessary to remedy the situation of excessive deficit, 2010/320/EU, Official Journal of the European Union L 145/6 (Note that the English language version of the Council decision is mistakenly entitled "of 10 May 2010", whereas in every other language version the indicated date is 8 June 2010).

States have to assist the Greek state in complying with its obligations.⁵⁹

22. Against such an obligation to have regard to overriding mandatory provisions of every other EU Member State one must, however, again invoke the objective of Article 9(3) of the Rome I Regulation, evident from its genesis, to limit the number of foreign overriding mandatory provisions that might take influence on the contract. The potential consideration of every overriding mandatory provision of every one of the 28⁶⁰ Member States would severely interfere with this effort.⁶¹ For the particular *Nikiforidis* case, it can also be argued that EU law merely obligated Greece in general terms to consolidate its national budget. The concrete implementation of any measures, however, was left at the discretion of the Greek state. To impose salary cuts on employees working in another country thus was not the immediate compliance with an obligation resulting from primary EU law, which could have demanded the assistance of Member States in accordance with the principle of sincere cooperation.⁶² At last, the argument stating that the public interests pursued by a Member States' national overriding mandatory provision are at the same time general EU interests and therefore have to be respected by every other Member State cannot prevail, either. It is not clear why Article 9 of the Rome I Regulation should make of purely, and by definition, national interests general interests of the European Union. Even for constitutional norms, Article 4(3) of the Treaty on European Union is generally interpreted as either not entailing an obligation for the EU to have regard to the Member States' constitutional law at all,⁶³ or at least only for constitutional provisions which form the constitutional "identity"⁶⁴. Against this background, it does not make sense to elevate national interests pursued by overriding mandatory provisions, which generally are ordinary statutes, to the level of general interests of the European Union.

23. The principle of sincere cooperation therefore does not except overriding mandatory provisions of other Member States from the general prohibition of having regard, on the conflict-of-law level, to foreign overriding mandatory provisions not belonging to the country of performance. The ECJ's decision in this sense is therefore to be approved. However, it would have been desirable that the Court provide a more in-depth justification for its decision on this issue. Instead, and likewise without giving any further reason, it even explicitly joins together the issue of the consideration on the substantive law level, on the one hand, and the issue of the principle of sincere cooperation, on the other hand,⁶⁵ which had been two separate questions in the *BAG*'s order for referral. In the following, the ECJ then does not discuss the reasoning set forth by the *BAG*⁶⁶ and in total dedicates only one paragraph to the issue.⁶⁷ Because of the opposing opinions on this issue, further explanations would perhaps have provided a more satisfactory degree of clarification.⁶⁸ Furthermore, as the ECJ, due to the limitation of the *BAG*'s question to this point, only focused on the influence of the principle of sincere cooperation, the general question of whether the possibility or maybe even the obligation exist to consider overriding mandatory provisions of other Member States, cannot be considered fully resolved: As indicated above, doctrinal

⁵⁹ BUNDESARBEITSGERICHT, order of 25 February 2015, Case 5 AZR 962/13 (A), above, n. 9, BeckRS 2015, 66693, para. 16.

⁶⁰ Unless the United Kingdom and the European Union, with respect to the envisaged withdrawal of the UK from the EU ("Brexit"), come to an agreement specifying another date, as of 30 March 2019 there will only be 27 Member States left in accordance with Article 50(3) TUE.

⁶¹ D. MARTINY, in: F. J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG (eds.), above, n. 31, Art. 9 Rom-I-VO, para. 32; R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.41, who now opposes an obligation to have regard to other Member States' overriding mandatory provisions based on the principle of sincere cooperation; still in a different sense, his statements cited above, n. 52, 55, and 56.

⁶² U. MAGNUS, in: U. MAGNUS (ed.), above, n. 39, Art. 9 Rom-I-VO, para. 123; Opinion of the Attorney General in the *Nikiforidis* case M. SZPUNAR, Case C-315/15, above, n. 41, para. 123.

⁶³ Cf. A. HATJE, in: J. SCHWARZE (ed.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden, Nomos, 3rd edition 2012, Art. 4, para. 77, with further references.

⁶⁴ Cf. W. KAHL, in: C. CALLIESS/M. RUFFERT (eds.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, Munich, C. H. Beck, 5th edition 2016, Art. 4 EUV, para. 111, with further references ("identitätsprägende Verfassungsnormen").

⁶⁵ See ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 40.

⁶⁶ See above, para. 21.

⁶⁷ See ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 54.

⁶⁸ With similar criticism W.-H. ROTH, above, n. 37, IPRax 2018, pp. 177-186, 185, *et passim*.

statements have also contemplated such an obligation based on other reasons, more precisely the principle of equal treatment (Article 4(2) of the Treaty on European Union)⁶⁹ or even an obligation following immediately from Article 9 of the Rome I Regulation.⁷⁰

IV. Open questions

24. As much as the ECJ brought, at least for Member State courts, welcome clarification of some disputed questions regarding Article 9 of the Rome I Regulation, there are still unresolved issues. In part, they were already subject to discussions before the Nikiforidis judgment,⁷¹ in part, they follow from the Nikiforidis judgment.

25. As already stated above, Article 9(3) of the Rome I Regulation provides for the possibility to give effect to overriding mandatory provisions of the country where the contractual obligations have to be or have been performed. By this limitation to overriding mandatory provisions of the country of performance, Article 9(3) follows the English tradition established mainly in the judgment of the English Court of Appeal in the case *Ralli Bros*.⁷² However, Article 9(3) does not clarify how to determine the place of performance. As a result, this question is disputed. Some invoke recital 7 of the Rome I Regulation to advocate the same interpretation of the “place of performance” criterion as in the recast Brussels I Regulation.⁷³ The apparent majority proposes an autonomous interpretation⁷⁴ according to which the place of performance is to be determined factually, once the obligation in question has been performed,⁷⁵ and, if the contract is yet to be performed, the place of performance should instead be determined by the *lex causae*.⁷⁶ The Nikiforidis judgment did not bring any further clarification on this point.

26. Furthermore,⁷⁷ the implications of the legal consequence of Article 9(3) of the Rome I Regulation are still not fully determined. Essentially, to “give effect” to overriding mandatory provisions of the country of performance could imply, on the one hand, a special connecting factor for those provisions. Article 9(3) would then be a special conflict rule⁷⁸ to determine the applicability of overriding mandatory provisions.⁷⁹ On the other hand, the term “to give effect” could mean a consideration of foreign overriding mandatory provisions within the applicable substantive law, as practised, for example, by German courts

⁶⁹ W.-H. ROTH, in: D. HEID/R. STOTZ/A. VERNY (eds.), above, n. 52, pp. 315-335, 334 et seq.

⁷⁰ A. KÖHLER, above, n. 32, p. 320.

⁷¹ See also T. PFEIFFER, “EuGH: Tatsächliche Berücksichtigung ausländischer Eingriffsnormen. Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 18.10.2016, C-135/15”, *LMK* 2016, 382315, para 3.b and W.-H. ROTH, above, n. 37, *IPRax* 2018, pp. 177-186, 181 et seq.

⁷² *Ralli Bros v Compañía Naviera Sota y Aznar*, [1920] 2 K.B. 287; K. THORN, in: T. RAUSCHER (ed.), above, n. 26, Art. 9 Rom-I-VO, para. 5.

⁷³ E.g. A. STAUDINGER, in: F. FERRARI/E.-M. KIENINGER/P. MANKOWSKI (eds.), above, n. 26, Art. 9 Rom-I-VO, para. 39.

⁷⁴ D. MARTINY, in: F. J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER/B. LIMPERG (eds.), above, n. 31, Art. 9 Rom-I-VO, para. 117; U. MAGNUS, in: U. MAGNUS (ed.), above, n. 39, Art. 9 Rom-I-VO, para. 100; R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.121.

⁷⁵ K. THORN, in: T. RAUSCHER (ed.), above, n. 26, Art. 9 Rom-I-VO, para. 64; R. FREITAG, above, n. 26, *IPRax* 2009, pp. 109-116, 114; W.-H. ROTH, above, n. 37, *IPRax* 2018, pp. 177-186, 181.

⁷⁶ R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.122; U. MAGNUS, in: U. MAGNUS (ed.), above, n. 39, Art. 9 Rom-I-VO, para. 105.

⁷⁷ The issues hinted at in paragraphs 26-29 shall be closely addressed in the author’s envisaged doctoral dissertation (cf. above, asterisk note).

⁷⁸ “*Sonderanknüpfung*” in German doctrine. M. HELLNER, above, n. 26, *JPIL* 5 (2009), pp. 447-470, 448 proposes the term “*dépeçage* solution”.

⁷⁹ In this sense e.g. U. MAGNUS, in: U. MAGNUS (ed.), above, n. 39, Art. 9 Rom-I-VO, para. 122; K. THORN, in: T. RAUSCHER (ed.), above, n. 26, Art. 9 Rom-I-VO, para. 80.

until now.⁸⁰ It may even comprise the two at the same time.⁸¹ Here, it will especially be necessary to examine the relation between the content of the legal consequence of Article 9(3) of the Rome I Regulation and the now newly introduced term of “taking into account as a matter of fact” in the Nikiforidis judgment. For the judgment to be coherently incorporated into the existing system of Article 9 of the Rome I Regulation, it is necessary to define the content of “giving effect” with regard to the fact that at the same time it has to be possible to “take into account” overriding mandatory provisions “as a matter of fact” on the substantive law level, and vice versa. It can therefore be stated that the two concepts delimit each other, or at the very least cannot be identical.⁸² Otherwise, the prohibition inherent in Article 9(3) of the Rome I Regulation according to which other foreign overriding mandatory provisions than those of the country of performance are excluded from a conflict-of-law level consideration would be undermined.

27. In this context, it will also have to be examined whether overriding mandatory provisions of the country of performance can likewise be taken into account as a matter of fact rather than be given effect in application of Article 9(3) of the Rome I Regulation.⁸³ This could be the case where the legal consequence of Article 9(3) is excluded because the overriding mandatory provision in question, although one of the country of performance, does not render the performance of the contract unlawful as Article 9(3) requires, or because the seized court, exercising its discretion accorded by Article 9(3), desists from giving effect to the provision.⁸⁴ It will have to be examined in these cases whether the seized court can freely proceed to taking into account the overriding mandatory provisions of the country of performance on the substantive law level once it has decided that they may not be given effect by virtue of Article 9(3) on the conflict-of-law level,⁸⁵ or whether this can even be answered in the negative.⁸⁶ If the courts indeed also have this second possibility, the relation between a “taking into account” of the overriding mandatory provisions of the country of performance and the “taking into account” of other foreign overriding mandatory provisions (configuration in the Nikiforidis case) will have to be examined: Because of the tendentially preferential treatment of the former by Article 9(3), certain methods might be reserved to the “taking into account” of those norms and excluded for the latter. Finally, the relation of taking into account overriding mandatory

⁸⁰ E.g. judgments of the German Federal Supreme Court: BUNDESGERICHTSHOF, 21 December 1960, Case VIII ZR 1/60, *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)* 34, 169 (“Borax”); BUNDESGERICHTSHOF, 22 June 1972, Case II ZR 113/70, *BGHZ* 59, 82 (“nigerianische Masken”); BUNDESGERICHTSHOF, 8 May 1985, Case IVa ZR 138/83, *BGHZ* 94, 268 (“Bestechung”); cf. also BUNDESARBEITSGERICHT, order of 25 February 2015, Case 5 AZR 962/13 (A), above, n. 9, BeckRS 2015, 66693, para. 5.

⁸¹ A. BONOMI, in: U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), above, n. 26, para. 180.

⁸² In essence, this point of departure is also what causes F. MAULTZSCH to exclude a consideration of other foreign overriding mandatory provisions than those of the country of performance on the substantive law level altogether, see above, n. 45, with corresponding text (para. 17). Of course, he reaches this conclusion on the premise that “giving effect” has to be interpreted in the way that he does, i.e. being almost identical to a consideration of foreign mandatory provisions on the level of the applicable substantive law. This point of view, however, cannot be followed if the ECJ’s judgment shall be embedded into the existing system of Article 9, and “giving effect” has to be construed differently.

⁸³ R. FREITAG, “Ausländische Eingriffsnormen vor deutschen Gerichten“, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2018, pp. 430-435, 432 and 435 assumes this, however without explicitly raising the issue.

⁸⁴ For a possible instance of this second hypothesis in Spanish case law, see the case of the Madrid appellate court AUDIENCIA PROVINCIAL, sala de lo Civil de Madrid, Sección Undécima, 30 March 2016, Case SAP M 4159/2016; also discussed by C. I. CORDERO ÁLVAREZ, above, n. 21, *CDT* 9 (2017), pp. 174-193, para. 26 (pp. 191 et seq.). C. I. CORDERO ÁLVAREZ supposes without further discussion that the Russian provision in question in that case was indeed an overriding mandatory provision; the Spanish court, in contrast, did not address this question at all and proceeded directly to taking into account the Russian provision within the applicable Spanish law. It is therefore also possible that the case does not enter the domain of Article 9 of the Rome I Regulation because the Russian law might not have been an overriding mandatory provision. Another possible instance is the case decided by the German court LG FRANKFURT/MAIN, 16 November 2017, Case 2/24 O 37/17 = *Juristenzeitung (JZ)* 2018, pp. 153-156; also discussed by R. FREITAG, above, n. 83, *NJW* 2018, pp. 430-435. In this case, the German court, like the Madrid Audiencia Provincial, did not mention Article 9(3). Instead, it likewise reckoned, within the applicable German law, that the potential overriding mandatory provision from Kuwait made it impossible for the defendant, Kuwait Airlines, to transport an Israeli citizen from Frankfurt to Bangkok, with stopover in Kuwait City.

⁸⁵ The question has now also been raised by W.-H. ROTH, above, n. 37, *IPRax* 2018, pp. 177-186, 181.

⁸⁶ To exclude a “taking into account” on the substantive law level would certainly raise the same concerns as excluding any other foreign overriding mandatory provisions (configuration in the Nikiforidis case) from being taken into account because it would lead to ignoring factual circumstances and thus jeopardize the functioning of the legal order (see above, n. 48, with corresponding text).

provisions of the country of performance on the substantive law level to the “giving effect” provided for by Article 9(3) of the Rome I Regulation would in this case also need to be clarified.

28. Closely related to the interpretation of “giving effect” (above, para. 26) is the question of how exactly the phrase “to take into account as a matter of fact” has to be construed. Is it identical to the regard to foreign overriding mandatory provisions on the level of the applicable substantive law, as practised by German courts in the past? The *BAG* certainly seems to think so, given that in its order for referral it refers to the past practice of German courts by two different terms it apparently thinks of as synonyms. One of them is identical with what the ECJ later formulated in its judgment: “take into account as a matter of fact”;⁸⁷ the other is the “indirect regard” to foreign overriding mandatory provisions.⁸⁸ However, one has to be mindful of the fact that German courts often considered foreign overriding mandatory provisions as fulfilling normative elements of German substantive law provisions, such as “principles of morality” (*gute Sitten*). It is doubtful, and has in fact been subject to debates before the Rome I Regulation came into force, whether this method can be qualified as taking into account *as a matter of fact*⁸⁹ or whether it is much rather an (albeit indirect) application of the foreign overriding mandatory provisions, i.e. a consideration of their normative, not their factual effects.⁹⁰ This will have to be examined more closely in the future.

29. The ECJ also did not comment on the, likewise closely related, question how the “taking into account as a matter of fact” is supposed to work from a technical point of view: Which elements of which provisions are suitable for this method; what kind of legal consequence can be the result of the “taking into account”; does the “taking into account” work in the same manner regardless of what kind of overriding mandatory provision is being taken into account? These are, of course, all issues of national law, so that the ECJ naturally could not comment on them. These questions will have to be sorted out within the substantive law of each state respectively, and possible existing methods will have to be scrutinized with regard to whether they are suitable for continuing application.

30. Finally, the Nikiforidis judgment does not provide any clarification on the question of how to treat overriding mandatory provisions of the *lex causae*. Article 9 of the Rome I Regulation does not contain any specific statement in that respect. There are authors who consider overriding mandatory norms to be included in the simple designation of the applicable law by the ordinary conflict rules and are therefore always applicable (so called “*Schuldstatutstheorie*” in German doctrine).⁹¹ Others consider that overriding mandatory provisions of the *lex causae* are only relevant if they meet the require-

⁸⁷ BUNDESARBEITSGERICHT, order of 25 February 2015, Case 5 AZR 962/13 (A), above, n. 9, BeckRS 2015, 66693, para. 5: “[...], dass drittstaatliche Eingriffsnormen zumindest *als tatsächliche Umstände* im Rahmen ausfüllungsbedürftiger Rechtsnormen *berücksichtigt* werden konnten” (emphases added).

⁸⁸ BUNDESARBEITSGERICHT, order of 25 February 2015, Case 5 AZR 962/13 (A), above, n. 9, BeckRS 2015, 66693, question 2: “*mittelbare Berücksichtigung* im Recht des Staates, dessen Recht der Vertrag unterliegt” (emphasis added); see also ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 24 (question 2).

⁸⁹ In this sense, however regarding the law from before the Rome I Regulation came into force, P. MANKOWSKI, in: C. v. BAR/P. MANKOWSKI, above, n. 1, § 4, para. 129.

⁹⁰ Cf. A. KÖHLER, above, n. 32, p. 269; also, but in the end still admitting the possibility of consideration within normative elements for “reasons of practicability”, L. GÜNTHER, *Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom-I- und Rom-II-Verordnungen*, Saarbrücken, Alma Mater, 2011, pp. 175 et seq.; regarding the law before the Rome I Regulation, also C. v. BAR, *Internationales Privatrecht I – Allgemeine Lehren*, Munich, C. H. Beck, 1987, para. 265; K. SCHURIG, “Lois d’application immédiate und Sonderanknüpfung zwingenden Rechts: Erkenntnisfortschritt oder Mystifikation”, in: W. HOLL/U. KLINKE (eds.), *Internationales Privatrecht – Internationales Wirtschaftsrecht*, Cologne, Heymann, 1985, pp. 55-76, 73 et seq.

⁹¹ A. BONOMI, in: U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (eds.), above, n. 26, Art. 9 Rome I Regulation, paras. 108 et seq.; U. MAGNUS, in: U. MAGNUS (ed.), above, n. 39, Art. 9 Rom-I-VO, para. 137; H.-P. MANSEL, “Eingriffsnormen im internationalen Sachenrecht”, in: T. ACKERMANN/J. KÖNDGEN (eds.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa. Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, Munich, C. H. Beck, 2015, pp. 375-382, 378; W.-H. ROTH, above, n. 37, IPRax 2018, pp. 177-186, 181 et seq.; without any further discussion similarly the Opinion of the Attorney General in the Nikiforidis case M. SZPUNAR, Case C-315/15, above, n. 41, para. 76; see also MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 71 (2007), pp. 225-343, 316 et seq. (para. 145); apparently also C. I. CORDERO ÁLVAREZ, above, n. 21, CDT 9 (2017), pp. 174-193, para. 7 (p. 180).

ments of Article 9 Rome I Regulation,⁹² i.e. if the *lex causae* is at the same time either the *lex fori* or the law of the country of performance.⁹³

V. Conclusions

31. The ECJ pronounces itself on some important issues in relation to Article 9 of the Rome I Regulation and insofar gives binding instructions for Member States' courts. How the relatively recent judgment will also lastingly impact the academic discourse remains to be seen. The affirmative answer to the question whether a court can have regard to foreign overriding mandatory provisions which do not belong to the country of performance on the level of the applicable substantive law is probably the most significant for the interpretation of Article 9 of the Rome I Regulation as this was, out of the referred questions, the one most discussed in doctrine (cf. above, para. 15). In contrast, the respective opposing views regarding a conflict-of-law level consideration of foreign overriding mandatory provisions and regarding the influence of the principle of sincere cooperation were already much less prominently advocated. The ECJ much rather merely joined the ranks of the majoritarian view regarding these two questions. However, the decision on the influence of the principle of sincere cooperation should have been more thoroughly substantiated.

32. The ECJ's decision overall inserts itself in the often-referenced principle according to which overriding mandatory provisions should not too frequently change the results envisaged by the general system of conflict rules.⁹⁴ Thus, on the conflict-of-law level, regard can be had only to overriding mandatory provisions of the *lex fori* or the law of the country of performance, and the European principle of sincere cooperation does not extend the set of potentially pertinent overriding mandatory provisions to all Member State provisions, either. The possibility to also take into account other overriding mandatory provisions on the substantive law level seems at first sight to be at odds with this principle. However, a Union law principle necessarily reaches its limits where the domain of the national legal orders of each Member State begins, which, for the lack of legislative power in this area, the Union law cannot influence. Lastly, a legal order cannot turn a blind eye to factual circumstances, even though they may be the consequence of foreign overriding mandatory provisions, if it is to remain functional.

⁹² A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, above, n. 31, Ch. XX, para. 228 (p. 1030 et seq.); R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.24; K. THORN, in: T. RAUSCHER (ed.), above, n. 26, Art. 9 Rom-I-VO, para. 78; H. J. SONNENBERGER, in: F. J. SÄCKER/R. RIXECKER (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Vol. 10, Munich, C. H. Beck, 5th edition 2010, Einleitung IPR, para. 47.

⁹³ See for a very detailed examination of this issue W.-H. ROTH, above, n. 37, IPRax 2018, pp. 177-186, 181 et seq.

⁹⁴ H.-P. MANSEL, in: R. STÜRNER (ed.), *Jauernig. Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Munich, C. H. Beck, 16th edition 2015, vor Art. 1 Rom-I-VO, para. 53; R. FREITAG, above, n. 83, NJW 2018, pp. 430-435, 432; R. FREITAG, in: C. REITHMANN/D. MARTINY (eds.), above, n. 21, para. 5.6; U. MAGNUS, in: U. MAGNUS (ed.), above, n. 39, Art. 9 Rom-I-VO, para. 2; ECJ, Case C-184/12, above, n. 22, para. 49; see also recital 37 of the Rome I Regulation (as well as recital 32 of the Rome II Regulation) according to which the application of overriding mandatory provisions is limited to "exceptional circumstances". The ECJ likewise refers to recital 37 of the Rome I Regulation in the Nikiforidis judgment: ECJ, Case C-315/15, above, n. 3, para. 43.

EL CENTRO DE INTERESES DE LA PERSONA JURÍDICA:
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 17 DE
OCTUBRE DE 2017, BOLAGSUPPLYSNINGEN OÜ, INGRID
ILSJAN Y SVENSK HANDEL AB, C-194/16

CENTRE OF INTERESTS OF THAT PERSON: COMMENTS
TO THE CJUE JUDGEMENT OF 17 OCTUBER 2017,
BOLAGSUPPLYSNINGEN OÜ, INGRID ILSJAN Y SVENSK
HANDEL AB, C-194/16

ANTONIO MERCHÁN MURILLO
Profesor de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide

Recibido: 10.07.2018 / Aceptado: 20.07.2018
DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4410>

Resumen: La Sentencia TJUE de 17 de octubre de 2017, Bolagsupplysningen Oü, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel Ab, asunto C-194/16, recoge una nueva interpretación del artículo 7,2 del Reglamento 1215/2012, en relación con las obligaciones extracontractuales, determinando que las personas jurídicas pueden presentar una demanda por vulneración de sus derechos de personalidad ante los tribunales del Estado miembro donde se encuentra su centro de intereses. Este centro de interés vendrá determinado por el lugar en el que ejerce la parte esencial de su actividad económica.

Palabras clave: Reglamento 1215/2012, obligaciones extracontractuales, derechos de la personalidad, centro de interés.

Abstract: The CJUE judgement of 17 October 2017, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel Ab, C-194/16, refers to a new interpretation regarding Art. 7,2 of Regulation 1215/2012, in relation to non-contractual obligations, and determines that legal persons can file a claim for violation of their personality rights before the Member State's courts where they locate their center of interests. This center of interest will be determined by the place where the essential part of its economic activity is exercised.

Keywords: Regulation 1215/2012, non-contractual obligations, rights relating to personality, center of interest.

Sumario: I. Introducción. II. Supuesto de hecho. III. Contextualización y análisis de la sentencia. 1. Evolución del criterio jurisprudencial. A. El doble foro: el lugar donde se haya materializado el daño o el lugar del hecho causal que originó el daño. B. La tesis mosaico: la totalidad del daño en el lugar de origen o parcialmente en cada país donde se hubiera materializado el daño. C. El centro de interés como criterio adicional de conexión con el foro. D. El centro de interés como criterio de competencia para las personas jurídicas. E. Competencia judicial para la supresión y rectificación de información inexacta. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Sentencia del TJUE, de 17 de octubre de 2017, asunto C-194/16, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel AB*, añade una nueva línea interpretativa al artículo 7,2 del Reglamento 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

2. En esta Sentencia el TJUE tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Riigikohus (Tribunal Supremo, Estonia), en relación a: si los órganos jurisdiccionales estonios pueden declararse competentes para conocer de esta acción basándose en el centro de intereses de la recurrente, teniendo en cuenta que el Tribunal de Justicia ha aplicado en otras ocasiones este criterio de competencia respecto a personas físicas, pero nunca hasta ahora a personas jurídicas; en caso afirmativo, desea saber cómo debe determinarse el centro de intereses de una persona jurídica; finalmente, en caso de que la competencia de los órganos jurisdiccionales estonios se limite a las situaciones en las que los daños y perjuicios se hayan ocasionado en Estonia, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si puede ordenar a la federación sueca que rectifique y suprima la información controvertida.

3. Como puede observarse, se presenta una situación novedosa respecto a la jurisprudencia anterior¹: que una persona jurídica solicita, con carácter principal, que se rectifique y suprima información disponible en Internet y, así, determinar si la protección de los derechos de la personalidad en tanto que derechos fundamentales puede extenderse asimismo a las personas jurídicas².

4. Estas circunstancias fácticas permiten al Tribunal añadir y/o actualizar el criterio interpretativo en materia delictual o cuasidelictual establecido en la Sentencia, de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/93, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd y Presse Alliance SA*, en un caso de difamación a través de medios de comunicación impresos, y en la Sentencia, de 25 de octubre de 2011, asunto C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising* y otros, en relación a los daños causados a la reputación de una persona física, mediante información publicada en Internet.

II. Supuesto de hecho

5. *Bolagsupplysningen OÜ* es una sociedad, con domicilio social establecido en Tallin (Estonia), que realiza la mayor parte de sus negocios en Suecia, la Sra. Ingrid Ilsjan es empleada de la citada sociedad. *Svensk Handel AB* es una federación profesional sueca. Esta última incluyó a *Bolagsupplysningen OÜ* en una lista negra publicada en su sitio web, afirmando que ésta comete estafa y fraude. El foro de discusión del sitio web recibió unos 1.000 comentarios en respuesta a la inclusión en la lista negra, entre los que figuraban llamamientos al uso de la violencia contra la recurrente y sus empleados, en la que se incluía la Sra. Ingrid Ilsjan.

6. Ante esto *Bolagsupplysningen OÜ* y la Sra. Ingrid Ilsjan demandaron ante el Tribunal de Primera Instancia de Harju (Estonia) a *Svensk Handel AB*, solicitando que se rectifique la información publicada y se supriman los comentarios de su sitio web. La recurrente también solicitó una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, en particular, en concepto de lucro cesante, por valor de 56.634,99 euros. La Sra. Ilsjan solicitó una indemnización por los daños morales sufridos. La recurrente y la Sra. Ilsjan alegaron que habían sufrido un perjuicio como consecuencia de la actuación de la recurrida. En su opinión, la publicación de información inexacta afectó negativamente a la actividad económica de la empresa en Suecia.

¹ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 1265-1286.

² Conclusiones del Abogado General, Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16 (ECLI:EU:C:2017:554), apartado 36.

7. El Tribunal de Primera Instancia denegó la admisión a trámite de la demanda y el Tribunal de Apelación confirmó la falta de competencia internacional de los órganos jurisdiccionales estonios. Cuando el asunto llegó al Tribunal Supremo, éste decidió sustanciar por separado las pretensiones de Bolagsupplysningen y las pretensiones de la Sra. Ilsjan considerando que, en relación con esta última el asunto debía devolverse a este último tribunal para que se pronunciara sobre la admisibilidad de las pretensiones de la Sra. Ilsjan. Con relación a Bolagsupplysningen, el Tribunal Supremo decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE una serie de preguntas sobre su competencia para dirimir con claridad el asunto.

III. Contextualización y análisis de la sentencia

8. Las reglas para determinar la competencia figuran en el Capítulo II del Reglamento 1215/2012. La norma general se regula en la Sección 1, concretamente, en el artículo 4,1, que consagra el foro general del domicilio del demandado, en el que se indica que “salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado”, consagrándose que la competencia judicial debe regirse siempre por este principio, excepto en algunos casos muy concretos en los que el objeto del litigio o la autonomía de las partes justifique otro criterio de conexión.

9. Este foro se completa, como indica el Considerando 16, con otros foros alternativos a causa de la estrecha conexión existente entre el órgano jurisdiccional y el litigio o para facilitar una buena administración de justicia. Esto nos sitúa en el artículo 5,1 que dispone que “las personas domiciliadas en un Estado miembro solo podrán ser demandadas ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de las normas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo”. Sobre la base del artículo 7,2 (antiguo artículo 5,3 del Reglamento 44/2000 y artículo 5,3 del Convenio de Bruselas), situado en la sección 2, se podrán entablar acciones extracontractuales, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se produzca o se vaya a producir el hecho dañoso.

10. El artículo 7,2 se basa en la estrecha conexión, de la disputa y los tribunales donde se produce o pueda producirse el hecho dañoso, con objeto de garantizar la seguridad jurídica y evitar la posibilidad de que una persona sea demandada ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no hubiera podido prever razonablemente. Esta cuestión resulta de especial relevancia en relación con los litigios relativos a obligaciones no contractuales derivadas de vulneraciones del derecho a la intimidad y de los derechos de la personalidad, incluida la difamación, como es el caso del que viene a tratarse en esta Sentencia.

1. Evolución del criterio jurisprudencial

A. El doble foro: el lugar donde se haya materializado el daño o el lugar del hecho causal que originó el daño.

11. Este criterio comenzó con la Sentencia del TJCE, de 30 de enero de 1976, asunto 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contra Mines de potasse d’Alsace SA*. En este asunto la sociedad neerlandesa Bier, que poseía en las cercanías de Rotterdam importantes viveros irrigados con las aguas del Rin, y la fundación Reinwater de Amsterdam, emplazaron ante el Tribunal de Rotterdam, a la sociedad Mines de potasse d’Alsace, con domicilio social en Mulhouse (Francia), solicitando la indemnización de los daños causados por la contaminación de las aguas del Rin a causa del vertido de cerca de 11.000 toneladas de cloruro al día en un canal que desemboca en dicho río.

12. El comportamiento de la demandada, a la que se atribuye la producción del daño, tuvo lugar, en Francia, mientras que el perjuicio se produjo en los Países Bajos. Las partes actoras sometieron su

demanda al Juez neerlandés, estimando que Rotterdam era, según artículo 5,3 del Convenio de Bruselas (artículo 5,3 del Reglamento 44/2000 y artículo 7,2 del Reglamento 1215/2012), “el lugar donde se había producido el hecho dañoso”. Por su parte la demandada planteó la excepción de incompetencia del órgano jurisdiccional neerlandés dado que, en su opinión, el eventual hecho ilícito debía considerarse localizado en Francia, en la circunscripción del Juez de Mulhouse y éste sería por tanto el único órgano jurisdiccional competente, con arreglo al citado artículo, para conocer de la demanda de indemnización.

13. Mediante sentencia de 12 de mayo de 1975, el Tribunal de Rotterdam admitió la excepción de incompetencia por cuanto el hecho dañoso objeto del procedimiento sólo puede ser el vertido de residuos en el Rin, efectuado en Francia. El Tribunal de apelación de La Haya, ante el cual los demandantes recurrieron esta decisión, sometió al Tribunal de Justicia, de acuerdo con el artículo 3 del Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación del Convenio de 27 de septiembre de 1968, la siguiente cuestión prejudicial: ¿debe interpretarse en el sentido de “lugar en el que se ha producido el daño” o de “lugar donde se ha cometido el hecho que ha tenido consecuencias dañosas”?

14. El TJCE estableció que el significado de la expresión “el lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, debe determinarse de manera que se reconozca al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante³. 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 sucedido el daño, o bien del lugar donde se ha producido el hecho causante que ocasiona el daño⁴.

B. La tesis mosaico: la totalidad del daño en el lugar de origen o parcialmente en cada país donde se hubiera materializado el daño

15. En este supuesto resulta preciso analizar la Sentencia del TJUE, de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/93, Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA. En este asunto se refería a la publicación de un artículo difamatorio en Francia. Presse Alliance SA, que edita el periódico France-Soir, publicó el 23 de septiembre de 1989 un artículo relativo a una operación efectuada por la brigada de estupefacientes de la policía francesa en una de las oficinas de cambio explotadas en París por Chequepoint SARL. Dicho artículo, basado en informaciones proporcionadas por la agencia France Presse, mencionaba a la sociedad Chequepoint, así como a una joven llamada Fiona Shevill-Avril. La Sra. Shevill, nacional británica con domicilio en North Yorkshire en Inglaterra fue empleada por Chequepoint SARL durante tres meses en París, volviendo posteriormente a Inglaterra. Ixora Trading Inc., que no es una sociedad inglesa, explota oficinas de cambio en Inglaterra desde 1974 bajo el nombre de Chequepoint. Chequepoint International Ltd, sociedad holding belga con domicilio social en Bruselas, controla Chequepoint SARL e Ixora Trading Inc.

16. Los cuatro demandantes instaron ante la High Court of England and Wales, una acción por difamación contra Presse Alliance SA reclamando daños y perjuicios por los ejemplares de FranceSoir distribuidos tanto en Francia como en los demás países europeos, incluidos los vendidos en Inglaterra y en el País de Gales. Ulteriormente, los demandantes modificaron sus pretensiones abandonando toda referencia a los ejemplares vendidos fuera de Inglaterra y del País de Gales. Como en el Derecho inglés existe una presunción de perjuicio en materia de difamación, los demandantes no tuvieron que aportar la prueba del perjuicio derivado de la publicación del artículo controvertido. Presse Alliance SA impugnó

³ STJUE, de 30 de enero de 1976, *Handelskwekerij G. J. Bier BV contra Mines de potasse d'Alsace SA*, asunto 21/76, apartado 6.

⁴ La tesis de la ubicuidad no persigue favorecer a la víctima. Sin embargo, es inevitable concluir que, en la práctica, potencia no el *forum victimae*, pero sí el *forum actoris*. Con frecuencia, el país donde se verifica el resultado lesivo es el país donde está el domicilio del demandante, sea éste la presunta víctima o el presunto responsable (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales” en A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, Ed. Colex, Madrid, 2012, pp. 1300-1413).

la competencia de la High Court of England and Wales para conocer del litigio, alegando que, con arreglo al 5,3 del Convenio de Bruselas, no se había producido ningún hecho dañoso en Inglaterra.

17. En este caso el TJUE viene a decir que si el hecho se produce en un Estado miembro y los daños se manifiestan en varios, el demandante puede optar entre reclamar la totalidad del daño en el lugar de origen, o parcial en cada país donde se hubiera materializado el daño⁵. De esta forma, determino que el lugar del hecho causal sólo puede ser el del lugar del establecimiento del editor de la publicación controvertida, en la medida en que constituye el lugar de origen del hecho dañoso⁶, a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido. El órgano jurisdiccional del lugar del establecimiento del editor de la publicación difamatoria debe, por tanto, ser competente para conocer de la acción de reparación de la integridad del perjuicio causado por el acto ilícito. Por regla general, dicho foro coincidirá con el del domicilio del demandado, criterio de competencia establecido artículo 2,1 del Convenio (artículo 2 del Reglamento 44/2000, ahora artículo 4 del Reglamento 1215/2012).

18. Por otro lado, el Tribunal dio un paso más respecto al asunto 21/76 elaborando lo que se conoce como la teoría del mosaico, sobre la base de la difusión de copias impresas de una publicación específica en un Estado miembro determinado. En este sentido, estableció que, 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 conocida⁷. Por lo que los órganos jurisdiccionales de cada Estado, 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, ya que se encuentran territorialmente mejor situados para determinar el alcance del daño⁸.

C. El centro de interés como criterio adicional de conexión con el foro

19. Con el surgimiento de internet aparece la conveniencia de adaptar los requisitos legales existentes, para evitar que se constituyan obstáculos, al proyectarse sobre las relaciones sociales o comerciales a través de la red. Por ello, analizaremos la Sentencia del TJUE, de 25 de octubre de 2011. Asunto C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising GmbH y otros contra X y Sociétés MGN Limited.

20. Si bien, a través del asunto 21/76 (sentencia Minas de Potasa de Alsacia) el Tribunal estableció que el foro especial de responsabilidad delictual o cuasidelictual en dichos casos terminara coincidiendo con el foro general del domicilio del demandado, el Tribunal de Justicia interpretó el referido artículo 5,3 del Reglamento 44/2000 (antiguo artículo 5,3 del Convenio de Bruselas y actual artículo 7,2 Reglamento 1215/2012), en el sentido de que el mismo admite dos foros alternativos, a elección del demandante: uno en el lugar de producción del hecho causal, y otro en el de producción efectiva del daño.

21. Con el asunto C-68/93, el planteamiento de la sentencia, centrado en la producción de daños materiales, se extendió a los supuestos de daños inmateriales. En dicho asunto, el Tribunal de Justicia admitió la aplicabilidad del planteamiento recién expuesto a supuestos de vulneración de derechos de la personalidad. Así, en el caso de difamación internacional⁹, a través de la prensa, el ataque al honor, a la reputación y a la consideración de una persona física o jurídica se manifiesta en los lugares en que la

⁵ STJUE, de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd y Presse Alliance SA*, asunto C-68/93, apartado 14.

⁶ N.GOÑI URRIZA, “la concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5,3 del Reglamento Bruselas I-bis: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009”, *CDT*, 2011, pp. 290-295.

⁷ STJUE, de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL, Chequepoint International Ltd y Presse Alliance SA*, asunto C-68/93, apartado 29.

⁸ M.ESLAVA RODRÍGUEZ, “el locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, *Informática y Derecho*, 34, 20014, pp. 15-38.

⁹ ESLAVA RODRÍGUEZ, M.: “el locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, *Informática y Derecho*, 34, 20014, pp. 15-38.

publicación ha sido difundida¹⁰, si la víctima es conocida en ese lugar. En este supuesto, sin embargo, el titular del derecho de la personalidad afectado tan sólo podría reclamar en dicho foro los daños sufridos en ese Estado.

22. Así, a través del artículo 5,3 del Reglamento 44/2001, para los casos de lesiones a los derechos de la personalidad a través de medios de comunicación, se presentan dos foros alternativos, para el demandante: el Estado del domicilio del demandado o del establecimiento del editor, donde el titular del derecho podrá reclamar la integridad del daño sufrido; y el Estado en el que el referido particular sea conocido, donde cabrá demandar por los daños causados únicamente en dicho Estado, estableciéndose como dijimos, anteriormente, el principio mosaico¹¹.

23. De esta forma, evita convertir el foro especial del artículo 5,3 del Reglamento 44/2001 en un foro equivalente al general, que prima la jurisdicción del domicilio del demandado, pero igualmente elude el *forum actoris*, un criterio que el Reglamento ha descartado abiertamente al basarse, al igual que su antecesor, el Convenio de Bruselas, en la regla de competencia general *actor sequitur forum rei*¹².

24. Ahora con esta Sentencia, el TJUE confirmó la aplicabilidad de la doctrina establecida en la Sentencia Shevill en el ciberespacio, a la vez que reconoció que la distribución de material en línea se debe distinguir de la distribución regional de los medios impresos, porque el primero tiene por objeto garantizar la ubicuidad¹³ del contenido. Asimismo, remarcó que Internet reduce la utilidad de la doctrina anterior, porque el alcance de la distribución en línea es, en principio, universal. Además, no siempre es posible cuantificar, a nivel técnico, esa distribución con certeza y precisión en relación con un Estado miembro de la UE en particular¹⁴.

25. La Sentencia adapta el criterio de conexión 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 daño¹⁵. 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.

26. El lugar en el que una persona tiene su centro de intereses, de manera general, corresponderá a su residencia habitual. Sin embargo, 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. De esta forma, el criterio adoptado con el centro de interés es conforme con el

¹⁰ STJUE, de 17 de octubre de 2017, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16 (ECLI:EU:C:2017:766), apartado 29.

¹¹ Hay que tener en cuenta que el principio mosaico concilia, por un lado, la necesidad de centralizar en un solo Estado, el del editor o el del demandado, las acciones sobre la totalidad de los daños reivindicados y, por otro, lado permite al titular del derecho de la personalidad litigar, si bien de forma limitada, allá donde se materializa un daño a un bien inmaterial, como es la propia imagen (Conclusiones del Abogado General, Marco Darmon, presentadas el 14 de julio de 1994, Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA, apartado 46 y ss.).

¹² Conclusiones del Abogado General, Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16 (ECLI:EU:C:2017:554), apartado 38; Conclusiones del Abogado General, Marco Darmon, presentadas el 14 de julio de 1994, Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd contra Presse Alliance SA, apartado 39 y 40.

¹³ A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1277.

¹⁴ Hay que tener presente que el alcance mundial de Internet agrava la naturaleza grave de la violación de los derechos de la personalidad (Véase, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 1286).

¹⁵ MIGUEL ASENSIO, P. A.: "Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet?", *Diario La Ley*, núm. 7787, Sección Tribuna, 31 enero 2012, pp. 1-6.

objetivo de la previsibilidad¹⁶ de las normas de competencia establecido en el Reglamento 1215/2012, ya que el demandante puede determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y el demandado puede prever ante qué tribunal puede ser demandado.

D. El centro de interés como criterio de competencia para las personas jurídicas

27. De la lectura conjunta de las Sentencias Shevill e eDate, vistas anteriormente, se desprende que, actualmente, en caso de un supuesto ataque contra la reputación mediante la publicación de información en Internet¹⁷, cuando el demandante es una persona física puede elegir entre cuatro tipos de foro, tres de ellos plenos, ante los cuales podrían reclamarse todos los daños y perjuicios causados, y el cuarto parcial, en el que la acción habría de limitarse a los daños soportados en el territorio de ese Estado. Los foros plenos incluyen un foro general (del domicilio del demandado) y dos foros especiales (el lugar en el que se originó el daño, que suele coincidir con el foro general en la mayor parte de los casos, y el lugar en el que el demandante tiene su centro de intereses). Además, es posible que el resto de Estados miembros se consideren foros parciales, dado que en todos ellos se puede acceder a la información publicada en Internet¹⁸.

28. Ahora, debemos tener presente que en la Sentencia que comentamos, la recurrente es una persona jurídica, que solicita que se rectifique la información y se supriman los comentarios de su sitio web y, subsidiariamente, una indemnización por daños y perjuicios. De esta forma, se viene a plantear si el *forum actoris*, basado en el centro de intereses, debería extenderse a las personas jurídicas, ampliando el alcance determinado en la Sentencia eDate.

29. Esta cuestión se desarrolla en respuesta a la segunda y tercera cuestión prejudicial, haciendo extensible el criterio de conexión del centro de interés a las personas jurídicas, estableciendo que aquel se sitúa en el lugar en el que su reputación comercial es mayor, y, por lo tanto, debe determinarse en función del lugar en el que ejerce la parte esencial de su actividad económica. La ubicación del domicilio no constituye en sí misma un criterio decisivo en el marco de tal análisis, ya que todo va a depender del lugar donde lleve su actividad, ya que puede darse que la totalidad o una parte esencial de éstas las lleve a cabo en otro Estado miembro en el que está situado dicho domicilio y, en consecuencia, la reputación de que goza allí es más importante que en cualquier otro Estado miembro. De esta forma, en lo que respecta al centro de intereses de las personas jurídicas, normalmente el daño puede afectar a su actividad profesional. En el caso de las personas jurídicas con ánimo de lucro, esto es, sociedades, es probable que la competencia se atribuya al Estado miembro donde se registra la mayor parte de su volumen de negocios¹⁹.

30. En consecuencia, el TJUE interpreta que el artículo 7,2 del Reglamento 1215/2012 (antiguo artículo 5,3 del Convenio de Bruselas y artículo 5,3 del Reglamento 44/2001) debe interpretarse en el sentido de que una persona jurídica, que afirma que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad, puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de dicha información, la supresión de esos comentarios y la reparación de la totalidad del perjuicio sufrido ante los tribunales del Estado miembro en el que se halla su centro de intereses.

¹⁶ Considerando 15 del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición).

¹⁷ M.ESLAVA RODRÍGUEZ, “el locus delicti commissi en los ilícitos contra la vida privada cometidos a través de Internet”, *Informática y Derecho*, 34, 20014, pp. 15-38.

¹⁸ Conclusiones del Abogado General, Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB, asunto C-194/16 (ECLI:EU:C:2017:554), apartado 9.

¹⁹ Asimismo, el Abogado General plantea que se desarrolle un criterio también para las personas jurídicas sin ánimo de lucro, es probable que se atribuya al lugar donde se sitúe la mayor parte de sus “clientes” (en el sentido más amplio del término). En ambos supuestos, lo más plausible es que sea en ese Estado miembro donde más se va a acusar el ataque a su reputación y, por tanto, a su existencia como profesional. (Conclusiones del Abogado General, Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB, asunto C-194/16 (ECLI:EU:C:2017:554), apartado 104).

E. Competencia judicial para la supresión y rectificación de información inexacta

31. Esta cuestión fue el objeto de la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Estonia, pidiendo así orientación en relación a cómo interpretar el artículo 7,2 del Reglamento 1215/2012 en relación a las acciones dirigidas a la rectificación de la información inexacta y a la supresión de los comentarios lesivos de sus derechos ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio la información publicada en Internet sea o haya sido accesible, por el perjuicio ocasionado en el correspondiente Estado miembro; es decir, como dice el Abogado General en sus Conclusiones, “si la competencia de los órganos jurisdiccionales estonios se limita al perjuicio causado a la recurrente en territorio estonio, ¿pueden pronunciarse sobre la solicitud de que se ordene al demandado rectificar y suprimir en Suecia la información lesiva en su totalidad?”.

32. El TJUE atendiendo a la ubicuidad de los datos y contenidos en internet, es decir, que el alcance de la difusión de contenidos publicados en ella es, en principio, universal²⁰, considera que la rectificación de información y supresión de los comentarios es una solicitud única e indivisible, por lo que solo puede presentarse ante un tribunal con competente respecto de la totalidad del daño causado, y no ante un tribunal que carece de esta competencia, en virtud de la jurisprudencia analizada anteriormente en la Sentencia Shevill, con lo que está optando por mantener la teoría del mosaico.

33. De esta forma, entiende que el que el artículo 7,2 del Reglamento 1215/2012 debe interpretarse en el sentido de que una persona que alega que la publicación de información inexacta sobre ella en Internet y la no supresión de comentarios que la afectan han vulnerado sus derechos de la personalidad no puede presentar una demanda al objeto de obtener la rectificación de esa información y la supresión de esos comentarios ante los tribunales de cada Estado miembro en cuyo territorio la información publicada en Internet sea o haya sido accesible.

34. No obstante, se aparta de la postura mantenida por el Abogado General, que considera, acertadamente, que no es apropiado mantener la citada teoría, ya que si, hipotéticamente, se estableciera que la acción de la recurrente está fundada y que los órganos jurisdiccionales estonios gozan de competencia judicial internacional respecto del perjuicio causado a la recurrente en Estonia, ese órgano jurisdiccional también sería competente para ordenar la medida de reparación solicitada, siempre y cuando esa medida esté prevista en el Derecho interno²¹. El mantenimiento de la tesis mosaico implicaría un problema en relación a que, si los 28 foros a los que puede atribuirse la competencia judicial también son competentes para emitir órdenes judiciales, es posible que se dicten y notifiquen varias órdenes redactadas de forma distinta contra el demandado en relación con la misma conducta que debe llevar a cabo o abstenerse de llevar a cabo²².

IV. Conclusiones

35. Con la Sentencia Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan y Svensk Handel AB valiosa adición al conjunto de sentencias existentes sobre el artículo 7,2 del Reglamento 1215/2015, al poner de manifiesto que el *forum actoris* del centro de interés puede ser extensible a las personas jurídicas que

²⁰ STJUE, de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising GmbH y X y Olivier Martinez, Robert Martinez y MGN Limited* (ECLI:EU:C:2011:685), apartados 48, 42 y 46.

²¹ Como comentan A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: “Esto se corresponderá a una buena administración de la Justicia o sustanciación adecuada. El tribunal que corresponde al “lugar del daño” es un tribunal que puede desarrollar su labor jurisdiccional de manera efectiva y real, con calidad jurídica, y a un coste reducido, esto es, de manera eficiente. Al fin y al cabo, el lugar donde se ha producido el hecho dañoso es el lugar donde, con una alta posibilidad, se deberán recabar pruebas, datos y hechos que son necesarios para que los tribunales puedan decidir adecuadamente el litigio” (A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 1271).

²² Conclusiones del Abogado General, Michal Bobek, presentadas el 13 de julio de 2017, *Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan contra Svensk Handel AB*, asunto C-194/16 (ECLI:EU:C:2017:554), apartados 76, 78, 79 y 129.

afirman que sus derechos de la personalidad han sido vulnerados como consecuencia de la publicación de información en Internet.

36. El centro de intereses de una persona jurídica con ánimo de lucro se encuentra en el Estado miembro donde lleva a cabo la mayor parte de sus actividades. Este Estado miembro puede ser distinto del Estado miembro en el que se encuentra su domicilio social.

37. Finalmente, en relación a la discrepancia entre el Abogado General y el TJUE, debería optarse por el criterio del Abogado General, en el sentido de que si un órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente para conocer de una acción por daños y perjuicios en materia extracontractual o delictual, debe poder pronunciarse sobre todas las medidas de reparación previstas por el Derecho interno, salvo que se declare que la competencia mosaico de Shevill permite única y exclusivamente a un órgano jurisdiccional nacional conocer de la acción por daños y perjuicios; esto es, indemnización económica, sin pronunciarse sobre ninguna otra pretensión. Ahora bien, sería difícil determinar la base jurídica de una limitación tan radical de la competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales, así como la manera en que los órganos jurisdiccionales nacionales podrían sustanciar un procedimiento en el que sus competencias se restringieran de esa forma.

THE TEMPORAL SCOPE OF THE EUROPEAN SUCCESSION
REGULATION AND THE (IN-)VALIDITY OF JOINT WILLS
UNDER POLISH LAW. COMMENTARY ON THE JUDGMENT
OF THE SCHLESWIG HIGHER REGIONAL COURT
OF 25 APRIL 2016, 3 WX 122/15*

EL ÁMBITO TEMPORAL DEL REGLAMENTO EUROPEO DE
SUCESIONES Y LA (IN)VALIDEZ DE LAS VOLUNTADES
CONJUNTAS EN ATENCIÓN AL DERECHO POLACO.
COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL SCHLESWIG HIGHER
REGIONAL COURT DEL 25 DE ABRIL DE 2016, 3 WX 122/15

LAURA NASSE

Doctoral candidate and research assistant

*Heidelberg Institute for Comparative Law, Conflict of Laws and International Business Law
University of Heidelberg, Germany*

Recibido: 20.07.2019 / Aceptado: 29.08.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4411>

Abstract: The European Succession Regulation (Regulation (EU) No 650/2012) entered into force on 16 August 2012 and applies since 17 August 2015. To facilitate the application of the Regulation, the German legislator introduced a “Law on International Succession Law and the Amendment of Provisions on Certificates of Inheritance and other areas”. One aspect of the new German law is the amendment of Article 25 of the Introductory Act to the German Civil Code (EGBGB) which now provides that chapter III of the Succession Regulation shall also apply to successions that do not fall within the Regulation’s scope of application. In its decision, the Schleswig Higher Regional Court found that Article 25 EGBGB only extends the material but not the temporal scope of the Regulation. Furthermore, it discussed the characterization of the Polish prohibition of joint wills and found that the joint will of a Polish citizen who had been living in Germany is valid under the applicable German law.

Keywords: European Succession Regulation, temporal scope, prohibition of joint wills, applicable law, choice of law.

Resumen: El Reglamento europeo de sucesiones (Reglamento (UE) nº 650/2012) entró en vigor el 16 de agosto de 2012 y se aplica desde el 17 de agosto de 2015. Para facilitar la aplicación del Reglamento, el legislador alemán introdujo una “Ley de derecho sucesorio internacional y la enmienda de las Disposiciones sobre Certificados de Herencia y otras áreas “. Un aspecto de la nueva ley alemana es la modificación del artículo 25 de la Ley introductoria del Código Civil alemán (EGBGB) que establece que el capítulo III del Reglamento de Sucesiones se aplicará también a las sucesiones que no entran en el ámbito de aplicación del Reglamento. . En su decisión, el Tribunal Regional Superior de Schleswig

* For the court’s reasoning see *Schleswig Higher Regional Court 25 April 2016 – 3 Wx 122/15*, *Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (NJW-RR)*, 2016, pp. 1229-1233.

consideró que el artículo 25 EGBGB solo extiende el alcance material pero no temporal del Reglamento. Además, discutió la caracterización de la prohibición polaca de voluntades conjuntas y encontró que la voluntad conjunta de un ciudadano polaco que había estado viviendo en Alemania es válida bajo la ley alemana aplicable.

Palabras clave: Reglamento europeo de sucesiones, ámbito temporal, prohibición de voluntades conjuntas, ley aplicable, elección de ley.

Summary: I. Introduction. II. Facts of the case. III. The court's decision. 1. Applicability of the European Succession Regulation. 2. Validity of the joint will. 3. Implied choice of German Succession Law. 4. Testamentary capacity. 5. Ruling of the court. IV. Commentary. 1. The temporal scope of the European Succession Regulation. 2. Validity of the joint will. 3. Implied choice of law. 4. Testamentary capacity. V. Conclusions.

I. Introduction

1. In many legal systems, including Spain (Article 669 Código civil), joint wills are prohibited.¹ This may cause problems if a succession issue involves a choice of law question and the joint will is only valid under one of the potentially applicable laws.²

2. In its decision, rendered on 25 April 2016, the Schleswig Higher Regional Court had to decide whether a joint will that a Polish citizen had drawn up along with his German wife is valid. Under Polish succession law joint wills are prohibited (Article 942 of the Polish Civil Code³) whereas they are generally valid under German law (Section 2265 of the German Civil Code (BGB⁴)). Therefore, the main issue in the case was the question which law will apply to the will and consequently, whether the joint will is valid or not. This article will first present the facts and legal background of the case and then comment on the Higher Court's decision.

II. Facts of the case

3. On 15 October 2014, a Polish citizen died in Hamburg (Germany) after having been living in Germany for more than twenty years and being married to his German wife since 1990. As he did not have any children and his parents had died already, the only surviving dependents were his wife and his three sisters. Shortly before his death, the deceased had drawn up a "joint will" together with his wife in which they declared that the surviving spouse would be the sole heir of the person dying first. The wife's child and the husband's stepchild was determined as their final heir. After her husband's death, the

¹ Other examples are France (Art. 968 Code civil), Portugal (Art. 2181 Código civil), Italy (Art. 589 Codice civile), Greece (Art. 1717 Civil code) and the Netherlands (Art. 4:93 BW). See also T. HELMS, „Erbvertrag und gemeinschaftliches Testament“, in J. BASEDOW/K. J. HOPT/R. ZIMMERMANN (eds.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2009, available at http://hwbeup2009.mpipriv.de/index.php/Erbvertrag_und_gemeinschaftliches_Testament (last access 17 July 2018).

² M. MARGONSKI, „Verbot von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten im polnischen Recht“, *Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (NotBZ)*, 2015, pp. 81, 84; D. LOOSCHELDERS, „Zeitlicher Anwendungsbereich der EuErbVO und Qualifikation des Verbots von gemeinschaftlichen Testamenten im polnischen Recht“, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, 2017, pp. 580, 583 with reference to Italian law; D. LOOSCHELDERS, „Qualifikations- und Anpassungsprobleme bei deutsch-italienischen Erbfällen“, *IPRax*, 2016, pp. 349-353; S. FRANKE, in W. BURANDT/D. ROJAHN (eds.), *Erbrecht*, 2nd ed., München, C.H. Beck, 2014, Art. 26 EGBGB, para. 22.

³ Kodeks cywilny, Polish Civil Code of 23 April 1964, O.J. 1964 No. 16, item 93, English translation available at <https://supertrans2014.files.wordpress.com/2014/06/the-civil-code.pdf> (last access 17 July 2018).

⁴ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), German Civil Code in the version promulgated on 2 January 2002, Federal Law Gazette (*Bundesgesetzblatt, BGBl.*) 2002 I p. 42, 2909; 2003 I p. 738, last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013, BGBl. 2013 I p. 3719, English translation provided by the Langenscheidt Translation Service, available at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0027 (last access 17 July 2018).

deceased's wife applied for a German Certificate of Inheritance naming her the sole heir of all movable and immovable assets located in Germany. However, the competent district court refused the application, arguing that the joint will is invalid under the applicable law. Under Polish law, the wife is not the sole heir but part of a community of heirs together with the deceased's sisters.

4. As a result, the widow filed an appeal before the Schleswig Higher Regional Court. She argued that under the revised version of Article 25 EGBGB, the law governing her husband's succession is determined in accordance with the European Succession Regulation⁵ and, consequently, German succession law⁶.

III. The court's decision

5. The Schleswig Higher Regional Court had to deal with four issues:

1. Applicability of the European Succession Regulation

6. The first issue the court had to deal with is whether the European Succession Regulation applies in this case. According to the transitional provision in Article 83(1) of the Succession Regulation, the Regulation "shall apply to the succession of persons who died on or after 17 August 2015". The appellant argued that the revised Article 25 of the Introductory Act to the German Civil Code (EGBGB)⁷ would provide that chapter III of the Regulation was applicable even though her husband died *before* the 17 August 2015.

7. The current version of Article 25 EGBGB is part of a new German "Law on International Succession Law and the Amendment of Provisions on Certificates of Inheritance and other areas"⁸ which was introduced to facilitate the application of the Succession Regulation.⁹ It states: "Insofar as the succession doesn't fall within the scope of application of Regulation (EU) No 650/2012, chapter III of this Regulation shall apply *mutatis mutandis*."

8. The widow argued that due to the lack of a special transitional provision, Article 25 EGBGB should apply to all cases concerning succession. Hence, according to Article 21(1) of the Succession Regulation, the applicable law in this case would be "the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death." Here, her husband had lived in Germany for several years which results in the application of German law under which joint wills by spouses are valid (Sections 2265-2272 BGB).

9. The court considered this argument and found that Article 25 EGBGB does not extend the *temporal* scope of the Succession Regulation.¹⁰ Otherwise, legal succession of a person who died before

⁵ Regulation (EU) No. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

⁶ Sections 1922-2385 BGB (5th Book).

⁷ Introductory Act to the Civil Code in the version promulgated on 21 September 1994, BGBl. 1994 I p. 2494, last amended by Article 17 of the Act of 20 November 2015, BGBl. 2015 I 2010, English translation provided by PRIV.-DOZ. DR. JULIANA MÖRSDORF LL.M. (UNIV. OF CALIFORNIA, BERKELEY), available at https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgbeg/englisch_bgbeg.html#p0013 (last access 17 July 2018).

⁸ „Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften“ [Law on International Succession Law and the Amendment of Provisions on Certificates of Inheritance and other areas] of 29 June 2015, BGBl. 2015 I p. 1041.

⁹ R. WAGNER/N. FENNER, „Anwendung der EU-Erbrechtsverordnung in Deutschland“, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)*, 2015, p. 1668.

¹⁰ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1229, paras. 18-24.

the Succession Regulation came into force would change afterwards.¹¹ This would contradict the German principle of universal succession (Section 1922(1) BGB) which stipulates that the estate passes to the heirs at the time of death.¹² A similar principle also exists in Polish law (Article 992 § 1 of the Polish Civil Code).

10. The court declared that Article 25 EGBGB does not intend to change these principles. Instead, the provision wants to extend the *material* scope of the European Succession Regulation to aspects that are not explicitly covered by the Regulation but have been characterized as a matter of succession law under the national choice of law rules.¹³ Thus, Article 25 EGBGB does not have any retroactive effect on the application of the Succession Regulation to the succession of persons who died before the 17 August 2015.¹⁴ In these cases, the national choice of law rules govern the case.¹⁵

11. Consequently, the Higher Regional Court applied the German conflict of laws rules in Section 2369 BGB, Sections 105 and 343(1) of the Act on Proceedings in Family Matters and in Matters of Non-contentious Jurisdiction (FamFG) to determine whether it had jurisdiction to decide the case.¹⁶

2. Validity of the joint will

12. The court also found that, contrary to the district court's view, the joint will of the deceased and his wife is valid under the law that was determined in accordance with Polish choice of law rules.¹⁷

13. To determine the applicable law, the court referred to the old version of Article 25(1) EGBGB and concluded that this provision points to German succession law.¹⁸ Article 25(1) EGBGB states that the law applicable to the succession as a whole is the law of the State whose nationality the deceased had at the time of death. Because Article 4(1) EGBGB accepts *renvoi*, the provision leads to the old version of the Articles 64-66 of the Polish Act on Private International Law (Polish PIL Act).¹⁹

14. Article 64(2) of the Polish PIL Act states that the law applicable to the succession as a whole is the law of the State whose nationality the deceased possessed at the time of death. In contrast, the law applicable to the form of a testament and its revocation is determined separately according to Article 66 of the Polish PIL Act.

15. Article 66 of the Polish PIL Act refers to the Hague Convention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions of 5 October 1961²⁰: According to its Article 1, a testamentary disposition shall be valid if its form complies with the internal law of the place where the testator made it (a), of a place in which the testator had his domicile (c) or his habitual residence (d) – either at the time when he made the disposition, or at the time of his death. Furthermore, Article 4 of the Convention states that the Convention “shall also apply to the form of testamentary dispositions made by two or more persons in one document”.

16. According to these provisions German law seems to be applicable to the validity of the joint will. However, since the Convention does not give any further definition of the “form of testamentary

¹¹ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1229, para. 21.

¹² *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1229, para. 21.

¹³ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, pp. 1229-30, paras. 21, 22.

¹⁴ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1230, para. 23.

¹⁵ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1230, para. 23.

¹⁶ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1229, para. 20.

¹⁷ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, pp. 1230-31, paras. 25-38.

¹⁸ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, pp. 1230-31, paras. 25-38.

¹⁹ Polish Act on Private International Law of 4 February 2011, O.J. 2011 No. 80, item 432, English translation provided by Mateusz Pilich/Andrzej W. Wiśniewski, 2012, available at https://www.pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf (last access 17 July 2018).

²⁰ Convention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions, concluded in the Hague on 5 October 1961, available at <https://www.hcch.net/de/instruments/conventions/full-text/?cid=40> (last access 17 July 2018).

dispositions”, the court had to examine the Polish prohibition of joint wills in Article 942 of the Polish Civil Code to find out how to determine the applicable law in the present case.²¹

17. If characterized as a matter of material validity, the prohibition would be part of the law applicable to the succession as a whole and must be examined under Polish law.²² Yet, if the prohibition of joint wills serves for formal reasons, the formal validity is concerned and thus German substantive law would apply.²³

18. Since such a characterization has to be made from the respective national point of view,²⁴ the court asked whether the Polish law prohibits joint wills for material or for formal reasons.²⁵ The court, therefore, refers to a national report on Poland by *Ludwig*, which argues that the majority of Polish scholarship understands the prohibition of joint wills as a part of the formal requirements.²⁶ The court adopts this understanding and concludes that the validity of the will is determined by German substantive law (in accordance with Article 66 of the Polish PIL Act, Articles 1 (a), (c), (d) and 4 of the Hague Convention).²⁷

19. Thus, the court did not consider the argumentation of the deceased’s sisters.²⁸ They had claimed that the will was invalid because the date and venue of the will as well as the appendix “this is my consistent will” before the deceased’s signature were handwritten by his wife and not by him. However, as Section 2267(1) BGB only requires that both spouses have signed the joint will the formal requirements were met.²⁹

3. Implied choice of German Succession Law

20. In the following paragraphs the court examined whether the deceased also made an implied choice of German succession law because he drew up a joint will that is formally valid under German law.³⁰

21. According to Article 64(1) of the Polish PIL Act, the testator may choose “the law of his nationality, of his place of permanent or habitual residence at the time of making such a will or at the moment of his death” as the law to govern his succession.³¹ Consequently, if he chooses German law, Article 64(1) of the Polish PIL Act refers back to German substantive law (see Art. 4(1), (2) EGBGB).³²

²¹ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1230, para. 31.

²² *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1230, para. 31.

²³ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1230, para. 31.

²⁴ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, pp. 1230-31, paras. 32, 34; K. THORN in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 74th ed., München, C.H. Beck, 2015, Art. 26 EGBGB, para. 6; FRANKE, above, n. 2, para. 22; G. SCHOTTEN/C. SCHMELLENKAMP, *Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis*, 2nd ed., München, C.H. Beck, 2007, para. 316; more precisely and differentiated H. DÖRNER in J. KROPHOLLER (ed.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2007, Art. 25 EGBGB, paras. 322-26, with reference to the *German Federal High Court of Justice (Bundesgerichtshof, BGH)* 12 January 1967 – III ZR 25/66, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 1967, p. 1177.

²⁵ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, pp. 1230-31, paras. 32, 34.

²⁶ I. LUDWIG in L. KROISS/CH. ANN/J. MAYER (ed.), *Nomos-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. 5, 4th ed., Baden-Baden, Nomos, 2014, National Report Poland, para. 18; see also MARGONSKI, *NotBZ*, 2015, pp. 81, 84.

²⁷ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, paras. 34, 35.

²⁸ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, paras. 37-38.

²⁹ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, paras. 37-38.

³⁰ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, para. 39.

³¹ English translation by PILICH/WIŚNIEWSKI, above, n. 19.

³² Also pointed out by the court in *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, para. 40.

22. In addition, the court pointed out that due to the lack of an explicit choice, an implicit choice of law can be sufficient.³³ This is especially the case when the testator is referring to a legal instrument that the law of his nationality does not recognize.³⁴ Here, the deceased may have made an implicit choice when he drew up a joint will. Because some scholarship considers this argument as insufficient,³⁵ the court additionally refers to Section 2084 BGB which allows supplementary interpretation.³⁶ In the court's opinion, due to the fact that the deceased had been informed about the Polish succession law and the invalidity of joint wills but still drew up a joint will, it is clear that, if he was asked, he would have chosen German law.³⁷

4. Testamentary capacity

23. Lastly, the court had to deal with the question whether the deceased still had the capacity to make a will.³⁸ The deceased's sisters claimed that because of his state of health and his medication, their brother was not mentally competent when signing the joint will. However, the court did not consider these facts sufficient for reasonable doubts about the deceased's capacity: According to Section 2229(4) BGB, the lack of testamentary capacity requires a pathological mental disturbance, mental deficiency or derangement of the senses which the court did not see fulfilled in the present case.³⁹

5. Ruling of the court

24. Based on the argumentation discussed above, the Schleswig Higher Regional Court ordered the probate court to issue a Certificate of Inheritance naming the appellant the sole heir of her husband's movable and immovable assets located in Germany.⁴⁰

IV. Commentary

25. When taking into consideration the results of the Schleswig Higher Regional Court, one must conclude that the court has rendered a persuasive decision. However, it must be noted that the court's reasoning is methodologically imprecise in some areas and not always plausible at first glance.⁴¹ The following sections will discuss these issues in more detail.

1. The temporal scope of the European Succession Regulation

26. To begin with, the court's conclusion that the temporal scope of the European Succession Regulation is not extended by the revised version of Article 25 EGBGB is correct. Nevertheless, one may criticize that the court could have come to this result in an easier way:

27. It is true that the wording of Article 25 EGBGB is quite neutral and does not indicate clearly whether the article provides a temporal and/or material extension of the Regulation's scope of application.⁴² However, as *Schmidt* has already pointed out, Article 25 EGBGB entered into force on 17 August

³³ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, para. 41.

³⁴ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, para. 41.

³⁵ DÖRNER, above, n. 24, Art. 25 EGBGB, para. 535; R. SÜSS, „Anmerkung zu OLG Zweibrücken 28.5.2002 – 3 W 218/01“, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, 2003, p. 164.

³⁶ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1232, paras. 43-47.

³⁷ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1232, para. 45.

³⁸ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, pp. 1232-33, paras. 48-52.

³⁹ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, pp. 1232-33, paras. 51, 52.

⁴⁰ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1233, para. 55.

⁴¹ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, p. 580; J. P. SCHMIDT, „Anmerkung zu OLG Schleswig 25.4.2016 – 3 Wx 122/15“, *FamRZ*, 2016, pp. 1611-13; TH. RAUSCHER, „Die Entwicklung des Internationalen Privatrechts 2015 bis 2016“, *NJW*, 2016, pp. 3493, 3497.

⁴² SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, p. 1611; A. DUTTA in J. v. HEIN (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, Vol. 11, 7th ed., München, C.H. Beck, 2018, Art. 25 EGBGB, para. 2.

2015.⁴³ It is a general known principle that new rules do *not* have any retroactive effects if there are no special transitional provisions.⁴⁴ Consequently, it is obvious that Article 25 EGBGB is temporally not applicable to cases where the deceased died before the 17 August 2015.⁴⁵ Therefore, it was unnecessary for the court to argue with the article's sense and purpose.⁴⁶

28. In addition, as the court only mentioned briefly, there is no need for a transitional EGBGB provision because there already exists a European one in Article 83(1) of the Succession Regulation which impacts the application of national law.⁴⁷ Article 83(1) states that the Regulation only applies to the succession of persons who died on or after the 17 August 2015.⁴⁸ If Article 25 EGBGB would extend the temporal scope of the Regulation there would be a clear conflict between European and national law which would be opposed to the European legislator's purposes to implement a consistent system of transitional provisions that, *inter alia*, shall protect the deceased's interest in a stable succession.⁴⁹

2. Validity of the joint will

29. Regarding the validity of the deceased's joint will the court's judgement is not persuasive because the court did not apply the correct German choice of law rules for successions before the 17 August 2015.⁵⁰

30. As discussed above, the court only referred to the old version of Article 25 EGBGB and incidentally applied Polish private international law (Article 66 of the Polish PIL Act) and the Hague Convention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions (see *infra*).

31. Yet, Article 25 EGBGB (old version) only applies to the succession *as a whole*, whereas Article 26(1) EGBGB provides a special rule for the law applicable to the *form* of a testament. As Article 26(1) EGBGB also refers to the Hague Convention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions, the final result for the applicable law would have been the same. However, from a methodological point of view, the court should have answered the question about the characterization of the prohibition of joint wills already when examining German choice of law.⁵¹ Moreover, – and to make matters even more complicated – the court failed to recognize that the scope of Article 25 EGBGB does not cover the material validity of a testament: Even though it leads to the same law, the court should have referred to Article 26(5) EGBGB (old version).⁵²

32. Regarding the characterization of the prohibition of joint wills itself, the court rightly followed the majority of scholarship because there are no Polish court decisions as to whether joint wills are only prohibited for formal reasons or not.⁵³ The set-up of the Polish Civil Code does not indicate

⁴³ See also WAGNER/FENNER, *FamRZ*, 2015, p. 1668.

⁴⁴ SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1611, 1612 who also points out which dramatic consequences such a retroactivity could have; similar M. MARGONSKI, „Erbfolge nach in Deutschland lebendem Polen aufgrund konkludenter Rechtswahl in gemeinschaftlichem Testament, Anmerkung zu OLG Schleswig 25.4.2016 – 3 Wx 122/15“, *ZEV*, 2016, pp. 502, 507; R. WAGNER, „Erste Rechtsprechung (des EuGH) zur EuErbVO“, *NJW*, 2017, pp. 3755, 3757.

⁴⁵ SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1611, 1612; see also K. THORN in Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 77th ed., München, C.H. Beck, 2018, Art. 83 EuErbVO, para. 2.

⁴⁶ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580-581; also with reference to the sense of Art. 25 EGBGB THORN, above, n. 45, Art. 25 EGBGB, para. 1; CH. DÖBEREINER, „Das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein“, *NJW*, 2015, pp. 2449, 2454.

⁴⁷ WAGNER/FENNER, *FamRZ*, 2015, pp. 1668, 1671; WAGNER, *NJW*, 2017, pp. 3755, 3756; DUTTA, above, n. 42, Art. 25 EGBGB, para. 7.

⁴⁸ RAUSCHER, *NJW*, 2016, pp. 3493, 3496.

⁴⁹ DUTTA, above, n. 42, Art. 25 EGBGB, para. 2.

⁵⁰ See RAUSCHER, *NJW*, 2016, pp. 3493, 3497, who describes the court's reasoning as „extremely confusing“.

⁵¹ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 581.

⁵² SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1611, 1612; see also FRANKE, above, n. 2, Art. 26 EGBGB, para. 35.

⁵³ MARGONSKI, *ZEV*, 2016, pp. 502, 507.

how to interpret Article 942 because it is only part of the “general provisions on testaments” and not of the section on the “form of testaments”.⁵⁴ This is also the reason why the prevailing opinion focusses on the content and the extent of the prohibition: Since the prohibition does not apply to verbal testaments it only prohibits the joint process of making of the will and, therefore, has to be characterized as a matter of formal validity.⁵⁵

33. Finally, one may ask how the same facts will be judged under the European Succession Regulation. First, the main difference is that in accordance with the general rule in Article 21 of the Succession Regulation, the law applicable to the succession as a whole is the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death – in the present case, this will lead to German succession law.

34. Notwithstanding, the question concerning the characterization of the Polish prohibition of joint wills also arises under European law.⁵⁶ There are different possible solutions depending on the result of the characterization.⁵⁷

35. If one distinguishes between formal or material validity, the law applicable to the prohibition in Article 942 of the Polish Civil Code, as a matter of form, would be determined according to Article 75(1) § 2 of the Regulation which, similarly to Article 26(1) EGBGB and Article 66 of the Polish PIL Act, refers to the Hague Convention.⁵⁸ Others argue to determine the applicable law in accordance with the special rule on substantive validity, even if the joint will is prohibited for formal reasons (consistent characterization).⁵⁹ Depending on how one characterizes a joint will – as an “agreement as to succession” within the meaning of Article 25 of the Succession Regulation or as “another disposition of property upon death” within the meaning of Article 24 – the applicable law will be determined according to the Articles 24 or 25 of the Regulation.⁶⁰ In the present case, both solutions would lead to German succession law.

3. Implied choice of law

36. The fact that the court examined whether the deceased had implicitly chosen German law is a little bit surprising.⁶¹ The court had stated that the joint will was valid under the applicable German law. At the same time, the deceased’s wife would have also been the sole heir under Polish law which was generally applicable to the succession as a whole (see *infra*).⁶²

37. In addition, the court’s reasoning is, again, not very precise: It referred to Article 64 of the Polish PIL Act but then used German criteria to determine whether the deceased had made a choice regarding the applicable law or not. Instead, the court should have referred to Article 4(2) of the Polish PIL Act which states that a choice has to be made explicitly or must result clearly from the circumstances.⁶³ Furthermore, from a Polish perspective, the choice of a German legal instrument that does not exist under Polish law can be sufficient for an implicit choice of German law.⁶⁴ Because Article 64 of the Polish

⁵⁴ MARGONSKI, *NotBZ*, 2015, pp. 81, 84.

⁵⁵ MARGONSKI, *NotBZ*, 2015, pp. 81, 84 with further references. He also explicitly recommends this interpretation to German courts.

⁵⁶ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582.

⁵⁷ SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1611, 1612 points out that it is disputed whether the differentiation between formal and material purposes also shall be made under the Succession Regulation.

⁵⁸ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582.

⁵⁹ DUTTA, above, n. 42, Art. 24 EuErbVO, para. 3 with further references.

⁶⁰ DUTTA, above, n. 42, Art. 24 EuErbVO, para. 3 with further references; MARGONSKI, *NotBZ*, 2015, pp. 81, 85.

⁶¹ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582.

⁶² LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582.

⁶³ MARGONSKI, *ZEV*, 2016, pp. 502, 507; SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1606, 1612 who considers the court’s reasoning as a “mortal sin”.

⁶⁴ MARGONSKI, *ZEV*, 2016, pp. 502, 507.

PIL Act allows to choose the law of the place of permanent or habitual residence, the choice would have also been valid under Polish choice of law rules.⁶⁵

38. Moreover, *Looschelders* correctly observes that a choice could have been made for the immovable located in Germany.⁶⁶ This should have been examined in accordance with Article 25(2) EGBGB (old version) which provides a special rule for the choice of law relating to immovables.⁶⁷

4. Testamentary capacity

39. It is surprising that the courts' reasoning on the testamentary capacity lacks any remark about the applicable law.⁶⁸ The testamentary capacity is generally governed by the law applicable to the succession as a whole at the time of the making of the testament (Article 26(5) EGBGB (old version)).⁶⁹ In case of a choice of the applicable law, this law also applies to the testamentary capacity, here German law.⁷⁰ The Articles 22(3) and 26(1) lit. a) of the Succession Regulation come to the same conclusion.⁷¹

V. Conclusions

40. The Schleswig Higher Regional Court's decision is one of the first judgements on the new Article 25 EGBGB and the temporal scope of the Succession regulation. Even though Article 25 EGBGB shall help the courts to determine the scope of application of the new Succession Regulation some questions are still unanswered and will need to be clarified by the future case law.⁷² Unfortunately, the court did not have the opportunity to further clarify the material scope of Article 25 EGBGB.⁷³

41. The characterization of a prohibition of joint wills as a matter of substantive or of formal validity has been a subject of several German court decisions before: Whereas the prohibitions have been characterized as a matter of material validity under Spanish, Italian, Portuguese and Croatian law, the contrary result was reached under French, Swiss and Dutch law.⁷⁴ The Higher Regional Court's decision on Polish law joins this series of decisions about a problem that will most likely also arise under the new European Succession Regulation.⁷⁵ Because the Succession Regulation introduces the law of the State in which the deceased had his habitual residence (Article 21 of the Regulation) as the applicable law, cases where the testator chooses a legal instrument that only exists under the law of his nationality but not under the law which applies to his succession may cause problems.⁷⁶ Thus, the question of characterization will be more relevant in this particular case.⁷⁷

⁶⁵ MARGONSKI, *ZEV*, 2016, pp. 502, 507; LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582.

⁶⁶ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582.

⁶⁷ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582; SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1606, 1612.

⁶⁸ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 582-83.

⁶⁹ DÖRNER, above, n. 24, Art. 25 EGBGB, para. 238; S. LORENZ/F. WALL in H. G. BAMBERGER et al. (ed.), *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 46th ed., München, C.H. Beck, 2018, Art. 26 EGBGB, paras. 11-12; A. DUTTA in F. J. SÄCKER/R. RIXECKER/H. OETKER (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, 6th ed., München, C.H. Beck, 2015, Art. 26 EGBGB, para. 18; B. v. HOFFMANN/K. THORN, *Internationales Privatrecht*, 9th ed., München, C.H. Beck, 2007, § 9 para. 41.

⁷⁰ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 589, 583.

⁷¹ See D. LOOSCHELDERS in R. HÜSSTEGE/H.-P. MANSSEL (ed.), *Nomos-Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, Vol. 6, 2nd ed., Baden-Baden, Nomos, 2015, Art. 22 EuErbVO, para. 29; DUTTA, above, n. 42, Art. 26 EuErbVO, paras. 4-5.

⁷² WAGNER/FENNER, *FamRZ*, 2015, pp. 1668, 1671; SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1606, 1613.

⁷³ SCHMIDT, *FamRZ*, 2016, pp. 1606, 1613.

⁷⁴ *Schleswig Higher Regional Court* 25 April 2016 – 3 Wx 122/15, *NJW-RR*, 2016, p. 1231, para. 33 with reference to FRANKE, above, n. 2, para. 22.

⁷⁵ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 583.

⁷⁶ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 583.

⁷⁷ LOOSCHELDERS, *IPRax*, 2017, pp. 580, 583.

42. To avoid uncertainty arising from such characterization problems, it is advisable for the testator to choose the applicable law in accordance with Article 22 of the Succession Regulation. This provision is another example for the growing importance of party autonomy as a connecting factor in European private international law, in contract law as well as in personal matters such as family and succession law.⁷⁸

⁷⁸ See inter alia K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie im europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013; CH. KOHLER, “Autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatismes”, *Recueil des Cours* 359 (2012), pp. 285-478, from p. 303; D. HENRICH, „Privatautonomie und Parteiautonomie im Familienrecht“, in J. KLEINSCHMIDT et al. (ed.), *Strukturelle Ungleichgewichtslagen in der internationalen Streitbeilegung*, Frankfurt am Main, PL Academic Research, 2016, pp. 25-38; M.-PH. WELLER/N. BENZ/CH. THOMALE, „Rechtsgeschäftsähnliche Parteiautonomie“, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2017, pp. 250-280; J. V. HEIN in J. V. HEIN (ed.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 7th ed., München, C.H. Beck, 2018, Einleitung zum IPR, para. 35.

REGLAMENTO 1215/2012: FORO DE SUMISIÓN
DEL ARTÍCULO 25 Y FORO ESPECIAL POR RAZÓN
DE LA MATERIA DEL ARTÍCULO 7.1, EN RELACIÓN
A UN CONTRATO VERBAL DE CONCESIÓN MERCANTIL
INTERNACIONAL. COMENTARIO A LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA,
8 MARZO 2018, SAEY HOME, C-64/17

REGULATION 1215/2012: PROROGATION OF JURISDICTION
AND SPECIAL JURISDICTION OF ARTICLE 7.1, REGARDING
VERBAL COMMERCIAL CONCESSION AGREEMENT.
COMMENTARY OF JUDGMENT OF THE COURT, 8 MARZO
2018, SAEY HOME, C-64/17

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Orcid id: 0000-0002-5896-983X

Recibido: 17.07.2018 / Aceptado: 25.05.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4412>

Resumen: En esta sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve a estudiar la validez de un acuerdo de sumisión que consta en unas condiciones de venta a las que no remite expresamente el contrato celebrado entre las partes. Una vez analizado el foro de sumisión del Reglamento 1215/2012, el Tribunal se centra en la aplicación del foro especial en materia contractual del artículo 7.1 al contrato objeto del litigio, contrato de concesión mercantil internacional. El órgano judicial europeo vuelve a clasificar este contrato de distribución como contrato de prestación de servicios a los efectos de que sea aplicable la letra b) del precepto mencionado. Identifica, también, la obligación de prestación del servicio con la realizada por el concesionario, esto es, la distribución en España de los productos objeto del contrato. Por último, una vez que ya se sabe que la prestación del servicio a tener en cuenta debe ser la efectuada por el concesionario, en vez de concluir diciendo que los tribunales competentes serán, por tanto, los españoles, el órgano judicial europeo expone la teoría sobre la determinación del lugar de prestación de servicio en el caso en el que hay una pluralidad de lugares de ejecución de la misma; escenario que no plantea el supuesto de hecho objeto de estudio.

Palabras clave: validez acuerdo de sumisión, contrato verbal sin confirmación escrita, foro sumisión expresa, foro especial en materia contractual, Reglamento 1215/2012, contrato de concesión mercantil, prestación de servicios, lugar de ejecución de la prestación de servicios.

Abstract: In this judgment, one more time, the Court of Justice studies the validity of a submission agreement that is included in the conditions of sale to which the contract entered into between the parties does not expressly refer. Once analyzed the submission forum of Regulation 1215/2012, the Court studies the application of the special forum on contractual matters of the article 7.1 to international commercial concession contract. The European judicial court classifies the distribution contract as contract

for the provision of services for the purposes of the letter b) of the aforementioned precept. The obligation to provide the service is identified as the provision by the concessionaire, that is, the distribution in Spain of the products that are the object of the contract. Finally, once it is known that the provision of the service to be taken into account must be the one for the concessionaire, instead of concluding that the Spanish jurisdiction has the competence, the European judicial explains the theory on the determination of the place of provision of services in the case in which there is a plurality of places of execution of the same; scenario that does not raise the factual assumption under study.

Keywords: Validity of a jurisdiction clause, verbal agreement without written confirmation; prorogation of jurisdiction; special jurisdiction art. 7.1; Regulation 1215/2012; commercial concession agreement; provision of services; place of performance of provision of services.

Sumario: I. Hechos del caso. II. Cuestiones prejudiciales planteadas. 1. Foro de sumisión expresa del artículo 25 Reglamento 1215/2012. 2. Foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 Reglamento 1215/2012. A. Contrato de prestación de servicios. B. Lugar de prestación del servicio. III. Conclusiones.

I. Hechos

1. En esta reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se contestan una serie de cuestiones prejudiciales planteadas en relación con los foros de competencia del Reglamento Bruselas I bis. En concreto, los foros que se estudian son el de sumisión expresa del artículo 25 y el foro especial por razón de la materia contractual del precepto 7.1. Respecto de los mismos, el Tribunal europeo analiza si pueden ser aplicados al contrato objeto del caso, un contrato verbal de concesión mercantil internacional.

2. Los hechos del supuesto vienen determinados por la existencia de un contrato de concesión mercantil firmado entre la empresa Saey Home, la concedente -con sede social en Bélgica- y la empresa Lusavouga, concesionaria -con sede social en Portugal-. En virtud de este contrato, la entidad concesionaria se obliga a promover y a distribuir en España, con carácter exclusivo -salvo por un cliente-, los utensilios de cocina de la marca Barbecue, fabricados por Saey Home.

El contrato se celebró de forma verbal, no hay constancia escrita del mismo. Y, en las condiciones generales de la contratación, que aparecen en unas facturas emitidas por la concedente, existe una cláusula de sumisión a los tribunales belgas.

3. La empresa fabricante de los utensilios de cocina Barbecue -la concedente- notifica a la compañía concesionaria que pone fin a la relación contractual. Lo hace de forma anticipada y repentina. Ante este hecho, Lusavouga interpone demanda por la que reclama una indemnización de daños y perjuicios por la ruptura del contrato. El litigio lo inicia ante los tribunales portugueses.

El Tribunal de Primera Instancia de Aveiro (Portugal) se declara competente. Lo hace, en respuesta a la excepción de falta de competencia que planteó Saey Home. Según esta empresa, entre otras razones, en las condiciones generales de venta del producto existe una cláusula de sumisión a los jueces belgas, razón por la cual entiende que los órganos jurisdiccionales portugueses no son los competentes.

Saey Home, disconforme con la decisión del Tribunal de ser competente en este caso, interpone recurso de apelación ante la Audiencia de Oporto. Este órgano judicial es el que plantea las cuestiones prejudiciales que encuentran respuesta en la sentencia objeto de comentario.

II. Cuestiones prejudiciales planteadas

4. La Audiencia de Oporto pregunta trece cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, todas ellas, relacionadas con los foros del Reglamento 1215/2012 aplicables en este caso.

El Tribunal europeo unifica las trece cuestiones en dos. Una, para responder a la pregunta de si concurre el foro de sumisión expresa a los tribunales belgas y, otra, para estudiar cómo opera el foro especial por razón de la materia del artículo 7.1. del Reglamento en este caso.

5. Como es bien sabido, los foros del Reglamento Bruselas I bis se estructuran de forma jerárquica¹. De esta manera, en defecto de la existencia de un foro exclusivo del artículo 24, el legislador europeo da preferencia, en primer lugar, a la voluntad de las partes manifestada en un acuerdo de sumisión a determinados tribunales (arts. 25 y 26). En segundo lugar, en el supuesto de que no exista ese consenso a la hora de elegir jueces competentes, los foros aplicables serían el foro general del domicilio del demandado (art. 4) y, si concurriese, el foro especial por razón de la materia (art. 7). Estos dos últimos son alternativos, no existe jerarquía entre ellos.

Por lo anterior, el Tribunal europeo se pronuncia primero sobre la sumisión y, después, analiza el foro especial por razón de la materia.

6. En nuestro supuesto de hecho, el domicilio del demandado se encuentra en la Unión Europea; también el del demandante. No obstante lo cual, es oportuno mencionar que, en el caso de que no opere ningún foro exclusivo, ni las partes hayan acordado someter sus litigios a la jurisdicción de algún tribunal, para que se aplique el Reglamento que estamos utilizando, el Reglamento 1215/2012, es necesario que el domicilio del demandado se encuentre en el territorio de aplicación de la norma. Dicho de otra manera, si los foros aplicables son el general del domicilio del demandado y el especial por razón de la materia, el domicilio del demandado tiene que ubicarse en la Unión Europea para que el supuesto de hecho se encuentre dentro de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, situándonos en el último escalón de la jerarquía de foros, si el domicilio del demandado se localiza en la Unión Europea, el Reglamento será aplicable y, como mínimo, concurrirá el foro general del domicilio del demandado y, quizá también, el especial por razón de la materia.

Como vemos, el concepto de domicilio del demandado es importante a estos efectos. Según el artículo 63 del Reglamento Bruselas I bis, las personas jurídicas tendrán su domicilio en el Estado miembro en el que tengan la sede social, la administración central o el centro de actividad principal². El legislador europeo, por tanto, aporta una definición material triple de domicilio, determinado por los tres elementos mencionados, la sede social, la administración central o el centro de actividad principal. Con esta calificación triple de domicilio, es posible que la persona jurídica pueda tener hasta tres domicilios en la Unión Europea. Esta circunstancia no es problemática, lo único que supone es que el demandante tenga más jurisdicciones ante las que poder interponer su demanda por el foro general del domicilio del demandado³.

Como ya hemos comentado, el domicilio del demandado se encuentra en Bélgica, al ser este país el lugar donde esta parte tiene su sede social. Por lo tanto, en el supuesto de que el acuerdo de sumisión mencionado en el caso no fuera válido, el Reglamento sería aplicable para determinar la competencia por el foro general del domicilio del demandado y por el foro especial por razón de la materia.

1. Foro de sumisión expresa del artículo 25 Reglamento 1215/2012

7. A través del foro de sumisión, el legislador europeo pone en valor la autonomía de la voluntad de las partes. El acuerdo de sumisión supone que los tribunales competentes, de forma exclusiva, sean los elegidos por las partes. El elemento fundamental que justifica la competencia de los tribunales escogidos por las partes es el consentimiento, emitido de forma válida, por ellas⁴. Nadie puede ser llevado

¹ Vid., A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 735-737.

² Vid., A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 790.

³ El artículo 62 del Reglamento se ocupa del domicilio de las personas físicas. En nuestro caso, como el demandado es una persona jurídica, sólo debemos tener en cuenta el artículo 63 de la norma.

⁴ Vid., A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 791.

⁵ STJCE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25-76, *Rec.* 1876, p. 01851, ECLI:EU:C:1976:178, apartado 6; STJCE 14 diciembre 1976, *Colzani*, 24-76, *Rec.* 1976, p. 01831, ECLI:EU:C:1976:177, apartado 7; STJCE 6 mayo 1980,

ante una jurisdicción incompetente sin su consentimiento. Precisamente, este factor es el que entra en juego en nuestro caso para analizar la validez del acuerdo de sumisión y determinar si los tribunales competentes son los belgas, los elegidos por las partes.

8. El precepto que analiza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respondiendo a la cuestión prejudicial undécima, es el apartado primero del artículo 25. Según el mismo:

“1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita;
- b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.”

9. Como vemos, el acuerdo de sumisión puede adoptar cualquiera de estas tres formas recogidas en el precepto transcrito. Por un lado, puede constar por escrito o ser alcanzado de forma verbal con confirmación escrita posterior. También puede haberse celebrado según los hábitos que tengan establecidos las partes. Por último, puede haberse concretado conforme a los usos que sean ampliamente conocidos en el sector del comercio en el que se inserte el contrato.

10. Respecto de la primera forma enunciada, la recogida en la letra a) del artículo 25.1, como ya se ha mencionado, el contrato de concesión mercantil celebrado entre las partes no consta por escrito, se acordó de forma verbal. Y el acuerdo de sumisión aparece, por escrito, en las condiciones de venta que remite la parte demandada en las facturas que envía a la parte demandante. El requisito formal que prescribe el Reglamento para el pacto de sumisión se cumple en este caso, dado que el acuerdo aparece por escrito. Sin embargo, el órgano jurisdiccional correspondiente debe asegurarse de que, efectivamente, se trata de un acuerdo entre las partes, de que hay consentimiento de ambas en este sentido. Para ello, como bien dispone el Tribunal de Luxemburgo, es jurisprudencia europea reiterada que, si el convenio aparece en unas condiciones generales de la contratación, el contrato del que traen causa, firmado por las partes, debe remitir expresamente a ellas para que el acuerdo sea válido; todo ello, para asegurar la existencia de ese consentimiento de ambas partes al efecto⁵.

Teniendo en cuenta todo ello, como partimos del hecho de que no hay un contrato escrito entre las partes, no puede haber remisión expresa en el mismo a las condiciones de venta en las que consta el acuerdo de sumisión, por lo tanto, se debe concluir, tal como hace el Tribunal europeo, que no existe tal acuerdo de sumisión⁶.

Porta-Leasing, asunto 784/79, *Rec.* 1980, p. 01517, ECLI:EU:C:1980:123, apartado 5; STJCE 20 febrero 1997, *MSG*, C-106/95, *Rec.* 1997, p. I-00911, ECLI:EU:C:1997:70, apartado 15; STJUE 21 mayo 2015, *Jaouad El Majdoub*, C-322/14, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2015:334, apartado 29; STJUE 7 julio 2016, *Höszig*, C-222/15, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2016:525, apartado 37; STJUE 28 junio 2017, *Leventis y Vafeias*, C-436/16, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2017:497, apartado 34.

⁵ *Vid.*, también, A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 753.

⁵ STJCE 14 diciembre 1976, *Colzani*, 24-76, *Rec.* 1976, p. 01831, ECLI:EU:C:1976:177, apartado 13; STJCE 16 marzo 1999, *Castelletti*, C-159/97, *Rec.* 1999, p. I-01597, ECLI:EU:C:1999:142, apartado 13; STJUE 20 abril 2016, *Profit Investment*, C-366/13, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2016:282, apartado 26; STJUE 7 julio 2016, *Höszig*, C-222/15, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2016:525, apartado 39.

⁶ *Vid.*, también, A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 759.

⁶ *Vid.*, A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 759.

11. En relación con las otras dos posibles formas del acuerdo, recogidas en el precepto transcrito, el Tribunal de Luxemburgo dispone que el juez remitente es quien tiene que comprobar si concurre alguna de ellas en el caso⁷.

2. Foro especial por razón de la materia del artículo 7.1 Reglamento 1215/2012

12. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde, en segundo lugar y de forma conjunta, a las cuestiones prejudiciales segunda a octava. El órgano jurisdiccional analiza el artículo 7.1 del Reglamento, el foro especial en materia contractual.

Según este precepto mencionado:

“Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:

1) a) en materia contractual, ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda;

b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

— cuando se trate de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías,

— cuando se trate de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios;

c) cuando la letra b) no sea aplicable, se aplicará la letra a);”

13. Como vemos, el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I bis contiene tres apartados. Según la letra c), se aplicará la letra a) cuando no sea aplicable la letra b). Por ello, en primer lugar, se tendrá que tener en cuenta la letra b) y, en el caso de que esta no opere, se aplicará la letra a) (apartado 34)⁸. Siguiendo este orden que marca el tercer apartado del precepto, comenzaremos estudiando la aplicabilidad de la letra b) al supuesto de hecho.

A. Contrato de prestación de servicios

14. En primer lugar, el Tribunal tendrá que determinar si el contrato de concesión mercantil del caso puede ser calificado como contrato de compraventa de mercaderías o como contrato de prestación de servicios.

La letra b) del precepto indica que los tribunales competentes en estos casos serán, en el caso de que se trate de un contrato de compraventa de mercaderías, los del lugar de entrega de la mercancía que hayan pactado las partes en el contrato, y, en el caso de un contrato de prestación de servicios, los del lugar de prestación del servicio que hayan acordado las partes en el contrato. Todo ello, con independencia de la obligación incumplida que sirve de base a la demanda.

15. El TS define *“El contrato de concesión, también llamado de distribución en exclusiva, que regula las relaciones entre las partes litigantes en el presente proceso, es aquel por el que una entidad, la concesionaria (demandada en la instancia y parte recurrida en casación) se compromete a adquirir productos a la entidad concedente (demandante en la instancia y parte recurrente en casación) para, una vez adquiridos, revenderlos y, en su caso, prestar asistencia técnica a sus compradores. Con lo cual, el concesionario está inmerso en la red de distribución del concedente, ya que dicho contrato cumple la función de distribución de productos. Puede tener o no, un pacto adicional de exclusiva. Lo importante es que el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia, lo que lo diferencia del contrato de agencia (así, Sentencia de 8 de noviembre de 1995 [RJ 1995\8637]), y adquiere por compraventa los productos del concedente. Es asimismo importante el carácter de «intuitu personae» de*

⁷ Vid., en este sentido, STJCE 14 diciembre 1976, *Segoura*, 25-76, *Rec.* 1876, p. 01851, ECLI:EU:C:1976:178, apartado 12.

⁸ STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, C-196/15, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2016:559, apartados 30 y 31; STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 42.

*este contrato (así, Sentencias de 28 de febrero de 1989 [RJ 1989\1409] y 21 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10705])*⁹.

Este contrato de concesión mercantil o de distribución exclusiva contiene, por tanto, elementos de la compraventa de mercaderías -el concesionario adquiere la propiedad de los productos que se obliga a revender- y de la prestación de servicios -el concesionario distribuye los productos objeto del contrato-¹⁰.

Habrà que determinar, por ello, si el contrato objeto de estudio puede calificarse como contrato de compraventa de mercaderías, como contrato de prestación de servicios o no puede clasificarse dentro de ninguna de estas dos categorías contractuales.

16. Los autores aportan dos opciones para calificar los contratos, en este sentido¹¹. Por un lado, el criterio de la obligación principal, según el cual, será esta obligación la que determine si estos contratos de distribución pueden ser clasificados como contratos de compraventa de mercaderías, de prestación de servicios, o de ninguna de estas categorías. En segundo lugar, los autores valoran la finalidad económica del contrato¹².

El Tribunal europeo vuelve a seguir la primera de las tesis mencionadas en la sentencia objeto de comentario (apartado 37). Así, sin dar una definición clara al respecto, apuesta por determinar la obligación característica del contrato y decidir que, si ésta es la entrega de un bien, el contrato será de compraventa de mercaderías, y si ésta es la prestación de servicios, el contrato será de prestación de servicios¹³. Teniendo en cuenta lo anterior, la jurisprudencia europea concluye que el contrato de concesión exclusiva es un contrato de prestación de servicios a estos efectos de determinar la competencia judicial internacional en el marco del Reglamento Bruselas I bis (apartado 41)¹⁴.

⁹ STS 428/1999, de 17 de mayo (RJ\1999\4046)

¹⁰ “27. No obstante, cualquiera que sea la variedad de los contratos de concesión en la práctica comercial, las obligaciones que prevén se articulan en torno a la finalidad de esa clase de contratos, que es la de asegurar la distribución de los productos del concedente. Para ello, el concedente se compromete a vender al concesionario, al que ha seleccionado con ese fin, las mercancías que éste le encargue para satisfacer la demanda de su clientela, mientras que el concesionario se obliga a comprar al concedente las mercancías que necesite.

²⁸. Según un análisis ampliamente reconocido en el Derecho de los Estados miembros, el contrato de concesión se presenta en forma de un acuerdo marco que establece las reglas generales aplicables en el futuro a las relaciones entre el concedente y el concesionario en lo que atañe a sus obligaciones de suministro y/o de abastecimiento, y prepara los contratos de venta ulteriores. Como ha expuesto el Abogado General en el punto 41 de sus conclusiones, es frecuente que las partes establezcan también estipulaciones específicas sobre la distribución por el concesionario de las mercancías vendidas por el concedente.” (STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2013:860)

¹¹ *Id.*, M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el Reglamento 44”, *CDT*, vol. 5, núm. 1, 2013, pp. 130-134.

¹² El criterio de la finalidad económica determina que el contrato de distribución, como categoría, no caso a caso, si tiene como finalidad la transmisión de la propiedad, será calificado de contrato de compraventa de mercaderías. Del mismo modo, si tiene como finalidad la prestación de un servicio, será considerado un contrato de prestación de servicios. En este sentido, siguiendo este criterio, los contratos de distribución deben calificarse como contratos de prestación de servicios (*Id.*, entre otros, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos internacionales I”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, p. 992; F. BORTOLOTTI, *Manuale di diritto commerciale internazionale*, vol. Terzo, CEDAM, Padova, 2002, pp. 418-419; P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, núm. 3, 2008, pp. 701-704; J.-P. BERAUDO, “Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *JDI Clunet*, n° 4, 2001, p. 1046). En efecto, entendiendo la finalidad económica como la causa del contrato en Derecho civil, los contratos de distribución tienen su razón de ser en la puesta del producto o servicio al consumidor, y la compraventa no puede identificarse con esto.

¹³ STJUE 25 febrero 2010, *Car Trim*, C-381/08, Rec. 2010, p. I-01255, apartado 32: “Así pues, habida cuenta de la anterior consideración, es preciso basarse en la obligación característica de los contratos en cuestión. Un contrato cuya obligación característica sea la entrega de un bien habrá de ser calificado de «compraventa de mercaderías» en el sentido del primer guión del artículo 5, número 1, letra b), del Reglamento. Un contrato cuya obligación característica sea una prestación de servicios habrá de ser calificado de «prestación de servicios» en el sentido del segundo guión del artículo 5, número 1, letra b)”. *Id.*, también, STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, C-196/15, EU:C:2016:559, apartado 34.

¹⁴ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 41. *Id.*, también, M. A. CEBRIÁN SALVAT, “Competencia judicial internacional en defecto de pacto en los contratos de distribución europeos: el contrato de distribución como contrato de prestación de servicios en el Reglamento 44”, *CDT*, vol. 5, núm. 1, 2013, p. 132.

La jurisprudencia francesa, en cambio, establece que estos contratos no pueden considerarse de prestación de servicios en

17. Es importante destacar que el Reglamento Roma I es un sólido argumento a favor de considerar estos contratos de distribución como contratos de prestación de servicios -aunque el Tribunal de Justicia no lo utilice en esta sentencia-¹⁵. Este texto indica, en el Considerando 17, que, “*por lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de prestación de servicios y de venta de mercaderías deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento. Aunque los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas*”. Esta precisión del legislador europeo debe llevar a sostener que los contratos de distribución y franquicia son contratos de prestación de servicios, tanto en el marco del Reglamento Roma I como en el del Reglamento 1215/2012.

18. Una vez concluido que el contrato de concesión mercantil es un contrato de prestación de servicios, debemos recordar que, tal como afirma el Tribunal de Justicia, el concepto de *servicios “implica, como mínimo, que la parte que los presta lleve a cabo una determinada actividad como contrapartida de una remuneración”* (apartado 38)¹⁶.

Por lo tanto, dos son los elementos que deben darse para hablar de prestación de servicios. Por un lado, debe tratarse de una actividad determinada (apartado 39)¹⁷. Por otro lado, debe ser remunerada (apartado 40).

La expresión *actividad determinada* engloba las obligaciones de hacer, sin embargo, no ocurre lo mismo con las obligaciones de no hacer (apartado 39). En efecto, “*la actividad no debería poder resultar de una no prestación!*”¹⁸. Según el Tribunal europeo, “*En el caso de un contrato de concesión ese criterio corresponde a la prestación característica ejecutada por el concesionario, quien al llevar a cabo la distribución de los productos del concedente toma parte en el desarrollo de su difusión. Gracias a la garantía de abastecimiento de la que dispone en virtud del contrato de concesión, y en su caso a su participación en la estrategia comercial del concedente, en especial en las operaciones de promoción, aspectos que incumbe comprobar al tribunal remitente, el concesionario está en condiciones de ofrecer a los clientes servicios y ventajas que no puede ofrecer un simple revendedor, y de obtener así una mayor cuota del mercado local, en beneficio de los productos del concedente*”¹⁹.

En cuanto a la remuneración, el Tribunal de Justicia introduce este elemento en la definición de la prestación de servicios, por lo tanto, no cabría hablar de este tipo de contrato cuando el prestador actúe de forma gratuita²⁰. Sin embargo, la remuneración no tiene por qué consistir necesariamente en el pago de una cantidad de dinero, puede considerarse como tal “*la ventaja competitiva concedida al concesionario al atribuírsele, en virtud del contrato celebrado entre las partes, la exclusividad o la*

el sentido de la letra b) del art. 7.1 (*Vid.*, J.-M. JACQUET, comentario a las sentencias de la *Cour de Cassation* francesa de 23 enero 2007, de 27 marzo 2007, de 14 noviembre 2007 y de 5 marzo 2008, *JDI Clunet*, nº 2, 2008, pp. 521-531. *Vid.*, también, en relación con estas sentencias, *vid.*, M.-E. ANCEL, “Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I, *RCDIP*, núm. 3, 2008, pp. 574-576).

¹⁵ Reglamento (CE) Nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L177, de 4 julio 2008, pp. 8-16.

¹⁶ STJUE 15 junio 2017, *Kareda*, C-249/16, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2017:472, apartado 35; STJUE 14 julio 2016, *Granarolo*, C-196/15, EU:C:2016:559, apartado 37; STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, *Rec.* electrónica, EU:C:2013:860, apartado 37; STJCE de 23 abril 2009, *Falco*, C-533/07, *Rec.* 2009, p. I-03327, apartado 29.

¹⁷ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 38

¹⁸ *Vid.*, G. CAVALIER, “La notion de contrat de fourniture de services au sens de Bruxelles I –À propos de l’arrêt *Falco* du 23 avril rendu par la CJCE”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 39, 2009, p. 59.

¹⁹ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, *Rec.* electrónica, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 38

²⁰ Sin embargo, hay autores que consideran que debería ampliarse el contenido del concepto para englobar a estos tipos de contratos gratuitos (*vid.*, G. CAVALIER, “La notion de contrat de fourniture de services au sens de Bruxelles I –À propos de l’arrêt *Falco* du 23 avril rendu par la CJCE”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 39, 2009, p. 60; P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, núm. 3, 2008, pp. 714-716). Para los autores que consideran que debería introducirse la gratuidad en estos contratos, se podría definir la prestación de servicios como “*toda operación que tiene por finalidad la realización por una parte, en beneficio de la otra, de un acto, positivo o no, a título oneroso o no*” (*Vid.*, P. BERLIOZ, “La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement Bruxelles I”, *JDI Clunet*, núm. 3, 2008, p. 717).

cuasi exclusividad para vender los productos del concesionario en materia de acceso a los soportes de publicidad, de transmisión de conocimientos técnicos mediante acciones de formación o de facilidades de pago, ventajas que pueden considerarse constitutivas, en su conjunto, de una remuneración a favor del concesionario” (apartado 40)²¹.

B. Lugar de prestación del servicio

19. La siguiente cuestión surge espontánea, qué prestación de servicios es la que debe tenerse en cuenta en este tipo de contratos complejos en los que las dos partes contractuales, habitualmente, deben cumplir con varias obligaciones de este tipo. Así es, en estos contratos, el concesionario, además de distribuir, también participa en la difusión y promoción del producto, por ejemplo. Por su parte, el concedente, además de vender la mercancía al concesionario, se encarga, precisamente, de la estrategia comercial a seguir. Cabría preguntarse, por tanto, cuál de estas prestaciones de servicio es la que va a determinar los tribunales competentes.

20. El Tribunal de Justicia utiliza la prestación característica del contrato de concesión para identificar la prestación de servicios a los efectos de aplicar el artículo 7.1.b) del Reglamento Bruselas I bis (apartado 42). Dispone que la prestación característica es la desarrollada por el concesionario (apartado 39), esto es, la distribución en exclusiva de los productos en España.

21. Pues bien, como acabamos de mencionar, esta obligación de distribuir los bienes se ha pactado en el contrato que debe desarrollarse en España. El contrato no consta por escrito pero, como ya se ha comentado, no se discute su existencia y que las partes han acordado que la distribución debe efectuarse en España. Los tribunales competentes, por tanto, según el artículo 7.1.b) del Reglamento Bruselas I bis serían los españoles.

Sin embargo, el Tribunal europeo no concluye lo anterior. En lugar de eso, expone la jurisprudencia existente cuando son varios los lugares de cumplimiento de la prestación de servicios. En efecto, en los apartados 44, 45 y 46 indica que, en estas circunstancias, la obligación a tener en cuenta será la principal, según se desprenda del contrato o, en su defecto, del cumplimiento efectivo del mismo y, cuando no sea posible determinarla de esta manera, se tendrá en cuenta el lugar del domicilio del prestador para concretar el tribunal competente²².

²¹ STJUE 19 diciembre 2013, *Corman-Collins*, C-9/12, Rec. electrónica, ECLI:EU:C:2013:860, apartado 40.

²² STJCE de 11 marzo 2010, *Wood Floor*, C-19/09, Rec. 2010, p. I-02121, ECLI:EU:C:2010:137: “38. En cuanto al objetivo de previsibilidad, expuesto por el legislador en el undécimo considerando del Reglamento, y habida cuenta del tenor del artículo 5, número 1, letra b) segundo guión, del Reglamento, según el cual será determinante el lugar del Estado miembro en el que, «según el contrato», hubieren sido o debieren ser prestados los servicios, el lugar de la prestación principal de los servicios debe deducirse, en la medida de lo posible, de las cláusulas del propio contrato. Así, en el contexto de un contrato de agencia comercial, procede identificar, con arreglo a este contrato, el lugar en el que el agente debía desempeñar principalmente su trabajo por cuenta del empresario, consistente, en particular, en preparar, negociar y, en su caso, concluir las operaciones de las que esté encargado. 39 La determinación del lugar de la prestación principal de los servicios en función de lo que elijan las partes responde al objetivo de proximidad, dado que dicho lugar presenta, por naturaleza, un vínculo con el fondo del litigio. 40 Si las cláusulas del contrato no permitieran determinar el lugar de la prestación principal de los servicios, bien porque prevén una pluralidad de lugares de prestación, bien porque no prevén explícitamente ningún lugar específico de prestación, pero el agente ya hubiera prestado tales servicios, procede, con carácter subsidiario, tomar en consideración el lugar en el que haya desarrollado efectivamente, de manera preponderante, sus actividades en cumplimiento del contrato, siempre que la prestación de los servicios en dicho lugar no sea contraria a la voluntad de las partes según resulta de las cláusulas del contrato. A tal efecto, pueden tenerse en cuenta los aspectos fácticos del asunto, en particular el tiempo pasado en dichos lugares y la importancia de la actividad desarrollada en ellos. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional ante el que se ha presentado la demanda determinar su competencia a la luz de los elementos de prueba que se le aporten (véase la sentencia *Color Drack*, antes citada, apartado 41). 41 En cuarto lugar, en caso de que sea imposible determinar el lugar de la prestación principal de los servicios con arreglo, tanto a las cláusulas del propio contrato, como a su cumplimiento efectivo, procede identificar este lugar de otra manera que respete, a la vez, los objetivos de previsibilidad y de proximidad perseguidos por el legislador. 42 Con este fin, a efectos de la aplicación del artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento, deberá considerarse lugar de la prestación principal de los servicios prestados por un agente comercial el lugar en el que dicho agente esté domiciliado. Efectivamente, este lugar siempre podrá identificarse con certeza y es, por tanto, previsible. Además, presenta un vínculo de proximidad con el litigio, puesto que el agente prestará en él, con toda probabilidad, una parte no despreciable de

III. Conclusiones

22. En esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha vuelto a estudiar la aplicabilidad del foro especial en materia contractual a los contratos de distribución. De nuevo, el órgano judicial europeo ha reiterado su jurisprudencia respecto de que los contratos de distribución deben considerarse contratos de prestación de servicios en el sentido del artículo 7.1.b) del Reglamento 1215/2012.

Para ello, ha utilizado la tesis de la obligación principal, para identificar cuál es la misma y, según la que sea, determinar si el contrato es de compraventa de mercaderías, de prestación de servicios o no es de ninguna de estas categorías contractuales. En realidad, el Tribunal europeo no habla de la obligación principal, utiliza el concepto prestación característica para determinar los tribunales competentes (apartado 36).

23. En efecto, de manera sorprendente, el órgano judicial europeo identifica la prestación característica para concretar el tribunal competente. Sin embargo, este concepto de prestación característica se utiliza en el marco del Reglamento Roma I, por tanto, en el sector de la ley aplicable, y no en el ámbito del Reglamento Bruselas I bis, de competencia judicial internacional.

El Tribunal de Justicia considera que, si la prestación característica es la entrega del bien, el contrato será calificado de compraventa de mercaderías. En cambio, si la prestación característica es el servicio, el contrato será de prestación de servicios. Por lo tanto, lo que hace el Tribunal, sin decirlo, es asimilar la prestación característica a la obligación principal a efectos de clasificar el contrato en alguna categoría contractual.

24. Por otro lado, del mismo modo que habla de la prestación característica, no la identifica en el contrato de concesión mercantil objeto del caso, más que de forma tangencial. Ningún apartado de la sentencia se ocupa de explicar que la prestación llevada a cabo por el concesionario es la característica del contrato y la que, por tanto, va a permitir calificar el mismo como contrato de prestación de servicios. El Tribunal de Justicia únicamente menciona este aspecto cuando desarrolla el requisito de la “actividad” en el contrato de prestación de servicios (apartado 39). En este contexto establece que *“en el caso de un contrato de concesión, ese criterio corresponde a la prestación característica ejecutada por el concesionario, quien al llevar a cabo la distribución de los productos del concedente toma parte en el desarrollo de su difusión”*.

25. Por último, después de resumir que el contrato de distribución exclusiva litigioso se ha celebrado para la comercialización de los productos en el mercado español (apartado 43), termina la sentencia estudiando el escenario en el que la prestación de servicios debe cumplirse en varios lugares (apartados 44-47). En el supuesto objeto del caso, la prestación de servicios, identificada con la obligación de distribución que desarrolla el concesionario, debe realizarse en un único lugar, en España. Por lo tanto, no se entiende por qué el Tribunal europeo no concluye de esta manera, indicando que los tribunales competentes por el foro especial en materia contractual son los españoles. En lugar de esto, el órgano judicial abre el escenario del cumplimiento de la prestación de servicios en varios lugares para reiterar la teoría existente al respecto y dejar que sea el órgano judicial remitente el que concrete ese lugar que determine la competencia judicial internacional.

26. La sentencia objeto de comentario es muy sencilla, jurídicamente hablando. Hay consolidada jurisprudencia europea al respecto. El Tribunal europeo no debería haber tenido ninguna dificultad a la hora de contestar a las preguntas planteadas. Sin embargo, el órgano judicial lo complica de manera innecesaria, sobre todo, cuando, al final, en lugar de determinar claramente que los tribunales competentes por el foro especial en materia contractual son los españoles, estudia el supuesto de la pluralidad de lugares de cumplimiento de la prestación de servicios -escenario que no existe en el caso- para dejar en el aire, en manos del juez remitente, la respuesta a las preguntas planteadas.

sus servicios. 43. Habida cuenta de las consideraciones precedentes, procede responder a la primera cuestión, letra b), que el artículo 5, número 1, letra b), segundo guión, del Reglamento debe interpretarse en el sentido de que, en caso de prestación de servicios en varios Estados miembros, el órgano jurisdiccional competente para conocer de todas las demandas basadas en el contrato es el de la jurisdicción en la que se encuentra el lugar de la prestación principal de los servicios”.

LAS NUEVAS PROPUESTAS INTERPRETATIVAS
DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
SOBRE EL CONTROL DEL USO LABORAL
DE LA TECNOLOGÍA DE LA EMPRESA: BARBULECU
Y LÓPEZ RIBALDA

THE NEW INTERPRETATIVE PROPOSALS
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
ON THE CONTROL OF THE LABOR USE OF THE COMPANY'S
TECHNOLOGY: BARBULECU AND LÓPEZ RIBALDA

CARLOTA M^a RUIZ GONZÁLEZ

Doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Profesor Sustituto Universidad de Extremadura

Recibido: 17.05.2018 / Aceptado: 06.06.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4413>

Resumen: El control empresarial del uso de los medios informáticos de la empresa y, en especial, de los mensajes que los trabajadores intercambian a través de estos medios, ha sido un tema polémico que, en España, parecía ya parcialmente resuelto por la doctrina constitucional y jurisprudencial. Pero las recientes STEDH establecen nuevos criterios necesitados de análisis por los cambios importantes que pueden provocar en nuestro sistema. Este trabajo comienza exponiendo la situación anterior a esas sentencias, para después analizar los tres últimos pronunciamientos al respecto del TEDH. El trabajo termina explicando las consecuencias que han tenido en el sistema español.

Palabras clave: Tribunal Europeo de Derechos Humanos, control del empleador, videovigilancia, proporcionalidad, información, derechos fundamentales, derecho a la intimidad, uso de los recursos tecnológicos de la empresa, derecho al secreto de las comunicaciones.

Abstract: The corporate supervision of workers use of technological resources and, especially the messages swapped through them, has been a controversial matter that seemed partially solved by the constitutional and jurisprudential doctrine. But the recent "Judgment of the European Court of Human Rights" establishes new criteria that implies a big change in our system, and they have to be analysed. This research analyses the situation before and last three judgements of the European Court of Human Rights. The article ends up explaining the consequences that have had on the Spanish system.

Keywords: European Court of Human Rights, employer's control, video surveillance, proportionality, information, fundamental rights, right to privacy, use of internet and electronic communications in the workplace, secrecy of communications.

Sumario: I. Introducción. II. La situación anterior a Barbulescu y López Ribalda en la doctrina del TS y del TC: un equilibrio en la línea de un reconocimiento limitado de la facultad empresarial de vigilancia y control. III. ¿Existe un posible cambio interpretativo impuesto por el TEDH en sus sentencias de 12 de enero de 2016 y 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu contra Rumania)?.

1. Antecedentes. 2. Propuestas jurídicas de la primera de las STEDH. 3. Propuestas jurídicas de la segunda de las STEDH. 4. Conclusiones. IV. El más reciente de los pronunciamientos del TEDH en relación al control tecnológico del empresario: Caso López Ribalda y otras contra España. 1. Antecedentes. 2. Valoración jurídica del Tribunal sobre el asunto. 3. Conclusiones. IV. Transcendencia interna de las recientes sentencias.

Introducción

1. Resulta obvio, hoy en día, que las tecnologías de la información y la comunicación se encuentran prácticamente instaladas en la organización empresarial, presentando un papel destacable en las relaciones laborales. Pese a ello, y más allá de las previsiones incluidas en algunos convenios colectivos, no existe normativa específica que regule su uso en el ámbito laboral, dando lugar a un vacío regulador que dificulta la delicada delimitación entre potestad de vigilancia y control empresarial, y derechos fundamentales del trabajador.

2. En este sentido, establece la doctrina del Tribunal Supremo en su sentencia de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514) que la potestad empresarial de controlar el uso adecuado de las tecnologías, puestas a disposición de los trabajadores, se basa en el art. 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), que literalmente expresa *“el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso.”*

3. Como podrá apreciarse de la lectura de este artículo, nada establece el mismo en cuanto a la implantación de las tecnologías en dicho ámbito laboral, reconduciéndose la cuestión a dos vertientes muy genéricas: la posibilidad de vigilar y controlar la actividad laboral aparentemente mediante cualquier mecanismo y el derecho de los trabajadores a la intimidad y a la protección de datos, así como el secreto de las comunicaciones que pueden resultar afectados y vulnerados si se someten a limitaciones injustificadas, desproporcionadas o carentes de habilitación legal.

4. Esta falta de precisión normativa parece en parte entendible, pues la redacción del artículo procede del originario ET de 1980, donde en absoluto se pensaba en el masivo uso que dichos adelantos tendrían actualmente¹, siendo suplida tal imprecisión por la jurisprudencia interpretativa que al respecto se ha expresado por las distintas instancias jurisprudenciales².

5. En este punto, recientemente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha dictado tres pronunciamientos que merecen prestar cierta atención por los posibles cambios de criterios o avances que pueden venir a proponer en la regulación de las tecnologías en la empresa. A ellos se dedica este comentario. No obstante, antes de proceder a su análisis, es preciso contextualizar la problemática del uso de las tecnologías en la empresa, desde la perspectiva de la afectación a los derechos fundamentales, e identificar donde se sitúa la regulación extralegal de la cuestión.

¹ Esta es la opinión de Sáez Lara para la que las características de estos nuevos medios de vigilancia implican un cambio cualitativo del poder de control empresarial, que resulta difícilmente incardinable en el citado precepto estatutario, pensado para una realidad distinta. En C. SÁEZ LARA: «Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control del empleador a través de las tecnologías de la información y las comunicaciones», *Temas Laborales (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social)*, núm. 138, 2017, p. 188.

² En este sentido se llega a afirmar que en la regulación de las tecnologías de la información y la comunicación, el Derecho del trabajo es básicamente un derecho jurisprudencial, pues la doctrina general sobre el uso y control de estos medios en la empresa se ha construido principalmente a partir de pronunciamientos judiciales. M^a. E. CUADROS GARRIDO: «Mensajería instantánea y la STEDH de 5 de septiembre de 2017», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, 2017, p. 2. En similares palabras también se manifestaban con anterioridad J.L. MONEREO PÉREZ Y B.M. LÓPEZ INSUA: «El control empresarial del correo electrónico tras la STC 170/2013 (RTC 2013,170)», *Aranzadi Social*, núm. 11, 2014.

6. Comenzando por los derechos fundamentales, cabe afirmar que gozan de un tratamiento privilegiado en nuestro Ordenamiento Jurídico. Pese a ello, esto no les convierte en concesiones constitucionales intocable frente a cualquier injerencia ya que, como señaló el Tribunal Constitucional en Sentencia 88/1985, 19 de junio (RTC 1985/88) pueden ceder ante otros intereses constitucionales –como la libertad de empresa (art. 38 Constitución Española)– en la medida en que no se vea afectado su contenido esencial. Siendo, por tanto, los órganos judiciales los encargados de preservar el necesario equilibrio entre las obligaciones del trabajador derivadas del contrato de trabajo y el ámbito de sus derechos y libertades constitucionales³.

7. En el ámbito laboral, precisamente, constituye una manifestación del citado art. 38 de la Constitución, el ejercicio del poder de dirección del empresario, el cual incluye entre otras facultades la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales, lo que podrá legitimar una bajada de la intensidad de disfrute por éste último de determinados derechos fundamentales⁴.

8. La intensidad de la bajada es lo que constituye el objeto de la mayoría de las controversias jurídicas planteadas ante los distintos tribunales, pues resulta muy difícil determinar el punto intermedio entre derechos constitucionales y aplicaciones, profesionales y personales, que ofrecen estos adelantos tecnológicos, respecto de los cuales no debe olvidarse, como muy acertadamente advierte SÁEZ LARA⁵, que no sólo son instrumentos de trabajo sino herramientas de comunicación y espacios virtuales en los que el trabajador puede disponer de cierta esfera de privacidad legítima.

9. Para dar respuesta a esta cuestión, los tribunales se han venido apoyando en las nociones de “*expectativa razonable de intimidad*”, acogida tanto por el TEDH⁶ como por los tribunales españoles⁷, y la denominada por la STC 241/2012, de 17 de diciembre (RTC 2012/241) como “*expectativa razonable de confidencialidad*”. La aplicación de estas premisas permite determinar, de forma casuística, el nivel y alcance de protección que merecen los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de cada trabajador, en su proyección laboral, cuando interactúan con el uso de las tecnologías en la empresa. De modo, que dichas expectativas decaerán cuando el empresario prohíba a sus trabajadores, parcial o totalmente, el uso para fines personales de las tecnologías puestas a su disposición, informando de la posible monitorización, y siendo en este marco, totalmente acorde con el respeto a los derechos en conflicto, el ejercicio de la facultad de controlar los accesos y usos que de la tecnología realicen los trabajadores.

10. Por último, y como complemento de las anteriores expectativas, el Tribunal Constitucional (Sentencia 98/2000, de 10 de abril) propone, como mecanismo para valorar la constitucionalidad de la medida empresarial restrictiva de derechos fundamentales, la superación del test de proporcionalidad⁸, el cual implica el cumplimiento de los siguientes tres condicionantes:

³ Por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional 213/2002, de 11 de noviembre (RTC 2002/2013); 20/2002, de 28 de enero (RTC 2002/20); y, 151/2004, de 20 de septiembre (RTC 2004/151).

⁴ Una interpretación aún más extensa del contenido del art. 20 ET es la defendida por Montoya Melgar que incluye también dentro de este concepto al *ius variandi* (artículo 39 ET); movilidad geográfica (artículo 40 ET); modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (artículo 41 TRET); despido por causas objetivas (artículo 52 ET); suspensiones y extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (artículos 47, 51 y 52.c) ET); y despidos por causas objetivas (artículo 52 ET). A. MONTOYA MELGAR: «El Poder de Dirección del Empresario en las Estructuras Empresariales Complejas». Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 48, 2004, p. 135.

Un análisis más extenso sobre la actualización y conjugación del poder de dirección y vigilancia empresarial del art. 20 ET con los adelantos tecnológicos puede verse en C. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, «Poderes directivos y nuevas tecnologías», Temas Laborales (Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social), núm. 138, 2017, p. 163 y ss.

⁵ C. SÁEZ LARA: «Derechos fundamentales de los trabajadores y poderes de control...», *ob.cit.*, p. 190.

⁶ Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de junio de 1997 (caso Halford) y, de 3 de abril de 2007 (caso Copland).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514).

⁸ Un análisis del principio también puede verse en las Sentencias del Tribunal Constitucional 66/1995, de 8 de mayo (RTC 1995/66); 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996/55); 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996/207); y 37/1998, de 17 de febrero (RTC 1998/37).

- *Juicio de idoneidad*: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto
- *Juicio de necesidad*: si además es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y
- *Juicio de la proporcionalidad en sentido estricto*: si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

11. Adicionalmente se exige por la doctrina que la medida restrictiva de derechos esté suficientemente justificada, lo que significa que la decisión empresarial de control no podrá ser arbitraria o caprichosa, sino que la misma debe resultar suficientemente motivada desde un punto de vista objetivo⁹.

12. Estos son, en definitiva, los parámetros interpretativos que han venido siendo manejados por la jurisprudencia española vemos a continuación, antes de analizar los pronunciamientos europeos, como se vienen conjugando en el territorio español.

II. La situación anterior a *Barbulescu* y *López Ribalda* en la doctrina del TS y del TC: un equilibrio en la línea de un reconocimiento limitado de la facultad empresarial de vigilancia y control

13. Con anterioridad a los últimos pronunciamientos del TEDH, la situación en España en materia de control empresarial del uso del ordenador y correo electrónico, que es lo que aquí nos interesa, venía siendo complicada por varias razones.

14. En primer lugar, porque como afirma DESDENTADO BONETE y DESDENTADO DAROCA¹⁰ la prestación de trabajo que se trata de controlar en estos supuestos no es una realidad que se manifiesta externamente como sucede con la que captan las técnicas ordinarias de reproducción de la imagen y del sonido, sino que es algo interno, que no se expone al exterior y que no es observable directamente sin entrar en el instrumento productivo que lo contiene.

15. En segundo lugar, porque junto con el derecho a la intimidad también puede verse afectado el derecho al secreto de las comunicaciones, que las protege frente a intromisiones de terceros, así como su tratamiento y almacenamiento por cualquier medio, y

16. En tercer lugar, porque en ese control puede estar implicado un tercero ajeno al ámbito laboral, el cual ni se encuentra vinculado por las obligaciones laborales que surgen con la formalización del contrato de trabajo, ni menos aún tiene que soportar el ejercicio por el empresario de sus poderes de vigilancia y control.

17. Estos condicionantes han hecho que durante muchos años la doctrina de suplicación no fuera uniforme, considerando algunas sentencias que el control empresarial del ordenador era lícito al ser una herramienta de trabajo¹¹. Otras, por su parte, añadían a la anterior permisibilidad la necesidad de una advertencia previa¹². Por otra parte, algunas resoluciones consideraban aplicables las garantías

⁹ Una interpretación sobre la justificación puede verse en M^a. B. CARDONA RUBERT, *Informática y contrato de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 67.

¹⁰ A. DESDENTADO BONETE y E. DESDENTADO DAROCA: «La segunda sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Barbulescu* y sus consecuencias sobre el control del uso laboral del ordenador», *Información Laboral*, núm. 1, 2018, p. 2.

¹¹ SSTSJ de Cataluña, de 5 de julio de 2000 (Rec. 1718/2000); de 10 de octubre de 2006 (Rec. 106/2006); y, Andalucía (Sevilla), de 11 de enero de 2008 (Rec. 1315/2007).

¹² SSTSJ de Cataluña, de 11 de marzo de 2004 (Rec. 98/2003); Comunidad Valenciana, de 19 de julio de 2005 (Rec. 1343/2005), y de 28 de septiembre de 2010 (Rec. 231/2009).

previstas en el art. 18 ET para el registro de la persona del trabajador y sus efectos personales¹³. Y, finalmente, cuestionando los fundamentos del control empresarial, otras resoluciones negaban la licitud de una prohibición absoluta de uso personal, defendiendo la existencia de un derecho de los trabajadores a comunicarse en el ámbito de la empresa¹⁴.

18. Frente a esta disparidad de criterios entre los diversos TSJ españoles, la unificación parece se alcanzó, o por lo menos se recondujo a opiniones y visiones más próximas, tras tres STS de 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007/7514), de 8 de marzo de 2011 (RJ 2011/932) y de 6 de octubre de 2011 (RJ 2011/7699). En estas sentencias se establecía una doctrina que parte de un principio general respecto al ordenador de trabajo, afirmando *“que se trata de medios que son propiedad de la empresa y que ésta facilita al trabajador para utilizarlos en cumplimiento de la prestación laboral, por lo que esa utilización queda dentro del ámbito de poder de vigilancia del empresario, que, como precisa el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, implica que éste «podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales»”* (STS de 26 de septiembre de 2007).

19. Partiendo de este principio, la Sala IV del Supremo consideró que el art 18 ET *“no es aplicable al control por el empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral”*, pues el supuesto que recoge la norma nada tiene que ver con los registros de los medios informáticos de trabajo.

20. Asimismo, añadió el Tribunal que hay que tener en cuenta que existe un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores, lo cual genera una expectativa también general de confidencialidad en el uso de aquellos que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial, porque el trabajador aun teniendo el derecho al respeto de su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas. Es por ello, que concluirá necesario no sólo la necesidad de establecer reglas de uso de la tecnología en la empresa, sino también el informar a los trabajadores sobre los controles que van a llevarse a cabo para verificar el cumplimiento de esas reglas.

21. Pocos meses después de estos pronunciamientos también se manifestó el Tribunal Constitucional, en dos sentencias 241/2012, 17 de diciembre (RTC 212/241) y 170/2013, de 7 de octubre (RTC 2013/170), las cuales no sólo vinieron a consolidar la doctrina unificada del Supremo, sobre las facultades empresariales para regular el uso de los medios informáticos de la empresa, sino que además introdujo la técnica de la ponderación como medida para la resolución de un conflicto entre derechos constitucionales.

III. ¿Existe un posible cambio de criterio interpretativo impuesto por el TEDH en sus sentencias de 12 de enero de 2016 y 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbulescu contra Rumania)?

22. Sobre el caso Barbulescu, el TEDH se ha pronunciado en dos sentencias que se dictaron en las actuaciones iniciadas por la demanda 61496/2008. En ellas se juzga la petición de un ciudadano Rumano (Sr. Bogdan Mihai barbulescu, en adelante Sr. Barbulescu o demandante), que fue despedido por haber hecho uso personal del servicio de mensajería electrónica instalada en su ordenador con fines exclusivamente profesionales.

¹³ SSTSJ de Málaga, de 25 de febrero de 2000 (Rec. 2207/1999); Madrid, de 13 de noviembre de 2001 (Rec. 3885/2001), de 4 de diciembre de 2002 (Rec. 4976/2002) y, de 5 de noviembre de 2009 (Rec. 4747/2008); y, Cantabria, de 20 de febrero de 2004 (Rec. 47/2004).

¹⁴ STSJ de País Vasco, de 6 de noviembre de 2007 (Rec. 2055/2007).

23. Ante esta decisión, el trabajador instó la nulidad de su despido alegando que la conducta empresarial había sido constitutiva de una vulneración del derecho a la correspondencia privada, reconocido por el art. 28 de la Constitución rumana, cuestión que no fue admitida por el Tribunal, que procedió a confirmar la decisión empresarial por entender que la única manera que tenía el empresario de comprobar la veracidad de las alegaciones del trabajador, según las cuales había utilizado Yahoo Messenger exclusivamente para fines profesionales, era demostrar el contenido de las comunicaciones.

24. Asimismo, considera el Tribunal que el derecho a controlar el uso que hacen los empleados de internet en el trabajo nace del derecho empresarial a controlar la forma en la que se realizan las tareas profesionales. También, en la medida en que la empresa había despedido recientemente a un trabajador por circunstancias similares y que pocos días antes de que se produjeran los hechos que motivaron el despido del Sr. Barbulescu se había distribuido una comunicación empresarial que avisaba de que la actividad de los empleados estaba siendo vigilada, el tribunal de instancia entendió que no se puede reprochar falta de transparencia en la actuación empresarial.

25. Ello le lleva a concluir, en consecuencia, que el uso para asuntos particulares de la cuenta de correo profesional constituía una falta de disciplina conforme al art. 263.2 del Código de Trabajo Rumano, considerando en consecuencia la conducta como una violación de las disposiciones del reglamento interno de la empresa que prohibían dicho uso.

26. Acto seguido, el demandante interpuso recurso contra esta sentencia ante el Tribunal de Apelación de Bucarest, el cual mediante resolución de 17 de junio de 2008 consideró *“ajustado a derecho que la jurisdicción en primera instancia declarara que internet es un instrumento que el empleador pone a disposición del empleado para su utilización con fines profesionales y que el empleador está en su derecho de establecer las reglas de utilización de dicho instrumento, estableciendo prohibiciones y adoptando disposiciones que deben ser respetadas por los empleados en su lugar de trabajo...”*, del mismo modo, continuaba concluyendo, que la empresa que ha realizado una inversión tecnológica en el centro de trabajo está en su derecho de vigilar la utilización que se hace de internet desde el lugar de trabajo, y el empleado que trasgreda esas reglas del empleador cometerá una falta disciplinaria que puede llevar consigo una sanción y en especial, la más grave de las sanciones.

27. Ante esta nueva inadmisión de su petición el Sr. Barbulescu interpuso recurso ante el TEDH, siendo atribuido su conocimiento a la Sección Cuarta, que declaró por unanimidad, salvo un voto¹⁵, ajustado a derecho los precedentes pronunciamientos entiendo, por tanto, que no existía nada que indicase que las autoridades nacionales no lograran alcanzar un equilibrio justo entre el derecho del demandante al respeto a la vida privada y los intereses del empleador (Sentencia de 12 de enero de 2016). Acto seguido, el día 12 de abril de 2016 el Sr. Barbulescu solicita la remisión del asunto a la Gran Sala¹⁶, que dicta

¹⁵ La sentencia va acompañada de un voto particular firmado por el juez Pinto de Albuquerque, en el cual el magistrado afirma que el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho al uso de internet y que el acceso a internet debe ser considerado como un derecho humano. Partiendo de esta idea, el voto rechaza que la empresa pueda prohibir de forma general a sus empleados el uso de internet y considera inadmisibles *“una política de control general, automático y continuo”* sobre dicho uso. La aplicación de una política de uso de internet en la empresa debería estar sometida a los principios de necesidad y proporcionalidad, debiendo optar la empresa siempre por los medios de control menos invasivos. Además, los trabajadores *“deberían ser advertidos de la existencia de una política de uso de internet en el centro de trabajo”*, advertencia que tiene que incluir *“el propósito de control, su extensión, los medios técnicos utilizados y el horario en que se va a producir”*. La notificación tendría que hacerse personalmente a cada trabajador y éste debería dar su consentimiento expreso. Sin consentimiento del trabajador, el acceso a sus comunicaciones solo debería permitirse de forma excepcional y requeriría de autorización judicial. Sin estas garantías, la empresa podría abusar de sus facultades de control y actuar como *“un Gran hermano desconfiado al acceso de sus empleados, como si estos últimos hubieran vendido no solo su trabajo, sino también sus vidas personales a los empresarios”*.

¹⁶ Si una Sala del TEDH emite una sentencia contraria a los intereses de una parte se puede solicitar la remisión del asunto a ante la Gran Sala para una nueva consideración en base a lo establecido en el art. 43 del CEDH, que literalmente establece: *“En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala”*.

sentencia estimando la pretensión del demandante el día 5 de septiembre de 2017. Al análisis de estos dos últimos pronunciamientos se dedican los apartados siguientes de este epígrafe.

1. Antecedentes

28. El demandante, ingeniero de ventas, a petición de su empresa creó una cuenta Yahoo Messenger (servicio de mensajería en línea que ofrece una transmisión de texto en tiempo real en internet) con el fin de recibir y responder preguntas de los clientes. Disponiendo dicho trabajador de otra cuenta Yahoo Messenger de uso personal.

29. Asimismo la empresa disponía, en cuanto al uso de la tecnología, de un reglamento interno que prohibía expresamente la utilización de estos recursos por parte de los empleados. Literalmente dicho reglamento establecía:

30. *“Artículo 50: Está estrictamente prohibido perturbar el orden y la disciplina en el recinto de la empresa y particularmente ... usar los ordenadores, fotocopiadoras, teléfonos, el télex y la máquina de fax con fines personales”.*

31. Ha de resaltarse que este protocolo nada incluía, en cambio, en cuanto a la posibilidad del empresario de vigilar las comunicaciones de sus empleados. Siendo el demandante informado de dicho reglamento el día 20 de diciembre de 2006, cuya recepción así constaba firmada.

32. Posteriormente, el 3 de julio de 2007 la oficina donde desarrollaba sus funciones laborales el Sr. Barbulescu procedió a distribuir, entre todos los empleados, una nota informativa cuyo contenido reiteraba lo ya establecido en el reglamento interno, y además comentaba literalmente:

33. *“1. ... El tiempo que se pasa en la empresa debe ser tiempo de calidad para todo el mundo!! Acudid al trabajo para ocuparos de los problemas de la empresa y profesionales, y no de los problemas privados!!. No paséis el tiempo en internet, hablando por teléfono o haciendo fotocopias de cuestiones que no competen a vuestro trabajo ni vuestras funciones. Estáis obligados a ello por (la educación elemental), el buen sentido y la ley!. La empresa se ve en la obligación de verificar y vigilar el trabajo de los empleados y de tomar las medidas oportunas contra los trabajadores en falta!*

2. ... Debido a las continuas faltas (de indisciplina cometidas) en contra de sus superior, (así como) a la utilización que hizo de internet, del teléfono y de la fotocopiadora con fines privados, su negligencia e incumplimiento de sus funciones, la Sra. B.A. ha sido despedida por motivos disciplinarios! Tomad nota de este ejemplo negativo! No cometáis los mismos errores!”

34. Acto seguido, entre los días 5 y 13 de julio de 2007, la empresa registró en tiempo real las conversaciones del demandante en Yahoo Messenger. Este último día, en concreto, el Sr. Barbulescu fue convocado por su director. En dicha convocatoria se le informaba de que se habían supervisado sus conversaciones en Yahoo Messenger y que ciertos elementos indicaban que había utilizado internet con fines personales, omitiendo por tanto lo establecido en el reglamento interno. Además, se adjuntaban gráficas que indicaban que su navegación por internet era superior a la del resto de compañeros, no siendo en este momento informado si la supervisión de sus comunicaciones también afectaba a su contenido.

35. Ese mismo día, el Sr. Barbulescu respondió a su director que sólo había utilizado el Yahoo Messenger con fines profesionales.

36. Seguidamente fue convocado por segunda vez, conteniendo ahora sí el documento de convocatoria la transcripción de las comunicaciones que el demandante había mantenido con su hermano y su novia, durante el periodo que sus conversaciones estuvieron sometidas a vigilancia, dichas comunicaciones trataban temas privados y algunas de ellas eran de carácter íntimo.

37. El mismo 13 de julio el demandante informó por escrito que consideraba a la empresa responsable de la comisión de un delito, en concreto, la violación del secreto de correspondencia.

38. Todo culmina, por último, el 1 de agosto de 2007 cuando la empresa procede a rescindir el contrato de trabajo del Sr. Barbulescu.

39. Ante esta decisión, el trabajador insta la nulidad de su despido ante diversas instancias judiciales, basando su pretensión en la violación del art. 8 del CEDH. Tras ser inadmitida su pretensión recurre al TEDH por entender que los tribunales precedentes no habían tutelado correctamente sus derechos.

40. Finalmente inadmitida su pretensión de tutela de derechos, el trabajador demanda a Rumánia ante el TEDH por vulnerar el art. 8 CEDH que consagra los derechos a la vida privada y a la correspondencia.

2. Propuestas jurídicas de la primera de las STEDH

41. Un aspecto que resulta coincidente en los razonamientos jurídicos de las dos sentencias emitidas por el TEDH sobre este asunto (12 de enero de 2016 y 5 de septiembre de 2017), es el comienzo de la valoración jurídica delimitando los términos del art. 8 del CEDH “*vida privada*” y “*correspondencia*”.

42. En este sentido la Sentencia de 2016 considera útil recordar que la noción de “*vida privada*” es un concepto amplio que no se presta a una definición exhaustiva, incluyendo el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos, y el derecho a la identidad y al desarrollo personal [SSTEDH de 16 de diciembre de 1992 (Caso Niemietz contra Alemania) y de 12 de junio de 2014 (Caso Fernández Martínez contra España)]. No obstante aclara el Tribunal que “*interpretar el artículo 8 de forma amplia no significa que la protección se extienda a toda actividad en la que una persona quiera participar con otros seres humanos para establecer y desarrollar estas relaciones.*” (apartado 35).

43. Por lo tanto, según esta jurisprudencia tendrán cabida en los conceptos del citado artículo del Convenio, las comunicaciones telefónicas, la navegación por internet y hasta los correos electrónicos [SSTEDH de 25 de junio de 1997 (Caso Halford contra Reino Unido), 16 de febrero de 2000 (Caso Amman contra Suiza), y de 3 de abril de 2007 (Caso Copland contra Reino Unido)]. No obstante, añade la sentencia que habría que determinar si “*a la vista de la prohibición general impuesta por el empleador, el demandante podía seguir razonablemente esperando que sus comunicaciones no serían vigiladas*”. Pero no se contiene respuesta a esta pregunta, limitándose el pronunciamiento a dejar constancia de que “*los elementos incluidos en los autos no permiten dar a esta cuestión una respuesta clara y directa*” a la vista de las discrepancias existentes entre las partes (apartados 36 y 42).

44. Acto seguido el Tribunal sitúa su reflexión en el marco de las obligaciones positivas que el art. 8 CEDH atribuye a los Estados en orden a garantizar los derechos que ese precepto reconoce. Al respecto estima que la queja del demandante debe ser examinada desde esa perspectiva “*puesto que era un empleado de una empresa privada, cuyas acciones no podían comprometer la responsabilidad del Estado en virtud del Convenio*” (apartado 53). También manifiesta el TEDH que “*el demandante tuvo la oportunidad de plantear, ante los tribunales nacionales, sus alegaciones según las cuales su empleador había vulnerado su derecho al respeto de la vida privada y correspondencia*”, y que “*los tribunales nacionales examinaron debidamente los argumentos del demandante y estimaron que el empleador había actuado en el contexto de las competencias disciplinarias que le otorgaba el Código de Trabajo*” quedando, por tanto, establecido “*que el demandante había cometido una infracción disciplinaria*” (apartado 56).

45. En este contexto el Tribunal observa que las anteriores instancias otorgaron “*particular importancia*” al hecho de que el empleador había accedido a la cuenta Yahoo Messenger del demandante pensando que contendría mensajes de carácter profesional, puesto que el mismo demandante había

afirmado inicialmente que había usado la cuenta para asesorar a sus clientes. Por lo tanto, se deduce “*que el empleador actuó de conformidad con sus competencias disciplinarias puesto que, tal y como constataron los tribunales nacionales, accedió a la cuenta Yahoo Messenger basándose en el supuesto de que la información allí contenida estaba relacionada con actividades profesionales y que, por ende, acceder a ella era legítimo*” (apartado 57).

46. En cuanto a la cuestión de las transcripciones de las comunicaciones, concluye que su uso fue adecuado, pues los tribunales nacionales se apoyaron en ellas “*solamente en la medida que demostraban la infracción disciplinaria cometida por el demandante, esto es, que había usado el ordenador de la empresa con fines personales durante horarios laborales*”, sin mencionar las circunstancias particulares en las que tuvieron lugar las comunicaciones, ni revelaban la identidad de las partes con las que se comunicaba el Sr. Barbulescu, ni cualquier otro dato o documento guardado en su ordenador (apartado 58 y 60).

47. A la vista de estas consideraciones, culmina su valoración jurídica el TEDH afirmando que no había elemento alguno en el presente asunto que indicase que las autoridades nacionales incumpliesen su obligación de establecer un equilibrio adecuado, entre los intereses del empleador y el derecho del demandante al respeto de su vida privada en virtud del art. 8 del CEDH (apartado 62).

48. Este criterio es, en definitiva y en líneas generales, el establecido hasta esta sentencia por la doctrina del Tribunal Constitucional y Supremo, las cuales admitían y justificaban el control empresarial de las comunicaciones realizadas por los trabajadores desde el ordenador de empresa cuando existiera una prohibición de uso con fines personales.

3. Propuestas jurídicas de la segunda de las STEDH

49. Como ya se comentaba en líneas precedentes, la sentencia del TEDH de 5 de septiembre de 2017, dictada por la Gran Sala, a diferencia de todas las instancias precedentes, procede a estimar la demanda interpuesta por el Sr. Barbulescu apreciando la violación del art. 8 del CEDH.

50. En su valoración jurídica el Tribunal comienza, en primer lugar, contextualizando la cuestión y recordando cuál era la postulación de la parte demandante y la conclusión de la Sala Cuarta. Posteriormente, repasa la jurisprudencia del TEDH en relación a la vida privada recordando que debe interpretarse en sentido amplio incluyendo el derecho a realizar una “*vida privada social*”, es decir, la posibilidad de que el individuo desarrolle su identidad social, y que puede incluir tanto actividades profesionales, como aquellas que tengan lugar en un contexto público (apartado 70 y 71).

51. Asimismo continúa añadiendo que las comunicaciones que se emiten desde el puesto de trabajo, así como las del domicilio, pueden incluirse en las nociones de vida privada y correspondencia del art. 8 del CEDH (apartado 73).

52. Sin embargo, tras esta exposición de argumentos jurídicos y jurisprudenciales, la Gran Sala manifiesta en su apartado 77 “*que el demandante había sido informado de la prohibición de uso de internet para fines personales establecida en las normas internas de la empresa empleadora (apartado 14)*. Pero continúa añadiendo, y aquí viene la novedad, que “*no está tan claro*” que el Sr. Barbulescu “*hubiera sido informado con antelación del alcance y naturaleza de la supervisión efectuada por su empleador o de la posibilidad de acceder al contenido de sus comunicaciones*” (apartado 78). Ello conduce a la Gran Sala a considerar que el art. 8 del CEDH es aplicable al supuesto debatido (apartado 81).

53. Seguidamente el Tribunal pasa a reflexionar sobre las características que rodean las relaciones entre empresas y empleados, destacando su clara diferencia respecto del sistema general de relaciones entre individuos (apartado 116). Así, continúa añadiendo que los “*tribunales nacionales deben*

velar porque el establecimiento por una empresa de medidas para vigilar la correspondencia y otras comunicaciones, sea cual sea su alcance y duración, vaya acompañada de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos” (apartado 119).

54. Por último, tras manifestar su consciencia en cuanto a los cambios que se están sucediendo en la sociedad como consecuencia de la llegada de las tecnologías a la vida social y profesional, considera que la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario son elementos esenciales. Exponiendo que las autoridades nacionales deberían tener en cuenta los siguientes factores (apartado 120):

55. PRIMERO.- Si el empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas. Para la Gran Sala, en principio, para que la medida pueda ser considerada conforme al art. 8 del Convenio, la advertencia debe ser *“clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma”*.

56. SEGUNDO.- Alcance de la supervisión realizada por el empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado. A este respecto la Gran Sala determina que *“debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitada en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados”*.

57. TERCERO.- La existencia o no de argumentos suficientes para el control. Afirmando la Gran Sala, que *“dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas”*.

58. CUARTO.- Posibilidad de establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso al contenido de las comunicaciones. En este sentido considera el Tribunal que *“es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado”*.

59. QUINTO.- Consecuencias del control y uso por el empresario de los datos obtenidos, así como la adecuación de ese uso a la finalidad que legitima el control, y

60. SEXTO.- Garantías ofrecidas al trabajador. La sentencia aclara, en este punto, que *“estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad”*.

61. Aplicando estos principios al caso concreto, el tribunal aprecia que, en efecto, había existido vulneración del art. 8 del CEDH (apartado 140). Ello por los siguientes motivos: En primer lugar, el Tribunal señala que los órganos jurisdiccionales nacionales no valoraron el hecho en cuanto que el demandado parece no hubiera sido informado con antelación del alcance y naturaleza del control efectuado por la empresa o de la posibilidad de que la empresa tuviera acceso al contenido de sus comunicaciones (apartado 132). Tampoco valoraron el alcance y carácter intrusivo del control, afirmando que el registro de las comunicaciones parece se realizó en tiempo real, y que el empresario tuvo acceso a ellas y que imprimió su contenido (apartado 133). Por otra parte, también alega la Gran Sala que los tribunales precedentes no examinaron suficientemente si el objetivo perseguido por el empleador podía haberse logrado mediante métodos menos intrusivos que el acceso al contenido mismo de las comunicaciones (apartado 135), ni se examinó la gravedad de las consecuencias de la medida de control y el procedimiento disciplinario que se siguió (apartado 136). Por último, el Tribunal observa que las autoridades nacionales no determinaron en que momento del procedimiento disciplinario el empresario tuvo acceso a dichos contenidos (apartado 137).

62. Por todo ello, el TEDH consideró que los tribunales rumanos no protegieron adecuadamente el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia y que, por lo tanto, no valoraron el justo equilibrio entre los intereses en juego, produciéndose en consecuencia, una violación de las obligaciones positivas del Estado que derivan del art. 8 del CEDH.

4. Conclusiones

63. Matices coincidentes, y también dispares, presentan las sentencias emitidas por el TEDH en el caso *Barculescu*.

64. Comenzando por las similitudes, cabe destacar que ambos pronunciamientos parten en sus valoraciones jurídicas de la delimitación de los términos vida privada y confidencialidad del art. 8 CEDH. Entendiendo que las comunicaciones telefónicas, la navegación por internet y los correos electrónicos tienen cabida en los conceptos del citado artículo, pues este debe entenderse en sentido amplio incluyendo el derecho a realizar una vida privada social.

65. Igualmente, ambos pronunciamientos prestan atención a la exigencia ya manifestada por nuestros tribunales referida a la necesidad de advertencia “*clara y previa*” sobre las instrucciones de uso de los recursos tecnológicos de la empresa por los trabajadores, y también de información “*clara y previa*” del establecimiento de medidas de vigilancia y control de los mismos.

66. Sin embargo, es en este aspecto donde comienzan a aparecer las discrepancias entre ambas sentencias. De modo, que mientras que *Barbulescu 1* interpreta cumplida por la empresa ambas exigencias, deduciéndose que si el empresario informaba sobre la política de uso y control, la expectativa de confidencialidad desaparecía, por lo que no habría lesión del derecho a la intimidad, ni del secreto de las comunicaciones. *Barbulescu 2* interpreta los hechos ocurridos y las pruebas aportadas por las partes de manera contraria, en el sentido de que no acepta (por no quedar constatado) que la empresa hubiera advertido al trabajador previamente sobre el control que iba a realizar, ni que el demandante, antes de llevar a cabo ese control, manifestara que sólo había realizado un uso profesional de los recursos tecnológicos de la empresa.

67. Este cambio de apreciación llevó al TEDH, en ese segundo pronunciamiento, a situarse más próximo a la línea jurídica expresada por las últimas sentencias del TS y TC, en el sentido de exigir la concurrencia de ciertos presupuestos jurídicos en aras a admitir una limitación de los derechos fundamentales del trabajador. En concreto fundamenta su argumento en los siguientes tres presupuestos:

- Advertencia clara y previa sobre las instrucciones de uso de los recursos tecnológicos de la empresa por los trabajadores, así como del establecimiento de medidas de vigilancia y control de los mismos.
- Sometimiento del control empresarial al triple juicio de la proporcionalidad, y
- La elección siempre de medidas menos intrusivas en la vida del trabajador.

68. Por todo ello, el TEDH considero en ese segundo pronunciamiento, en contraposición al primero, que no se habían protegido adecuadamente los derechos del art. 8 CEDH¹⁷. Situándose, en consecuencia, en una postura más exigente al requerir no sólo la concurrencia de prohibición, sino también la advertencia de control, lo cual se debe de completar con la superación de la proporcionalidad. Todo esto viene, en definitiva, a elevar el listón de exigencia en materia de transparencia en la información previa, lo cual hace necesario su confrontación con los últimos planteamientos de nuestros tribunales españoles.

¹⁷ En este sentido J.L. GOÑI SEIN, «La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores», Trabajo y Derecho, núm. 18 (Sección Unión Europea y Agenda Internacional), 2016, p. 4, ya criticaba no haberse pronunciado el TEDH en tal sentido en la primera sentencia, toda vez, que la postura del primer pronunciamiento entrañaba “*el riesgo de vaciar el derecho fundamental a la intimidad del trabajador en el contexto de las nuevas tecnologías, de un contenido aplicativo identificable*”.

IV. El más reciente de los pronunciamientos del TEDH en relación al control tecnológico del empresario: Caso López Ribalda y otras contra España

69. El pasado 9 de enero de 2018, el TEDH dictó otra sentencia sobre la materia de comentario en las actuaciones iniciadas por demandas 1874/2013 y 8567/2013 dirigidas contra España. El origen de la controversia se encuentra en la acción planteada por cinco cajeras (en adelante, trabajadoras o demandantes) de una cadena de supermercados despedidas disciplinariamente en el año 2009, tras constatarse la comisión de irregularidades laborales a través de cámaras de videovigilancia.

70. Esas demandas en primera instancia fueron desestimadas por considerarse que el uso de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo sin una comunicación previa era conforme al art. 20 del ET, que permitía a un empresario la utilización de medidas de control y vigilancia que considerara adecuadas para verificar si un empleado/a estaba cumpliendo debidamente con sus tareas, guardando la correspondiente consideración debida a su dignidad.

71. Del mismo modo, añadía el Juzgado de lo Social N.º 1 de Granollers, que en los casos donde existan fundadas sospechas de robos, las especiales circunstancias justifican la injerencia en el derecho del empleado a la privacidad, que es considerara como adecuada, necesaria y proporcionada al legítimo objetivo perseguido.

72. Por estos motivos este Juzgado, con base en la STC 186/2000, de 10 de julio (RTC 200/186) procedió a considerar evidente que el empresario tenía suficientes motivos para concluir que la conducta de las trabajadoras suponía una violación de la buena fe contractual y abuso de confianza de conformidad con el art. 54.2 del ET.

73. Acto seguido, las demandantes apelaron ante el TSJ de Cataluña que confirmó las dos sentencias de primera instancia, remitiéndose a la jurisprudencia del TC, y apoyando la conclusión del Juzgado de lo Social en cuanto que la empresa estaba autorizada a llevar a cabo una videovigilancia encubierta de las cajas registradoras. Aunque reconociendo que era posible que el empresario pudiera enfrentarse a una sanción administrativa por no informar a sus empleados y al comité de personal con carácter previo a la instalación de las cámaras.

74. Ante la inadmisión anterior de la pretensión, presentan recurso de casación ante el TS y amparo ante el TC, siendo inadmitidos ambos por considerarse inexistente la violación de un derecho fundamental.

75. Por último las trabajadoras recurren al TEDH, siendo atribuido el conocimiento del Recurso a la Sección Tercera, que declaró por unanimidad, salvo un voto, que la conducta empresarial había sido constitutiva de una violación del art. 8 del CEDH. Véase a continuación un análisis de esta última sentencia.

1. Antecedentes

76. Las demandantes son cinco trabajadoras españolas que en 2009 mantenían vinculación contractual con una cadena familiar de supermercados. A principios de febrero de ese año el empresario fue informado por el director del supermercado de ciertas incoherencias entre el nivel de stocks y las cifras cotidianas de ventas del establecimiento.

77. Con el fin de investigar y poner fin a dichas pérdidas económicas, el 15 de junio de 2009 el empresario instaló cámaras de videovigilancia tanto visibles como ocultas. El propósito de las cámaras visibles era grabar posibles robos de los clientes y estaban colocadas en las entradas y salidas del supermercado. El propósito de las cámaras ocultas era grabar y controlar los posibles robos de los empleados

y enfocaban a las cajas registradoras, cubriendo el área de detrás de la caja. La empresa comunicó a sus trabajadores previamente la instalación de las cámaras visibles, sin embargo, ni ellos ni el comité de personal de la empresa fueron informados de las cámaras ocultas.

78. Los días 25 y 29 de junio de 2009 todos los trabajadores sospechosos de robos fueron convocados a una reunión individual en la cual se le mostraron ciertos vídeos. Durante dichas reuniones las demandantes, en presencia del representante sindical y del representante legal de la empresa, admitieron su implicación en los robos.

79. Tres de las cinco demandantes firmaron un acuerdo por el cual reconocían su participación en los hurtos y renunciaban a accionar por despido ante los tribunales laborales, por su parte la empresa se comprometía a no promover la iniciación de un proceso penal contra ellas. Las otras dos demandantes no firmaron el acuerdo.

80. Finalmente todas las demandantes terminaron ejerciendo acciones, pero sus despidos fueron confirmados en primera instancia y después en suplicación, sin que fueran admitidos los recursos de casación y amparo. Recurriendo, por último, al TEDH por vulneración del art. 6 y 8 del CEDH.

1. Valoración jurídica del Tribunal sobre el asunto

81. Como se desprende del análisis de la sentencia comentada, la última de las resoluciones del TEDH sobre la materia gira sobre dos ejes vertebradores. El primero la vulneración del derecho a la vida privada (art. 8 del CEDH); y el segundo, la vulneración del derecho a un proceso justo (art. 6 del CEDH), sobre el que no entraremos a comentar por su irrelevancia en relación con el objeto de este comentario.

82. Analizando el primero de los ejes, el TEDH inicia su valoración recordando, igual que hacían las anteriores sentencias del caso *Barbulescu*, el sentido del mencionado artículo 8 del Convenio, señalando que *“la videovigilancia encubierta de un empleado/a en su lugar de trabajo, debe ser considerada, [...] como una importante intromisión en su vida privada.”* Pues *“Supone la documentación grabada y reproducible de la conducta de una persona en su lugar de trabajo, que él/ella no puede evitar al estar obligado/a por el contrato de trabajo a desempeñar su trabajo en dicho lugar”* (apartado 59).

83. Seguidamente centra su reflexión en el marco de las obligaciones positivas que el citado artículo atribuye a los Estados, concluyendo que estas obligaciones *“pueden implicar la adopción de medidas destinadas a respetar la vida privada incluso en el ámbito de las relaciones de los individuos entre sí”* (apartado 60), debiendo, en consecuencia, valorar si en el marco de esas obligaciones el Estado *“llevó a cabo una ponderación justa entre el derecho a la vida privada de las demandantes y el interés del empresario a la protección de sus poderes de organización y dirección, en relación con su derecho a la propiedad, así como el interés público en una correcta administración de justicia”* (apartado 61).

84. En este contexto señala el Tribunal, en primer lugar, que la videovigilancia encubierta se llevó a efecto después de que el supervisor de la tienda detectara pérdidas, y se plantearan fundadas sospechas de la comisión de robos por parte de las demandadas, así como por otros empleados y clientes (apartado 62).

85. En segundo lugar, también observa que los datos visuales obtenidos implican el almacenamiento y procesamiento de datos de carácter personal, estrechamente vinculados a la esfera privada de los individuos. Este material fue consiguientemente procesado y examinado por diversas personas que trabajaban para el empresario (entre otros, el representante sindical y representante legal de la empresa) antes de que los recurrentes fueran informados de la existencia de esas grabaciones de video.

86. Sobre este aspecto concluirá el TEDH que la legislación vigente en el momento de los hechos contenía previsiones específicas de protección de datos de carácter personal. En efecto al amparo del

art. 5 de la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD), los demandantes tenían derecho a ser informadas “*previamente de modo expreso, preciso e inequívoco*” de “*la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o la negativa a siniestrarlos; la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; y de la identidad y dirección del responsable del tratamiento, o en su caso, de su representante*” (apartado 64).

87. También recuerda el art. 3 de la Instrucción núm. 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos, que impone esta obligación a cualquiera que use sistemas de videovigilancia, en cuyo caso, debe colocar un distintivo indicando las zonas que están bajo vigilancia, y confeccionar un documento disponible para los interesados que contenga la información prevista en el art. 5 de la LOPD (apartado 65).

88. El Tribunal subraya, como reconocieron los tribunales españoles, que “*el empresario de las demandantes no cumplió con la obligación de informar a las interesadas de la existencia de medios de recogida y tratamiento de sus datos personales, según lo prescrito en la ya mencionada legislación interna*”. Además de esto, observa que el propio Gobierno español reconoció específicamente que los trabajadores nunca fueron informados de la instalación de videovigilancia oculta enfocada sobre las cajas, ni de sus derechos conforme a la LOPD.

89. A pesar de ello los Tribunales españoles, consideraron que la medida fue justificada (por existir indicios razonables de hurto); idónea para conseguir el fin propuesto, necesaria y proporcionada, desde el momento que no había otras medidas igualmente efectivas para proteger los derechos del empresario que interfirieran menos con el derecho de las demandantes al respeto de su vida privada.

90. En este punto el TEDH distingue en presente caso de la situación examinada en el Caso Köpke. De hecho, comenta “*en ese caso, en el tiempo en que el empresario llevó a efecto la videovigilancia encubierta tras las sospechas de robo contra dos empleadas, todavía no se habían establecido en el estatuto condiciones en que un empresario podía utilizar la videovigilancia de un empleado para investigar un delito [...]. Sin embargo, en el presente asunto la legislación en vigor en el momento de los hechos de la causa establecía claramente que todo recolector de datos debía informar a los sujetos de la recogida de datos, de la existencia de medios de recogida y tratamiento de sus datos de carácter personal*” (apartado 67).

91. Asimismo, continua añadiendo, se diferencian en que en Köpke la medida de vigilancia estuvo limitada en el tiempo (se llevó a cabo durante dos semanas), y sólo dos empleados fueron el objeto de la medida. Lo que no ocurre en el caso comentado, donde la medida se dirigía a todo el personal que trabajaba en las cajas registradoras, durante semanas, sin límite de tiempo y durante todas las horas de trabajo.

92. En consecuencia no comparte la opinión de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de la medida adoptada por el empresario con el objetivo legítimo de proteger interés del empresario. Entendiendo, que “*la videovigilancia llevada a cabo por el empresario, que se prolongó durante un largo periodo de tiempo, no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal y, en particular, con la obligación mencionada anteriormente de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal*” (apartado 69). En este sentido, los derechos del empresario podían haber sido protegidos por otros medios, en especial, informando previamente a las demandantes, incluso de una manera general sobre la instalación de dicho sistema y dotándolos de la información establecida en la LOPD.

93. Concluyendo, finalmente que los tribunales internos no ponderaron un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida próspera conforme al art. 8 del CEDH y el interés del empresario en la protección de sus derechos propietarios (apartado 70).

3. Conclusiones

94. Poco difiere, de los anteriores pronunciamientos comentados, la siguiente y última de las STEDH en materia de empleo de medios tecnológicos en la empresa como medio de prestación y control laboral. Tanto es así, que en este caso el Tribunal vuelve a reiterar el guion argumentativo de Barbucescu, con la única salvedad de que detiene especial atención a lo dispuesto en la normativa vigente en España en cuanto a la protección de datos, la cual resulta aplicable desde el momento que se tienen acceso con los controles a datos personales de los trabajadores.

95. Comenzando por la proporcionalidad, el TEDH reitera el contenido de dicho juicio con apoyo en tres sentencias fundamentales del TC, en concreto, las Sentencias 186/2000, de 10 de julio (RTC 2000/186), 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013/29) y 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016/39).

96. A continuación, aquí la diferencia con Barbucescu, detiene la atención en la normativa sobre protección de datos, afirmando *“no será suficiente que el tratamiento de datos resulte en principio lícito, ... o que pueda resultar eventualmente, en el caso concreto de que se trate, proporcionado al fin perseguido; el control empresarial por esa vía, antes bien, aunque podrá producirse, deberá asegurar también la debida información previa”* de acuerdo con lo establecido en el art. 5 LOPD.

97. Y finalmente concluye de conformidad con los anteriores criterios, y aquí apreciamos el posible avance, o quizás nueva conjugación que propone la STEDH López Ribalda, que una medida de vigilancia y control podrá ser absolutamente proporcional, pero si previamente no se ha procedido a cumplir con el trámite de información previa a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares del sistema de recogida de datos, la conducta empresarial será considerada como *“una importante intromisión”* en la vida privada de los trabajadores (apartado 59).

98. Con ello parece querer decirnos el TEDH, que sólo cuando se haya cumplido con el deber de información, podrá continuarse con la valoración de la proporcionalidad, y sólo cuando ambos presupuestos se cumplan (información y proporcionalidad) estaremos ante una medida legítima de control respetuosa con los derechos fundamentales de los trabajadores.

V. Transcendencia interna de las recientes sentencias

99. Escasos han sido los pronunciamientos del TS y TSJ que han sucedido a las anteriores sentencias comentadas, siendo sólo dos los que entran a valorar y confrontar la doctrina judicial española existente hasta la fecha con la reciente del TEDH.

100. Respecto a las propuestas interpretativas de Barbucescu, el TS en sentencia de 8 de febrero de 2018 (Rec. 1121/2015) resulta claro y breve en la valoración de los efectos que podría desplegar sobre la jurisprudencia española, afirmando que *“tales consideraciones del Tribunal Europeo nada sustancial añaden a la doctrina tradicional de esta propia Sala [...] y a la expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia de contraste [...], pues sin lugar a dudas los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de «idoneidad», «necesidad» y «proporcionalidad» requeridos por el TC y a los que nos hemos referido en el FD Quinto [5.b].”*

101. En cuanto a López Ribalda y su planteamiento sobre el deber de información del art. 5 LOPD, nada afirmará el citado Tribunal debiendo de estarse a los posibles comentarios y valoraciones

que pueda manifestar en las sucesivas sentencias. Máxime teniendo en cuenta la reciente entrada en vigor del Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y de cuyo ámbito de aplicación personal y material no quedan excluidas las relaciones laborales¹⁸, el cual viene a contribuir al interés de garantizar una mayor protección de los derechos y libertades tanto de los ciudadanos como de los trabajadores.

102. Si lo hará, en cambio, el TSJ de Castilla-La Mancha en su sentencia el 12 de enero de 2018 (Rec. 1416/2017). Considerando que mientras Barbulescu en nada altera los términos interpretativos de la doctrina española sobre la materia, si influirá este último pronunciamiento en la próxima jurisprudencia del TS, que venía aplicando la última doctrina constitucional sentada por la STC 39/2016, de 3 de marzo (RTC 2016/39), la cual no consideraba necesario el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con el fin de seguridad o control laboral, considerándolo una medida conforme al art. 20.3 ET¹⁹.

103. Con este panorama incierto e inestable, donde unas veces se exige la información, en otras ocasiones el consentimiento o en otras el mero cumplimiento de la proporcionalidad, lo único irrefutable desde el punto de vista de lo razonable es que los trabajadores tienen que ser informados de las zonas videovigiladas y que también es legítimo y válido la instalación de cámaras de video cuando existan sospechas de incumplimientos laborales. Observándose en ambos casos la proporcionalidad.

104. Estas ideas serán las que plantea el TEDH en su reciente sentencia de 9 de enero de 2018, que vuelve a colocar el criterio interpretativo a seguir en la línea de la STC 29/2013, de 11 de febrero (RTC 2013/29) [que precedía a la sentencia 39/2016] que en síntesis establecía las mismas exigencias para considerar legítima la vigilancia y control, que la última de las sentencias del TEDH.

105. Llegados a este punto no puede hacerse nada más que esperar a los próximos pronunciamientos del TS y TC, y observar de conformidad con lo establecido por el TEDH, cual es el criterio que regirá la resolución de las reclamaciones y recursos planteados ante las distintas instancias judiciales españolas.

106. No sin olvidar como acertadamente expresa PRECIADO DOMÈNECH²⁰ la imperiosa necesidad que existe de establecer una legislación orgánica sobre las limitaciones de los derechos fundamentales de los trabajadores en el ámbito de la relación laboral, fundamentalmente por su interacción con los poderes empresariales, pues es evidente que el art. 20.3 ET se manifiesta en la actualidad ciertamente obsoleto en cuanto a la articulación de los controles empresariales y derechos de los trabajadores. Al mismo tiempo añade GARCÍA GONZÁLEZ y GARCÍA GONZÁLEZ²¹, que sin perjuicio de esa necesaria intervención legislativa, la negociación colectiva también deberá actualizar y establecer qué usos irregulares facultan al empresario para proceder al despido disciplinario del trabajador y cuáles otros constituyen infracciones graves o leves, merecedoras de castigos menos severos.

¹⁸ Un análisis más detenido del mismo puede consultarse en J.L. GOÑI SEIN, «Nuevas Tecnologías Digitales, Poderes Empresariales y Derechos de los Trabajadores: Análisis desde la Perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016», *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, p. 15 y ss.

¹⁹ Reiterada en SSTs de 31 de enero 2017 (Rec. 3331/2015), 1 de febrero de 2017 (Rec. 3262/2015) y 2 de febrero de 2017 (Rec. 554/2016).

²⁰ C.H. PRECIADO DOMÈNECH, «Comentario de urgencia a la SETDH de 9 de enero de 2018. Caso López Ribalta y otras c. España», *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2018, p. 10.

²¹ R. GARCÍA GONZÁLEZ y J. PASTOR MERCHANT, «Límites a la necesaria flexibilización de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral: una reflexión tras la sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016 en el caso Barbulescu», *Diario La Ley*, núm. 8715 (Sección Tribuna), 2016, p. 5.

ADOPCIÓN EN ESPAÑA DE MENORES EN SITUACIÓN DE KAFALA Y LEY NACIONAL DEL ADOPTANDO

ADOPTION IN SPAIN AND NATIONAL LAW OF THE ADOPTING

M^a JESÚS SÁNCHEZ CANO

Profesora Ayudante Doctora Universidad San Jorge

Recibido: 06.06.2018 / Aceptado: 12.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4414>

Resumen: La ley española sólo ofrece dos posibles soluciones a los ciudadanos que constituyen una *Kafala* en un país islámico: el reconocimiento, sin más pretensiones, a través del artículo 34 LAI o la constitución de una nueva adopción en España conforme a la ley española. Ahora bien, el artículo 19.4 LAI impide la adopción cuando la ley nacional del adoptado la prohíba o no la contemple, lo que sucede en la mayor parte de los Estados musulmanes. Corresponde a los Tribunales españoles interpretar el sentido de esta prohibición, atendiendo las circunstancias del caso concreto y en particular, al grado de integración del menor en nuestro país, junto con las posibilidades de que se constituya una adopción claudicante.

Palabras clave: adopción, *Kafala*, Ley de Adopción internacional

Abstract: Spanish law only offers two possible solutions to the citizens which constitute a *Kafala* on an Islamic country: the recognition, without more pretensions, through article 34 LAI or the creation of a new adoption in Spain in accordance with Spanish law. Now, article 19.4 LAI prevents the adoption when the adopted national law prohibits it or do not regulate it, what happens in most of the Muslim States. It corresponds to the Spanish courts interpret the meaning of this prohibition, taking account of the circumstances of the specific case and in particular to the degree of integration of the child in our country, along with the possibilities of that constitute a claudicator adoption.

Keywords: adoption, *Kafala*, International Adoption Law.

Sumario: I. La adopción de menores procedentes de países islámicos: panorama general. II. Breve referencia a la *Kafala* de Derecho islámico y su eficacia en nuestro país. III. Examen del art. 19.4 LAI: Delimitación de su contenido y alcance. IV. Análisis de los Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017. 1. Extracto de ambas resoluciones 2. Reflexiones en torno a los fallos de las dos decisiones V. Conclusiones.

I. La adopción de menores procedentes de países islámicos: panorama general

1. Hasta fechas relativamente recientes, las adopciones de menores procedentes de países musulmanes no han sido demasiado frecuentes en nuestro país. A ello no es ajeno que el Corán prohíbe la institución adoptiva, si bien contempla la protección de los menores y la pondera en diferentes suras¹.

¹ A este respecto, resulta muy ilustrativo el razonamiento que se ofrece de los orígenes de la institución de la *Kafala* en H. ZEKRI Y J. OUHIDA, “Capítulo I: La *kafala* en el Derecho marroquí”, A. QUIÑONES ESCAMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, H. ZEKRI Y J.

Esta prohibición ha sido tomada en consideración en los Estados musulmanes, hasta el punto de que sólo tres países de este ámbito contemplan la adopción en su Derecho positivo².

2. Pese a todo, en los últimos años, las solicitudes de adopción de las familias españolas fueron experimentado un notable incremento, muy particularmente, en relación con menores que, previamente, habían sido objeto de una *Kafala* en Marruecos³. Ello motivó la introducción de restricciones por parte de las autoridades marroquíes respecto de los solicitantes extranjeros, por lo que concierne a la constitución de la *Kafala* de Derecho marroquí, ante el temor de que los menores fuesen educados en los países de recepción fuera de la fe islámica⁴, lo que conllevaría una grave trasgresión de la figura misma de la *Kafala*⁵. Concretamente, por el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí se dictó la Circular n° 40 S/2 de Justicia, en la cual se insta a las autoridades competentes para decretar una *Kafala* en dicho país a verificar si el solicitante extranjero tiene su residencia habitual en Marruecos y de no ser así, proceda a denegar la constitución de la *Kafala*⁶, debido a las dificultades para controlar el cumplimiento de las obligaciones que comporta esta institución⁷. Esta es la razón de que el Gobierno español asumiera el

OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 11-125. En esta obra se explica también como la prohibición de la adopción se recogió en los versos 5, 37 y 38 de la *Ázora de los Partidos (Al-Ahzab)*. En lo referente al Derecho positivo, hay que reseñar que la *Mudawana* o Código de la Familia de Marruecos, en su art. 149, declara la nulidad jurídica de la adopción (*Attabani*), así como que la misma no desplegará ninguno de los efectos de la filiación legítima. Si que se regula en el segundo párrafo del citado precepto la institución conocida como *Yaza* (adopción de gratificación) o *Tanzil* (adopción testamentaria), que tiene carácter sucesorio, pero que no instituye vínculo de filiación alguno).

² Debe observarse que tan sólo existe regulación positiva de la adopción en Turquía, Túnez e Indonesia. En este sentido, Vid. *Rapport n°164, Sénat, Session ordinaire de 2000-2001, Annexe au procès-verbal de la séance du 20 décembre 2000*, p.15, y *Ficha n° 51*, Centro Internacional de Referencia para los Derechos del Niño Privado de Familia (SSI/CIR), Diciembre, 2017, en la que, además, se hace referencia a la legislación de Pakistán, que contempla la adopción de menores no musulmanes por adoptantes nacionales o extranjeros, igualmente, no musulmanes. Nótese que Turquía incluso ha ratificado el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. a se ha adherido al Convenio de la Haya acigulaci

³ Dicha circunstancia se pone de manifiesto en A. RODRÍGUEZ BENOT, “Capítulo II: Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español”, A. QUIÑONES ESCAMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, H. ZEKRI Y J. OUHIDA, *Kafala y adopción en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAP, 2009, pp. 129-130.

⁴ En este punto, cabe precisar que la *Kafala* de menores abandonados fue regulada por primera vez en Marruecos, siguiendo los mandatos de la *Sharia*, por el *Dahir* n° 1/93/165, de 10 de septiembre de 1993, estando recogida en la actualidad en la Ley n° 15-01, promulgada por el *Dahir* n°1/02/172, de 13 de julio de 2002. El art. 2 de la citada norma dispone que: “*El acogimiento (la Kafala) de un menor abandonado, en el sentido de la presente ley constituye el compromiso de asumir la protección, la educación y la manutención de un menor abandonado de la misma manera que lo haría un padre por su hijo. La Kafala no dará derecho a la filiación ni a la sucesión.*” Igualmente, del art. 24 en relación con el art. 9 se deduce que la legislación marroquí permite la *Kafala* internacional, si bien exige que los cónyuges a los que se confie profesen la fe musulmana, de donde se desprende la obligación del *kafil* de educar al *makful* en la religión islámica.

⁵ A este respecto, se ha puesto de relieve la existencia de “*Kafalas* fraudulentas”, entendidas como aquellas en las que un *kafil* de nacionalidad española se ha trasladado a un país musulmán, manifestando que practica el Islam y comprometiéndose a educar al *makful* en dicha religión, con la única finalidad de, una vez acordada la *Kafala*, constituir ante las autoridades españolas y conforme a la ley española, una adopción *ex novo*. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol.II, Décimaquinta Edición, 2014-2015, Granada, Comares, 2014, pp. 393-394. Otros autores han indicado como el ocultamiento o fraude deliberado a la normativa del países de origen del adoptando por los adoptantes, durante la tramitación del expediente administrativo previo por la Entidad Pública competente, podría tener como consecuencia la no concesión del certificado de idoneidad, como así se establece en distintas normas autonómicas. En esta línea, puede consultarse, S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español (1)”, *Revista Crítica de Derecho inmobiliario*, N° 701, mayo/junio 2007 pp. 994 – 995.

⁶ Ello trajo como resultado la paralización de la tramitación de las *Kafalas* que se encontraban en curso, así como la no admisión de solicitudes en estos casos. Junto a ello, el Gobierno marroquí planteó la modificación del régimen legal de esta institución, endureciendo las condiciones de los solicitantes extranjeros. Así lo explica, N. MARCHAL ESCALONA, “La *Kafala* marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, *Revista internacional de Derecho y Jurisprudencia* n°3, 2013, Universidad de Almería, <http://ojs.ual.es/ojs/index.php/RIDJ/article/view/1782>.

⁷ Este seguimiento está previsto en el art. 24 en relación con el art. 22 de la Ley n° 15-01, promulgada por el *Dahir* n°1/02/172, de 13 de julio de 2002. De otro lado, para comprender la magnitud de los inconvenientes que comportan las *Kafalas* transnacionales cuando se utiliza como subterfugio para una posterior constitución de una adopción en España, quizás resulte interesante mencionar las observaciones realizadas por la delegación egipcia durante los trabajos preparatorios del CH 1993. Así, Egipto presentó el Documento de trabajo n°124, en el cual proponía que se añadiese un nuevo artículo al Capítulo II, estableciendo expresamente que el Convenio no sería aplicable a ciudadanos que considerasen que la adopción resultaría contraria a su Derecho

compromiso ante las autoridades marroquíes de modificar la normativa española, con el fin de evitar la constitución en España de adopciones respecto de niños marroquíes que hubieran sido objeto de *Kafala* en el vecino país. La existencia de dicho compromiso ha dado lugar al nuevo art. 19.4 LAI⁸, introducido por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio) y que está redactado con el siguiente tenor literal: “En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública.” Con esta previsión, el legislador español pretendió impedir la constitución en España de una adopción después de haberse decretado una *Kafala* en el Estado de origen del menor⁹, evitando, de este modo, las adopciones claudicantes¹⁰.

3. Hay que señalar también que, desde la perspectiva de los Derechos territoriales que coexisten en nuestro país, el Código de Derecho Civil de Cataluña ofrece una solución sobre la cuestión planteada y lo hace en su art. 235-44-4, en el cual se permite al Juez decretar de forma excepcional la adopción en relación con menores procedentes de países que no contemplen la adopción ni ninguna otra institución equivalente, cuando se encuentren en situaciones equiparables al acogimiento o a la tutela que se hayan constituido en el extranjero con finalidad protectora permanente. Ahora bien, son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, que lo permitan las normas de Derecho Internacional privado aplicables y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción.

4. Dicho esto, cabe preguntarse si con la legislación actualmente en vigor se ha conseguido solventar el problema que suscitaban las *Kafalas* transnacionales y que, justamente, promovió la incorporación de la limitación del art. 19.4 LAI. La respuesta, sin ningún género de dudas, ha de ser negativa, atendiendo a la práctica de los Juzgados y Tribunales españoles. Ya desde la entrada en vigor de la LAI, la corriente mayoritaria se inclinó por constituir la adopción de menores en situación de *Kafala*, en el supuesto de que éstos residieran en España al tiempo de la adopción y adquiriesen la nacionalidad española como consecuencia de la misma, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 18 y 19 LAI¹¹. Más todavía, lo

interno. De este modo, se intentaban evitar los perjuicios que pudiera causar la adopción a menores que, siendo nacionales de países que prohibiesen la adopción, residieran habitualmente en otro Estado que sí que contemplase dicha institución. La propuesta iba en la línea de la excepción de orden público, aunque permitía el reconocimiento de la adopción por un Estado, en interés del menor, en casos de necesidad, y ello, aún considerándola contraria a sus principios fundamentales. Esta opción no fue finalmente incorporada al Convenio. Vid. G. PARRA ARANGUREN, *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. Informe explicativo*, p.22, <http://www.hcch.net/upload/brochure33es.pdf>.

⁸ De forma similar, el art. 17.4 del Anteproyecto y el art. 19.4 del Proyecto de Ley de Adopción Internacional, prohibían la constitución de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional no permitiese o no conociese esta institución, salvo que, tal como se añadió en el Proyecto, el menor estuviese en situación de desamparo o bajo la tutela de la Entidad Pública española de protección de menores, y no se pudiera proceder a su repatriación, tras comunicar dicha situación a las autoridades competentes de su país. Ello, sin perjuicio de poder acordar otra medida de protección de menores. Esta previsión fue suprimida durante la tramitación parlamentaria de la ley, como consecuencia de la aprobación de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados. En ambos casos, se pusieron de relieve los inconvenientes que podrían derivarse de la aplicación de dicho precepto en relación con la *Kafala*, al mismo tiempo que se proponía una solución más acorde con el interés del menor, particularmente, en aquellos casos especialmente vinculados con nuestro país, en los cuales resultase improbable que se produjesen adopciones claudicantes. Vid. DS. Congreso de los Diputados, Comisiones, núm. 949, de 22/11/2007, BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 143-12, de 27/11/2007.

⁹ Así lo pone de manifiesto S. ADROHER BIOSCA, en “Capítulo 1: La reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia por las Leyes 8/2015 y 26/2015: Razones del proceso de elaboración y principales novedades”, M.V. MAYOR DEL HOYO (Dir.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma Legislativa de 2015*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2017, p. 55.

¹⁰ El Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia («B.O.E.» 29 julio) contiene una justificación a la incorporación de esta limitación. Así, el legislador español explica que se trata de “evitar la existencia de adopciones claudicantes que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor (artículo 19.4)”.

¹¹ Vid., p.ej, entre otras muchas, AAP Barcelona, (Sección 18^a, A), núm. 181/2008, de 8 de Julio (JUR 2008\315373) y núm.269/2008 de 30 de Octubre (JUR 2009\77866), AAP Barcelona (Sec.18^a), núm.153/2011, de 27 de Junio (AC 2011\2030),

cierto es que esta doctrina jurisprudencial se sigue manteniendo con posterioridad a la Ley 26/2015, incluso, con la oposición del Ministerio Fiscal y aún cuando el adoptado, residiendo en España, no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción¹². Ejemplo de ello son las dos resoluciones que se analizarán en el presente trabajo: AAP Girona 18 diciembre 2017 y AAP Islas Baleares 25 octubre 2017¹³.

5. A la vista del contexto en el que nos encontramos, surgen, asimismo, una serie de dudas. En primer lugar, es posible cuestionarse si la constitución en España de la adopción de un menor cuya ley personal la prohíbe o no la contempla, resultaría contraria al propósito de la LAI de favorecer la validez de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptando. Por el contrario y en segundo término, se genera el interrogante de si la escasa vinculación del adoptando con el país de su nacionalidad, cuya legislación prohíbe la adopción, atendiendo a circunstancias tales como la residencia en España del adoptado y de los adoptantes o la nacionalidad española de éstos, resulta suficiente para que las autoridades españolas decreten la adopción, con el argumento de que en nada perjudicará a la sociedad del Estado del que es nacional el adoptando, en el cual, lo normal es que no tenga que desplegar ningún efecto.

6. Con la intención de dar una respuesta adecuada a los problemas planteados, seguidamente, se estudiará brevemente el tratamiento que se ha venido otorgando en España a la *Kafala* desde la perspectiva de su eficacia en España, junto con el régimen del vigente art. 19.4 LAI. De ahí se extraerán una serie de conclusiones que, puestas en relación con las decisiones de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares y de la Audiencia Provincial de Girona, permitirán determinar si la interpretación que están haciendo nuestros Tribunales de la prohibición del apartado 4 del art. 19 LAI es la más ajustada al sentido de la norma y al espíritu de la reforma efectuada por la Ley 26/2015.

II. Breve referencia a la *Kafala* de Derecho islámico y su eficacia en nuestro país

7. Teniendo en cuenta que las dos resoluciones estudiadas parten de la existencia de una *Kafala* constituida previamente a la solicitud de adopción, no está de más poner de relieve algunas consideraciones, que complementan lo explicado en el primer apartado del presente trabajo.

o el AAP de Cantabria (Sección 2^a) núm. 71/2015 de 30 de Abril (JUR 2015\275325). Aquí, cabe precisar que existe alguna resolución que deniega el establecimiento de la adopción respecto de un menor marroquí que se encuentra en situación de *Kafala* intrafamiliar, pero, en estos casos, el motivo de la denegación lo constituye el hecho de que el menor no ha sido declarado en situación de abandono o desamparo por una resolución dictada por las autoridades marroquíes (Vid. AAP Barcelona, (Sección 18^a, A) núm.230/2011, de 3 Noviembre (JUR 2012\33503).

Con anterioridad a la LAI y respecto del antiguo art. 9.5 Cc, este criterio también fue acogido en algunas resoluciones. Puede traerse a colación el AAP de Málaga de 19 de diciembre de 2002, el cual, tratándose de adoptandos de nacionalidad marroquí y residentes en Marruecos, avala la decisión del Juzgado de Primera Instancia, que denegó la petición de su adopción “*por ser la ley aplicable la marroquí y no existir en su derecho la institución de la adopción*”. También cabe citar el AAP Cádiz (Sección 6^a,), Auto núm. 12/2006 de 3 de Marzo (JUR 2006\241802), en el cual, se rechazó la constitución de una adopción de un mayor de edad marroquí por parte de ciudadanos marroquíes, sobre la base de que en el Reino de Marruecos no existe la adopción, sino otras instituciones de protección de menores, tales como la *Kafala*, añadiendo que, pese a que la parte recurrente invocaba una pretendida violación del derecho a la protección de la familia, ello no resultaba contrario a nuestro orden público internacional, más todavía, como era el caso, tratándose de un adoptando mayor de edad. Aún va más allá este último Auto, al precisar, citando al Prof. Calvo Caravaca, que cualquier otra decisión supondría un quebranto de “*los modelos jurídicos de organización social de aquellos estados de forma injustificada*”. Por último, si bien no se ocupa directamente de la constitución de la adopción respecto de menores que la tienen prohibida por su ley personal, hay que hacer mención a la STSJM, Sala de lo Social, Sec. 3^a, núm. 58/2008, de 31 de enero (AS 2008\959), en tanto que analiza la cuestión al dirimir si un menor que ha sido objeto de *Kafala* tiene derecho a percibir pensión de orfandad. Pues, bien, debe hacerse hincapié en como la citada resolución, para resolver la cuestión principal, parte de la base de que los menores en situación de *Kafala* no pueden ser adoptados por aplicación de su ley personal.

¹² Con la finalidad de interpretar el alcance de la restricción introducida en el art. 19.4 LAI, la Fiscalía General del Estado ha emitido el “Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la *Kafala*”, en la que se establecen los criterios que deben regir para aplicar dicha prohibición.

¹³ Concretamente, se trata del AAP Girona (Sec.1^a) núm. 247/2017 de 18 diciembre (JUR\2018\23279) y del AAP Islas Baleares (Sec. 4^a) núm. 173/2017 de 25 octubre (JUR\2018\32856).

8. Como ya se ha indicado, la institución de la *Kafala* de Derecho islámico y por tanto, también la *Kafala* de Derecho marroquí, resulta desconocida en el Derecho español y por consiguiente, no es equivalente a la figura de la adopción plena tal como se contempla en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido se ha manifestado la DGRN, y por tanto, ha concluido que no pueden ser objeto e reconocimiento en nuestro país como propias adopciones¹⁴. También se ha señalado que esta figura no puede equipararse a la institución de la adopción simple, en tanto que no comporta en establecimiento de vínculos de filiación¹⁵.

9. Es, justamente, este último dato, es decir, el hecho de que la *Kafala* no instaure una relación de filiación, el que determina que una *Kafala* constituida en un país islámico, que deba desplegar efectos en nuestro país, nunca pueda beneficiarse del sistema de reconocimiento previsto en el art. 26 LAI, en tanto que no superará el control de equivalencia de efectos a que se refiere su apartado 2. Pero, no sólo eso, sino que, además, esta institución tampoco podrá surtir efectos en España como una adopción simple o no plena, en los términos del art. 30.1 y 2 y en consecuencia, no podrá ser objeto de conversión en una adopción tal y como se regula en Derecho español, en aplicación del art. 30.4 LAI.

10. Ante semejante perspectiva, las familias españolas que constituyan una *Kafala* en un país islámico sólo tienen dos posibilidades: o bien acudir, sin perjuicio de lo dispuesto en el CH 1996¹⁶, a la vía del art. 34 LAI, con lo cual, si se cumplen todos los requisitos, se equipará a un acogimiento o a una tutela previstos en la ley española¹⁷; o bien, una vez obtenida la equiparación, solicitar la constitución *ex novo* de la adopción en nuestro país, de conformidad con lo previsto en la propia LAI en cuanto a competencia judicial internacional y ley aplicable¹⁸, sin que sea necesaria la propuesta previa de adopción por parte de la Entidad Pública española competente, en tanto que el menor se encuentra acogido legalmente o bajo la tutela de un español, tal como previene el art. 176.2 Cc¹⁹.

¹⁴ Vid. Resolución-Circular de 15 de julio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales.

¹⁵ Respecto de esta institución, la DGRN (Vid., por todas, RDGRN núm. 5/2006 de 27 febrero) ha declarado de forma reiterada que “no guarda ningún punto de contacto con la adopción reconocida en el ordenamiento español: no supone vínculo de filiación ni de parentesco entre los interesados; no implica alteración del estado civil de éstos, y solo alcanza a establecer una obligación personal por la que el “adoptante” se hace cargo del “adoptado” y ha de atender a sus necesidades y manutención.”

Asimismo, autores como Calvo Caravaca y Carrascosa González añaden que la *Kafala* no tiene como consecuencia la atribución de la patria potestad a su titular y por consiguiente, el menor no podrá optar a la nacionalidad española conforme al art. 20.1 Cc, ni, por supuesto, tampoco la adquirirá en virtud del art. 19.1 Cc.. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007, de 28 de diciembre sobre adopción internacional, (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, pp. 309-316.

¹⁶ El Convenio Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (*hecho el 19 de octubre de 1996*) fue ratificado por Marruecos en fecha 22-8-2002 y está vigente en dicho país desde el 1-12-2002. Por lo demás, la *Kafala* constituye una medida de protección de menores cubierta por el ámbito de aplicación de este Convenio (art. 3.e). Vid. <https://www.hch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=70>.

¹⁷ El legislador español no ha optado por reconocer la institución de la *Kafala* como tal *Kafala* de Derecho islámico, sino que ha seguido en este punto la técnica de la “calificación funcional”, reconociéndola como un acogimiento o una tutela de Derecho español, según algunos autores, con el único propósito de posibilitar la posterior adopción del menor objeto de *Kafala*, por las autoridades españolas, sin necesidad de la propuesta administrativa previa. Vid. A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007...cit*, pp. 312-315. En esta misma línea se manifestó la DGRN respecto de la legislación anterior a la LAI, al dejar sentado que las *Kafalas* “nunca podrán ser reconocidas en España «como adopciones», sino que, a través de la técnica jurídica propia del Derecho Internacional Privado de la «calificación por la función», puede entenderse que tales instituciones, desconocidas para el Ordenamiento jurídico español, desarrollan en el Derecho extranjero una función similar a la que despliega, en Derecho español, el «acogimiento familiar» (...)”. Vid., por todas, RDGRN núm. 5/2006 de 27 febrero. No obstante, un sector doctrinal sostiene que el legislador español debería reconocer los efectos que atribuye en cada caso a la *Kafala* el ordenamiento jurídico extranjero. Vid. N. MARCHAL ESCALONA, “Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles”, *Paix et Sécurité Internationales*, Num. 4, janvier-décembre 2016, pp. 197-230.

¹⁸ Arts. 14-17 en relación a la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles en materia de adopción internacional y arts. 18-23 por lo que se refiere a las normas de conflicto que designan el Derecho aplicable.

¹⁹ Esta misma opinión es compartida por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley 54/2007...cit*, pp.316-317.

11. En lo referente al sector de la ley aplicable, conviene puntualizar que en la actualidad y tras la supresión del art. 21 LAI por la Ley 26/2015²⁰, sólo cabe la constitución de una adopción en nuestro país conforme a la ley española, de acuerdo con el art. 18, estando únicamente permitida la aplicación de una ley extranjera, con arreglo a los arts. 19 y 20 LAI, para la capacidad y declaraciones de voluntad necesarias. No hay que dejar de lado que el art. 19.1 LAI ordena que la capacidad del adoptando quede sujeta a su ley nacional tanto cuando el adoptando resida fuera del territorio español en el momento de constitución de la adopción, como si, pese a residir en España, no adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la adopción. En principio, debe ponerse de manifiesto que la aplicación de la ley nacional del adoptando es imperativa, de concurrir los presupuestos exigidos por el art. 19 LAI, o lo que es lo mismo, la autoridad española que constituya la adopción estará obligada a recurrir a la ley nacional del adoptando en todo lo referente a su capacidad para ser adoptado²¹. Ahora bien, el párrafo 1 del art. 19 LAI se ve matizado por el apartado 2, que supedita la aplicación de la ley nacional del adoptado por las autoridades españolas a que con ello se facilite la validez de la adopción en el país del cual es nacional el adoptado, lo que indiscutiblemente no sucederá si el menor es nacional de un país que no contempla la adopción o que incluso, la prohíbe.

12. No obstante, poniendo en relación lo anterior con el apartado 4 del art. 19 LAI, es obvio que la incorporación de este nuevo párrafo contenido y alcance del art. 19.4 LAI idicantes y en solventar la laude la enido la incorporacidesbloquear la tramitacies rt. 19.1 Ccpor la Ley 26/2015 supone un cambio relevante respecto del régimen anterior, que incide sobre la constitución de una adopción en aquellos supuestos en que se haya obtenido el reconocimiento de la *Kafala ex art. 34 LAI*. Primeramente, porque condiciona las facultades que otorga al Juez el art. 19.2 LAI para no dar entrada a la ley extranjera que rige la capacidad del adoptado, sobre la base de que no favorece la validez de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptado, y en su lugar, aplicar la ley española, que permitiría la constitución de la adopción. Y en segundo término, en tanto que limita las posibilidades de constituir la adopción en aquellos casos en que la ley nacional del adoptado prohíba o no contemple la institución adoptiva. Más aún, atendiendo a que la citada reforma trae causa de la controversia que condujo a la paralización por las autoridades marroquíes de la tramitación de las *Kafalas* en relación con los solicitantes españoles y teniendo en cuenta que el propósito que ha inspirado al legislador reside en impedir las adopciones claudicantes. Dadas las circunstancias, parece oportuno precisar el sentido del art. 19.4 LAI, tarea ésta que se abordará en el siguiente epígrafe.

III. Examen del art. 19.4 LAI: Delimitación de su contenido y alcance

13. Particularmente interesante resulta el estudio del apartado cuarto del art. 19.4 LAI, en tanto que, como ya se ha apuntado, vuelve a incorporar una disposición cuyo contenido ya estaba previsto en el Anteproyecto y en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional y que fue suprimida durante la tramitación parlamentaria de la LAI²².

14. Importante es también recordar aquí las valoraciones doctrinales que se hicieron en relación con la previsión contenida en el Proyecto, puesto que de las mismas pueden extraerse consecuencias relevantes a la hora de interpretar el actual art. 19.4 LAI. Así, algún autor manifestó su desconcierto ante la decisión del legislador español de establecer una sola regulación, en la cual, al igual que con la norma actualmente en vigor, no se distinguían los casos en que la ley nacional del adoptado desconoce la adopción de aquellos en que ésta se encuentra prohibida, al mismo tiempo que criticó que el

²⁰ Recuérdese que, con anterioridad a la citada reforma, la LAI distinguía entre adopción regida por la ley española (arts. 18-20) y adopción regida por la ley extranjera (art. 21).

²¹ De este modo, se favorece la constitución de la adopción en España cuando la misma no resulta posible por no reunir el adoptando alguno de los requisitos de capacidad reclamados por la ley española. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.130 y 131.

²² Recuérdese lo dicho en la nota al pie nº8.

art. 19.4 del Proyecto subordinaba la protección del menor al requisito de la armonía internacional de soluciones²³.

15. Otra corriente doctrinal consideró acertada la no incorporación al texto definitivo de la LAI del apartado 4 del art. 19, básicamente, porque dicho precepto no se ajustaba al espíritu del art. 18, que, aún hoy, recoge lo que algunos autores han denominado la “conexión social”²⁴, que lleva a aplicar la ley española a la constitución de la adopción en aquellos supuestos en que el adoptado está integrado o va a integrarse en nuestro país. Este sector de la doctrina sostenía que, en estos casos, generalmente, la vinculación del adoptado con el país de su nacionalidad, cuya legislación prohíbe la adopción, resulta poco significativa, máxime si, como es lo más habitual, los adoptantes también residen en España e incluso ostentan la nacionalidad española, motivo por el cual, la adopción en nada perjudicará a la sociedad del Estado del que es nacional el adoptado, en el cual, lo normal es que no tenga que desplegar ningún efecto²⁵.

16. Esta misma idea parece haber sido asumida por la Fiscalía General del Estado, tras la entrada en vigor del texto original de la LAI en la *Circular 8/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores*. Concretamente, en el Considerando XIII de esta Circular se analiza el tratamiento de la *Kafala*, concluyendo que cuando se inste un expediente de adopción en el cual el menor resida en España y sometido a la *Kafala* de un ciudadano español o con residencia habitual en nuestro país, los tribunales españoles dispondrán de competencia para acordar la adopción (art. 14 LAI) y aplicarán la ley española (art. 18.1 LAI), sin que la prohibición o desconocimiento de esta institución por la ley nacional del adoptado sea un obstáculo para la constitución de la adopción²⁶.

17. En cuanto a la prohibición que recoge el actual art. 19.4 LAI, a lo ya explicado a lo largo del presente trabajo, cabe añadir que el legislador español, en su afán de evitar adopciones claudicantes, ha introducido como límite que el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública, pues existen pocas probabilidades de que la adopción deba de producir efectos en el país de la nacionalidad del adoptado, cuya ley prohíbe o no regula la adopción, sobre todo, si los adoptantes son españoles y residen en España²⁷.

18. Por lo demás, cierto es que hay sectores que consideran adecuada la reforma, toda vez que palía en buena medida los conflictos que suscitó el uso fraudulento de la *Kafala*, a la par que garantiza el respeto a la legislación de los países de origen de los menores²⁸. Sin embargo, tampoco puede desconocerse que, como ya se ha señalado, el vigente art. 19.4 LAI no solventa el problema de las *Kafalas*

²³ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, Nº 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2007, pág. 2597, tomo 2, Editorial La Ley. En esta obra, el autor critica igualmente que detrás de las prohibiciones de adopción existen ideas religiosas, que son extrañas a la concepción laica que inspira el sistema español, a las cuales se supedita la solución ante una situación que necesita protección.

²⁴ Esta expresión es la empleada por A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.118.

²⁵ Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, pp.118 y 119.

²⁶ https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/memoria2012_vol1_circu_08.pdf?idFile=622a8616-21e8-4e66-9851-f9653fe94d03.

²⁷ Aquí, hay que hacer notar que el vigente art. 19.4 LAI no contempla la referencia a la imposibilidad de repatriación del menor, una vez comunicada la situación a las autoridades de su país de origen, tal y como venía recogida en el Proyecto de Ley de Adopción Internacional, antes de la tramitación parlamentaria, lo que parece mucho más acorde con el interés del menor. Como algún autor afirmó en su momento, semejante previsión hacía prevalecer la condición de inmigrante sobre la necesidad de protección. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica...cit.”

²⁸ Vid. A. DURÁN AYAGO, en “Aspectos internacionales de la reforma del sistema de protección de menores. Especial referencia a la adopción internacional”, *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 444 y A. LÓPEZ AZCONA, “Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXX, Núm. 2185, Enero de 2016, p.79. En la misma línea, también puede consultarse *el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley de Protección a la Infancia*, p.92, en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-Proteccion-a-la-Infancia>.

transnacionales, en las cuales el menor es trasladado a nuestro país, inmediatamente después de su constitución, por sus titulares, que suelen ser españoles y con residencia habitual en España²⁹.

19. Ante las dudas que genera la redacción del apartado 4 del art. 19 LAI, la Fiscalía General del Estado ha emitido un dictamen, en el cual fija los criterios para aplicar la prohibición que el mencionado precepto establece. Resumiendo, la Fiscalía deja bien sentado que dicha restricción regirá cuando se constate suficientemente que la legislación del país del que es nacional el adoptando prohíbe o no contempla la adopción, como es el caso de Marruecos. Además, exige que el menor no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción, manteniendo, por tanto, la suya de origen. Por último, conforme al último párrafo del art. 19.4 LAI, la Fiscalía indica que la mencionada restricción no operará cuando el menor esté en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública³⁰.

20. En cualquier caso, la prohibición del nuevo art. 19.4 LAI no es una solución extraña a nivel de Derecho comparado y así, es posible encontrar en los países de nuestro entorno normas que establecen ciertas cautelas a la hora de constituir una adopción respecto de un menor cuya ley nacional desconoce o prohíbe la institución. En este sentido, cabe mencionar las respuestas previstas en el Derecho belga y en el Derecho francés, por ser donde se ha planteado de forma especial la problemática de las adopciones de menores procedentes de Estados que desconocen o prohíben la institución adoptiva y principalmente, por lo que respecta a menores en relación con los que se ha establecido una *Kafala*.

21. Así, en lo referente al Derecho belga, la *Loi du 6 décembre 2005* incluyó preceptos específicamente dedicados a las adopciones de menores procedentes de países que desconocen la adopción, con la finalidad de que tales adopciones pudieran llevarse a cabo en Bélgica, particularmente, por lo que se refiere a los menores respecto de los cuales se hubiera constituido una *Kafala* en Marruecos. En concreto, la citada ley introdujo el art. 361.5 del *Code Civil* belga, que establece una serie de condiciones que, junto con las exigencias generales previstas para toda adopción, deberán cumplirse para que se autorice el traslado del menor a Bélgica y se permita la adopción. De entre ellas, cabe destacar las siguientes: debe tratarse de un menor huérfano de padre o de madre, o que haya sido declarado en situación de abandono, que se encuentre bajo la tutela de la autoridad pública, de tal manera que se excluye la posibilidad de que sea adoptado en Bélgica un menor respecto del cual se haya decretado una *Kafala* intrafamiliar. Al mismo tiempo, se requiere que la autoridad competente del Estado de origen del menor autorice su desplazamiento a Bélgica, a fin de que se establezca de forma permanente en este país y por último, las autoridades competentes del Estado de origen y del Estado de recepción deben de formalizar por escrito un acuerdo, por el cual se confía el menor a los adoptantes. Sólo si se cumplen todas los requisitos dispuestos en el art. 361-5 del *Code civil* belga los adoptantes pueden viajar al país islámico de que se trate, en particular, a Marruecos, para formalizar la *Kafala* y recibir la preceptiva autorización de las autoridades competentes del Estado de origen del menor para su traslado a Bélgica y así, poder obtener el preceptivo visado que le permita establecerse en dicho país. Del mismo modo, cumplidos todos estos formalismos y una vez que el menor se encuentre en territorio belga, podrá procederse a su adopción por los tribunales competentes³¹.

22. En cuanto al Derecho francés, la *Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale* modifica el segundo párrafo del art. 370-3 *Code civil*, para disponer que la adopción de

²⁹ Por el Consejo Fiscal se puso de relieve que no queda claro si la prohibición que incorpora este precepto opera igualmente en relación con menores que han sido trasladados a nuestro país y residen habitualmente en España. Vid. *Informe del Consejo Fiscal al anteproyecto de Ley de protección de la infancia*, p.92, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/2914INFORME%20CF%20LEY%20PROTECCION%20INFANCIA.pdf?idFile=ccc43a18-67fc-470d-8bb2-172759eff938.

³⁰ Se trata del *Dictamen 3/2016, sobre la incidencia de la reforma de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, respecto al tratamiento de la kafala*, https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Dictamen%203-2016.%20Kafala,%20revisio?idFile=653f0e61-dcaf-4155-b458-86e45fcd3d2.

³¹ Además de los arts. 361-5 y 361-6 *Code civil* belga, puede consultarse: « L'adoption internationale :le bilan 7 ans après la réforme », *Dossier thématique L'ADDE*, Septembre 2010, Culture, Education Permanente, p.16 y B. BERTRAND, « Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala ? », *JDJ* n°258 - octobre 2006.

un menor extranjero no podrá formalizarse en Francia si la ley personal de éste la prohíbe, salvo si el menor ha nacido y reside habitualmente en Francia³². Sobre este precepto se dijo que podría resultar contrario a los arts. 6. 8 y 14 del CEDH³³. A este respecto, cabe traer a colación la STEDH, Sección 5^a, de 4 de Octubre de 2012, rec. 43631/2009 (*Affaire Harroudj c. France*), que resolvió el recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal de Grande Instance de Lyon, por una ciudadana de nacionalidad francesa, ante la imposibilidad de adoptar en Francia a una menor argelina, que se encontraba en situación de abandono y respecto de la cual las autoridades argelinas habían decretado una *Kafala*. Como motivos del recurso, la recurrente invocó la violación por parte de la ley francesa de los arts. 8 y 14 del CEDH. Sobre esta cuestión, el TEDH dejó bien sentado que no se infringió la norma alegada por la parte recurrente, argumentando, entre otros motivos, que la prohibición que establece el art. 370-3 del *Code civil* es acorde con lo previsto en el CH 1993, mientras que la *Kafala* es una medida de protección de menores expresamente recogida tanto en el Convenio de Nueva York sobre derechos del niño como en el CH 1996. De la misma manera, el TEDH observó que la *Kafala* judicial es reconocida de pleno derecho en el Estado francés, donde se equipara a una tutela. Por todo ello, el Tribunal entendió que el Estado francés, en aplicación de las normas convencionales antes citadas, articula un sistema flexible entre el Derecho del Estado de origen de la menor y el Derecho francés, de tal manera que la medida que incorpora el art. 370-3 del *Code civil* respeta el pluralismo cultural y mantiene un justo equilibrio entre el interés público y el de la recurrente³⁴.

23. Vistas las soluciones que se proponen en el ámbito del Derecho comparado, hay que concluir que el sentido del actual art. 19.4 LAI resulta mucho más respetuoso que el del anterior art. 19 LAI y se encuentra en la línea del art. 370-3 del *Code civil* francés, que permite la adopción cuando presenta unos vínculos muy estrechos con territorio francés. Sin embargo, no puede olvidarse que la respuesta del apartado 4 del art. 19 LAI, al igual que la de la legislación francesa, tampoco facilita una salida adecuada al supuesto más controvertido, cuál es el de la adopción de aquellos menores que han sido objeto de una *Kafala* transnacional. Tal vez, por este motivo, la modificación de la LAI debería haber tenido en cuenta lo previsto en el art. 361-5 del *Code Civil belga*, toda vez que aboga por el consenso entre las autoridades del Estado de origen del menor y las autoridades del Estado de recepción. Aún con todo, cabría la posibilidad de matizar el art. 19.4 LAI por la vía del art. 9 LAI, que prevé un sistema de cooperación de autoridades coordinado a través de las reglas del CH 1993. O incluso, con apoyo en el art. 21. e) CDN, podría recurrirse a la “concertación de arreglos o acuerdos bilaterales” sobre esta materia. De este modo, se conciliarían en mayor medida los principios fundamentales de la sociedad española con los valores substanciales presentes en las sociedades musulmanas, al mismo tiempo que se garantizaría el interés del menor.

³² La reforma ha sido objeto de críticas, en particular, porque no soluciona los problemas que suscita la formalización de *Kafalas* respecto de menores procedentes de países islámicos, sobre todo de Marruecos y Argelia, habida cuenta que dichos menores no reúnen las condiciones que exige el vigente art. 370-3 del *Code civil* para ser adoptados. A este respecto, se ha llegado a decir que el legislador francés ha sacrificado el interés de los menores abandonados en aras de la diplomacia, haciendo hincapié en que Francia era el único país de Europa que no permitía la adopción de los menores en situación de *Kafala*. Igualmente, se ha puesto de manifiesto como, en ocasiones, los tribunales franceses se han mostrado reacios a aplicar el art. 370-3 del *Code civil* en toda su extensión, por entender que confina al niño en un estado que no se corresponde con el actual entorno socio-legal y ello no resulta aceptable. Vid. MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », <http://droitcultures.revues.org/2138#bodyftn18>.

³³ Vid. MARIE-CHRISTINE LE BOURSICOT, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation », <http://droitcultures.revues.org/2138#bodyftn18>.

³⁴ En similares términos se pronunció el TEDH en el *Caso Chbihi Loudoudi y otros contra Bélgica*. (Sentencia de 16 diciembre 2014. TEDH 2014\101). Así, el Tribunal, ponderando los intereses en conflicto, concluye que no existe violación del art. 8 CEDH por la negativa de las autoridades belgas de no acordar una adopción, en tanto que del mismo no se desprende “una concepción unívoca del interés superior de la menor que exigiría el pronunciamiento de la adopción en el sentido de la legislación belga, cuando la niña ya disponía de una filiación previa”. Más aún, cuando la ley belga ofrece la posibilidad de garantizar la vida familiar a través de un procedimiento de tutela oficiosa, cuyos efectos se asemejan a los de la *Kafala*.

IV. Análisis de los Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017

24. Ambas resoluciones tienen en común que las mismas acuerdan la procedencia de la adopción de menores nacionales de Marruecos, que, en el momento de la solicitud de adopción, se encontraban en situación de *Kafala*, previamente constituida mediante sentencia por las autoridades del país vecino. Se trataba, entonces, de *Kafalas* judiciales respecto de niños abandonados. Igualmente, en los dos casos, los adoptandos residían habitualmente en España al tiempo de la adopción, si bien, ninguno de ellos adquirió la nacionalidad española en virtud de la misma, sino que conservaron su nacionalidad de origen.

25. Para una mejor comprensión del contenido de ambas resoluciones, parece oportuno dividir este epígrafe en dos apartados distintos. En el primero de ellos se expondrán resumidamente los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de los dos autos, a fin de extraer la doctrina establecida en los mismos. A continuación, en el segundo de los apartados, se estudiarán con mayor detenimiento los razonamientos jurídicos vertidos en el fallo de las decisiones de estos dos tribunales.

1. Extracto de ambas resoluciones

26. Siguiendo un orden cronológico, se comenzará por el AAP Islas Baleares de 25 de octubre de 2017. Esta decisión resuelve el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal frente al auto dictado en primera instancia, por el cual se aprobó la adopción de un menor marroquí por el matrimonio al cual se había atribuido la titularidad de la *Kafala*. En este caso, a pesar de constar el informe desfavorable del Ministerio Fiscal, el Juez “a quo” consideró determinante la positiva integración del adoptando en la familia solicitante, habida cuenta la situación de convivencia y residencia en España que se había generado entre ellos, como consecuencia de la *Kafala*, desde el mes de Noviembre de 2013.

27. Como fundamento de la impugnación, el Ministerio Fiscal reitera los motivos de oposición alegados en primera instancia, basados en las siguientes circunstancias: que el adoptando mantiene su nacionalidad originaria y que ha quedado acreditado que no se encuentra en situación de desamparo y tutelado por la Entidad pública. Estos dos extremos, junto con el hecho de que la ley marroquí no contemple la institución adoptiva (art. 149 de la *Mudawana*), bastarían, a juicio del Ministerio Fiscal, para impedir la constitución por las autoridades españolas de la adopción respecto de este menor, en aplicación de la prohibición que contiene el art. 19.4 LAI³⁵.

28. Por su parte, el Tribunal “ad quem” delimita el sentido de la restricción del art. 19.4 LAI a la luz del Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015, entendiendo que lo que no se permite es la constitución de “adopciones de menores cuya ley nacional las prohíba, con alguna matización, para evitar la existencia de adopciones que atenten gravemente a la seguridad jurídica del menor”. En este sentido, la Audiencia Provincial argumenta que la ley marroquí (la *Mudawana*), correspondiente a la nacionalidad del adoptado, no prohíbe expresamente la adopción, sino que, simplemente, en la misma no existe esta institución, llevándose a cabo la máxima protección de los menores abandonados mediante la figura de la *Kafala*, regulada en la Ley nº 15-01. Por este motivo, la Sala obvia que el art. 19.4 LAI también veta la adopción cuando la ley nacional del adoptado no contempla esta institución y concluye que debe primar la interpretación más favorable para el interés del menor, de acuerdo con lo previsto en el Considerando II del Preámbulo de la Ley 8/2015 y en el propio Considerando IV del Preámbulo de la Ley 26/2015. En consecuencia, teniendo en cuenta que, a su entender, el *favor minoris* consiste en el presente caso en no perpetuar la situación de *Kafala* en la que se encuentra el menor, la Audiencia Provincial confirma la resolución impugnada y por consiguiente, la válida constitución de la adopción.

³⁵ En este punto, debe observarse que en el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares no se menciona expresamente el dato de la nacionalidad de los adoptantes, si bien, es evidente que necesariamente ha de tratarse de ciudadanos extranjeros, en tanto que, como se acaba de explicar, el Ministerio Fiscal aduce que el “adoptado conserva su nacionalidad de origen”.

29. En el supuesto examinado por el AAP de Girona de 18 de diciembre de 2017, es la solicitante, a quien previamente las autoridades marroquíes le habían asignado la titularidad de la *Kafala*, la que se alza frente a la resolución dictada en primera instancia. Así, la apelante solicitó en su recurso la revocación del auto por el cual se denegó la constitución de la adopción, al acoger el Juez “a quo” el dictamen del Ministerio Fiscal, que se opuso, a la vista de la nacionalidad marroquí de la menor y de la adoptante y sobre la base de que la ley nacional de la adoptanda prohíbe la adopción y sólo prevé la *Kafala* o acogimiento.

30. En síntesis, para resolver la apelación, primeramente, la Audiencia Provincial examina la doctrina de la DGRN en relación con la *Kafala*, que establece que sus efectos no resultan equivalentes a los de la adopción española, remitiéndose, en cuanto a su eficacia, a lo dispuesto en el art. 34 LAI. Resulta curioso que, seguidamente, la Sala aluda al art. 30.4 LAI, en aparente contradicción con lo anterior, toda vez que este precepto está específicamente previsto para la conversión de la adopción simple o no plena en una adopción tal y como se regula en el Derecho español y habida cuenta que la *Kafala* no puede equipararse a una adopción simple, puesto que no instituye vínculos de filiación.

31. Por lo que respecta a la constitución de la adopción, el Tribunal “ad quem” aplica la ley española, en virtud del art. 18 LAI, norma a la que dirige igualmente el art. 235 - 44 del Código Civil de Cataluña (CCC). El párrafo 4 del mencionado precepto es especialmente invocado por la Audiencia Provincial, en cuanto que faculta al Tribunal para acordar la procedencia de la adopción en interés de la adoptanda, habida cuenta que en el país de origen de la menor no existe la adopción ni otra institución equivalente y toda vez que la *Kafala* constituye una figura análoga al acogimiento o tutela con carácter permanente. Del mismo modo, hace gravitar su decisión en el art. 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (CDN), que contempla en derecho a la protección y asistencia especiales del Estado del que gozan los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, y cuyo respeto garantiza el art. 235-44-1 CCC. No obstante, pese a reproducir literalmente su contenido, la Sala no toma en consideración que, entre las instituciones de protección recogidas en el art. 20 CDN, se encuentra también la figura de la *Kafala*.

32. En definitiva, la Audiencia Provincial revoca el auto dictado en primera instancia y decreta la adopción de la menor, sobre la base de su positiva integración en la familia adoptante. Sin embargo, ninguna alusión hace la Sala a la prohibición recogida en el art. 19.4 LAI, olvidando que el art. 235-44-4 CCC, supedita la constitución de la adopción a que las normas de Derecho internacional privado aplicables la permitan. La cuestión no es baladí, pues, recuérdese que el Juzgado de Primera Instancia denegó la adopción con fundamento en la limitación contenida en el art. 19.4 LAI, tal y como solicitaba el Ministerio Fiscal.

2. Reflexiones en torno a los fallos de ambas decisiones

33. A lo largo de este trabajo se ha examinado el tratamiento que otorga el ordenamiento jurídico español a la *Kafala* y estudiado el art. 19.4 LAI, tanto por lo que se refiere a sus antecedentes legislativos y de origen, como por lo que respecta a su interpretación doctrinal y jurisprudencial, atendiendo, asimismo, a las soluciones que se plantean desde la perspectiva del Derecho comparado. Este análisis ha permitido obtener una serie de deducciones que cabe poner en relación con las decisiones de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares y de la Audiencia Provincial de Girona, con la finalidad de resolver si estos Tribunales han aplicado correctamente el art. 19.4 LAI.

34. Previamente al planteamiento de las consideraciones alcanzadas, debe indicarse que en los dos casos se ha tenido que constatar el cumplimiento de los requisitos del art. 34 LAI, lo que, como ya se ha explicado, conduce a equiparar funcionalmente la *Kafala* al acogimiento o a la tutela previstos en el Derecho español. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona hace constar expresamente que, en efecto, en ese procedimiento concurren todas las exigencias del citado precepto. Por el contrario, nada se

dice en el Auto de la Audiencia Provincial de Baleares, si bien, de los datos que obran en la resolución se desprende que se dan los presupuestos del art. 34 LAI, puesto que se ha examinado la sentencia marroquí por la que se acordó la *Kafala* y se dice que el menor se encuentra en España en situación de acogimiento.

35. Dicho esto, en primer lugar, hay que puntualizar que los supuestos objeto de ambos autos no tienen su fundamento en el modelo típico de *Kafala* transnacional, que comporta el traslado de un menor a nuestro país por ciudadanos españoles y residentes en España, con la finalidad de fijar aquí su residencia habitual. Cuando esto sucede, no cabe duda que, a la vista de la legislación vigente, la adopción debe regirse por la ley española, conforme a lo previsto en el art. 18 LAI, sin que pueda operar la restricción del art. 19.4 LAI, pues no resulta aplicable la ley nacional del adoptando, que, recordemos, prohíbe la adopción, en lo referente a su capacidad, en virtud del art. 19, dado que el menor, por lo general, ya reside en España en el momento de la adopción y además, adquiere la nacionalidad española como consecuencia de la misma, en virtud del art. 19 Cc.

36. Ciertamente es que la resolución que se dicte por los Tribunales españoles será una decisión claudicante, que no surtirá ningún efecto en el país de origen del menor, pero, también es verdad que el supuesto presenta una estrecha vinculación con España y que el adoptando se encuentra perfectamente integrado en la sociedad española. En consecuencia, las posibilidades de que la adopción haya de desplegar efectos en el Estado del que es nacional el menor son escasas y por consiguiente, resulta claro que el interés del menor requiere que se acuerde la constitución de la adopción³⁶.

37. Por el contrario, tanto la resolución de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares como la de la Audiencia Provincial de Girona tienen por objeto la adopción de un menor en situación de *Kafala*, de nacionalidad marroquí y que, aunque reside en España, no adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción. Se trata, igualmente, de niños que no están en desamparo ni tutelados por la Entidad Pública, puesto que se encuentran debidamente protegidos a través de la institución de la *Kafala*. Luego, la respuesta no puede ser la misma que en la situación descrita en los párrafos precedentes. Ello, por cuanto, aunque el niño resida en España y se aplique la ley española, conforme al art. 18 LAI, la no adquisición de la nacionalidad española por el menor como consecuencia de la adopción motivaría que la capacidad del adoptado se rigiese por su ley nacional, en virtud del art. 19.1 LAI.

38. Es verdad que el juez podría descartar la aplicación de la ley extranjera, en este caso, la marroquí, con fundamento en el apartado 2 del art. 19 LAI, puesto que con ello no se favorecería la validez de la adopción en el país de origen del menor, lo que, indudablemente, sucedería habida cuenta que, en ambos casos, los adoptados son naturales de Marruecos, cuya legislación no regula la institución adoptiva. Ahora bien, como ya se ha indicado, este precepto ha sido matizado con la prohibición del apartado 4 del art. 19 LAI, que impediría la constitución de la adopción en tanto que la ley marroquí no contempla esta institución. Más aún, cuando la vinculación con España de los dos supuestos enjuiciados en ambos autos es menor, toda vez que no sólo el menor es marroquí, sino que, además, los adoptantes también son extranjeros, motivo por el cual, se incrementan las posibilidades de una adopción claudicante, pues, no está tan claro que, en algún momento, no resulte necesario instar la eficacia de dicha adopción ante las autoridades marroquíes.

39. En cuanto a la motivación de las respectivas Salas para decretar la válida constitución de la adopción, a las cuestiones comunes a ambas resoluciones, expuestas en los párrafos anteriores, deben añadirse algunas consideraciones específicas propias de cada resolución. Comenzando por el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, debe puntualizarse que, efectivamente, existe una contradicción entre lo dispuesto en el Considerando IV del Preámbulo la Ley 26/2015 y en el apartado 4 del art. 19 LAI, toda vez que aquél únicamente veta la adopción en los supuestos en que la ley nacional del adoptado prohíba dicha institución. No obstante, no puede desconocerse que el Tribunal Constitucional

³⁶ En este sentido, resulta muy ilustrativa la opinión de A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *La Ley* 54/2007...cit, pp.134-136.

ha puntualizado que el Preámbulo de las leyes, “no tiene valor normativo”, sino que, simplemente, es “un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las leyes”³⁷. Como tampoco hay que olvidar que en la interpretación de las normas habrá que atender al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas”, teniendo en cuenta, principalmente, su “espíritu y finalidad” (art.3 Cc).

40. Por ello, el razonamiento del Tribunal “ad quem” basado en el Preámbulo de la Ley 26/2015 y en el dato de que la ley marroquí no prohíbe expresamente la adopción, carece de fundamento, porque, tal como se ha explicado, la prohibición del art. 19.4 LAI trae causa del compromiso asumido por el Gobierno español para desbloquear la tramitación de las *Kafalas* en relación con los solicitantes españoles, habida cuenta las restricciones introducidas en el país, ante el temor de que los menores fueran objeto de adopción y educados al margen de la fe islámica, una vez en España. Como tampoco hay que dejar de lado aquí que el Corán prohíbe la institución adoptiva y que la *Mudawana* o Código de la Familia de Marruecos, en su art. 149, declara la nulidad jurídica de la adopción.

41. Del mismo modo, la Audiencia Provincial de Baleares también olvida que el propio Considerando IV de la Ley 26/2015 justifica la prohibición del art. 19.4 LAI en la necesidad de evitar las adopciones claudicantes, que atentan gravemente a la seguridad jurídica del menor. Igualmente, la Sala no toma en consideración que la Exposición de motivos de la LAI conecta la determinación de la ley aplicable a “procurar la mayor validez internacional de la adopción constituida en España”, hasta el punto de que el texto normativo llega a vincular el interés del menor con dicha circunstancia (art. 20 LAI).

42. Por último, en cuanto a la interpretación que realiza este Tribunal del art. 19.4 LAI con fundamento en el Considerando II del Preámbulo de la Ley 8/2015 y que le lleva a identificar el interés del menor con la adopción para no perpetuar la situación de acogimiento, hay que hacer notar que la misma no tiene en cuenta la Jurisprudencia del TEDH, antes comentada, que establece que la *Kafala* es una medida de protección de menores expresamente reconocida en normas internacionales y en consecuencia, garantiza la vida familiar de los menores. Más aún, cuando el art. 34 LAI articula mecanismos para asimilar esta a otras medidas de protección de menores previstas en el Derecho español, como son el acogimiento y la tutela.

43. En relación con el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, cabe agregar a lo ya explicado, que, tal como ya se ha apuntado, este Tribunal parece incurrir en contradicción cuando cita el art. 30.4 LAI, relativo a la conversión de la adopción simple, después de establecer que la *Kafala* no puede surtir en España los efectos de la adopción española, lo cual es evidente, en tanto que no establece vínculos de filiación, y de supeditar su eficacia a lo dispuesto en el art. 34 LAI. Luego, la mención al art. 30.4 LAI, en los términos expresados por la Audiencia Provincial, resulta de todo punto innecesaria e incluso, puede inducir a error, dado que la *Kafala* tampoco resulta equivalente a una adopción simple y por consiguiente, no puede ser objeto de conversión en una adopción tal y como se regula en el Derecho español. Tan sólo cabe su equiparación a un acogimiento o a una tutela, de conformidad con lo establecido en el art. 34 LAI, precepto éste que expresamente recoge la eficacia en España de las decisiones extranjeras relativas a instituciones de protección de menores que no produzcan vínculos de filiación.

44. Pero, la consideración más relevante que debe hacerse a esta resolución se basa en el hecho de que la Sala aplica la ley española, en virtud del art. 18 LAI en relación con el art. 235- 44 CCC y muy especialmente, con su párrafo 4, que permite la adopción en supuestos como los que nos ocupan, siempre “que lo permitan las normas de derecho internacional privado aplicables.” Y pese a ello y aunque la prohibición del art. 19.4 LAI sirvió como fundamento para rechazar la adopción en primera instancia, la Audiencia Provincial omite cualquier referencia al art. 19 LAI, que para la capacidad ordena dar entrada a la ley nacional del adoptando e impide la adopción si dicha ley nacional la prohíbe o no la contempla.

³⁷ STC 36/1981, de 12 de noviembre (LA LEY 12917-JF/0000), FJ 7.

45. Para terminar, tan solo recordar que, al igual que la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, el auto de la Audiencia Provincial de Girona se aparta de la doctrina del TEDH, al entender que la adopción es necesaria para consolidar la integración de la menor, aunque, entre las instituciones de protección incorporadas en el art. 20 CDN, expresamente mencionado en la resolución, se contempla no sólo la institución adoptiva, sino igualmente y en el mismo plano, la figura de la *Kafala*. Ello, sin contar con que la Sala tampoco ha tenido en cuenta que el art. 21. c) del propio CDN ordena a los Estados contratantes velar por que “el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen.” Es obvio, que difícilmente se podrá cumplir con este mandato cuando el adoptando proceda de un Estado donde se prohíba o se desconozca la institución adoptiva³⁸.

V. Conclusiones

46. Las normas de conflicto recogidas en la LAI para la constitución de la adopción internacional por autoridades españolas planteaban, ya desde su tramitación parlamentaria, una serie de inconvenientes, que no se solventaban en el texto original de la ley, ni tampoco han recibido respuesta satisfactoria tras las últimas reformas legislativas. Las mayores dificultades surgen cuando, junto a la ley sustantiva española, hay que dar entrada a una ley extranjera, como la del país del cual es nacional el adoptando, reguladora de su capacidad, en particular, cuando el Estado de origen prohíbe o no contempla la institución adoptiva. A este respecto, tomando como punto de partida el tratamiento de esta cuestión por nuestras normas de Derecho Internacional Privado y la jurisprudencia del TEDH, conjuntamente con el detallado análisis del fallo de los Autos de la AP Islas Baleares 25 octubre 2017 y de la AP Girona 18 diciembre 2017, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

47. Primera: Al introducir el apartado 4 en el art.1 9 LAI, el legislador español ha tomado en cuenta dos consideraciones principales, a las que deberían atender también los jueces y tribunales españoles a la hora de aplicar la prohibición que contiene el citado precepto:

- 1^a) La vinculación del supuesto en cuestión con nuestro país y por ende, la escasa o nula conexión de la adopción con el Estado de origen del menor, para lo cual habrá que valorar el grado de integración del adoptado en la sociedad española, examinando elementos tales como la nacionalidad y residencia habitual de las partes.
- 2^a) El propósito de la Ley 26/2015 y de la propia LAI, de evitar las adopciones claudicantes, a las que se considera contrarias al interés del menor. Evidentemente, este punto se encuentra estrechamente relacionado con el anterior, puesto que cuanto mayor sea la integración del adoptado en la sociedad española, menos posibilidades tendrá la adopción de desplegar efectos en el país de origen del menor.

48. Son, por tanto, estas dos circunstancias las que, ponderando el grado de vinculación de la adopción con España y en función de la mayor validez internacional de la adopción constituida en nuestro país, justifican, a la vista de la legislación vigente, que la adopción se rija exclusivamente por la ley española (art. 18 LAI) o que se pueda dar entrada a una ley extranjera en los términos de los arts. 19 y 20, e incluso que se impida la constitución de la adopción si la ley nacional del adoptado prohíbe o no contempla esta institución (art. 19.4 LAI).

49. Segunda: Es evidente que el legislador español del 2015 olvida que, sin perjuicio de la justificación que ofrece el Preámbulo de la propia Ley 26/2015, la incorporación del apartado 4 al art. 19 LAI obedece a una clara finalidad: desbloquear la tramitación en Marruecos de *Kafalas* respecto de solicitantes

³⁸ Por lo demás, cabe traer a colación aquí la opinión de Calvo Caravaca y Carrascosa González, quienes sostienen que el art. 21 CDN 1989 admite que hay países que, con todo el derecho, prohíben o no regulan la adopción. Vid. A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley 54/2007...cit.*, p.143.

tes españoles y residentes en nuestro país, consideradas fraudulentas por las autoridades marroquíes, en tanto que pueden servir como soporte para una posterior adopción en España. Sin embargo, la realidad es que, ante una hipótesis de este tipo, el art. 19.4 LAI no puede impedir la constitución de la adopción, pues no se cumplen los presupuestos del art. 19.1 LAI, en tanto que lo habitual será que en el momento de la adopción el menor resida ya en España y no cabe duda de que adquirirá la nacionalidad española, en tanto que el adoptante es español.

50. En definitiva, se da la paradoja de que, aun siendo, justamente, las que dieron lugar al conflicto, estas adopciones no quedan cubiertas por el art. 19.4 LAI. Ello, puesto que se rigen únicamente por la ley española (art. 18 LAI), sin posibilidad de que opere la ley nacional del adoptado en lo referente a su capacidad, conforme al art. 19 LAI, habida cuenta la residencia habitual del menor en España y que el adoptando adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción. Lo cierto es que, si en verdad la intención del legislador fue impedir, en todo caso, la constitución ante las autoridades españolas de una adopción respecto de un menor cuya ley nacional la prohíba o no la contemple, lo lógico hubiera sido incorporar esta regla en un precepto independiente, fuera del art. 19 LAI, para, de este modo, desvincularla de los requisitos del art. 19.1 LAI.

51. Tercera: Indudablemente, las adopciones que traen causa de una *Kafala* transnacional, en la que sus titulares son ciudadanos españoles con residencia en España, presentan una muy estrecha vinculación con nuestro país y en consecuencia, resulta poco probable que tengan que surtir efectos en el Estado de origen del adoptando, al igual que ocurre cuando el menor se encuentra en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública española. No obstante, también es verdad que para evitar nuevas medidas restrictivas por parte de las autoridades de los países musulmanes, parece más oportuno, bien que, de forma similar a lo previsto en el CH 1993, el legislador español articule para estos casos un sistema de cooperación entre las autoridades españolas y las autoridades del Estado de origen de los menores (art. 9 LAI), o bien que se formalice algún tipo de acuerdo con estos países (art. 21.e) CDN). De este modo, se garantizaría en mayor medida el debido respeto a todos los intereses en conflicto, al mismo tiempo que se cumpliría con la intención de evitar adopciones claudicantes, en la que se inspira tanto la reforma de la Ley 26/2015 como la propia LAI.

52. Cuarta: Las resoluciones judiciales analizadas también dejan de lado que el origen de la prohibición del art. 19.4 LAI se sitúa en impedir la constitución por las autoridades españolas de una adopción en la cual el adoptando se encuentra en situación

de *Kafala*, previamente decretada en Marruecos. Como tampoco toman en consideración que el propósito de la incorporación de la referida limitación, según la Ley 26/2015, radica en evitar decisiones claudicantes, válidas en España, pero cuya existencia y validez no se va a reconocer en los Estados de origen de los menores, cuya ley prohíbe o no contempla esta institución. Sería deseable que los Tribunales españoles no perdieran de vista estas dos circunstancias, máxime, cuando el supuesto mantenga cierto grado de conexión con el país del cual es nacional el adoptando y no sea posible descartar que la adopción, en algún momento, deba surtir eficacia en este Estado. Tal como ocurre en los autos examinados, habida cuenta que los adoptantes son extranjeros y el adoptando conserva su nacionalidad de origen, pese a residir en nuestro país.

53. Quinta: Contrariamente a lo que resuelven las dos Audiencias Provinciales, la prohibición del art. 19.4 LAI forzosamente ha de impedir la constitución en España de la adopción de un menor cuando su ley nacional prohíba o no contemple esta institución, en aquellos supuestos en que dicha ley nacional gobierne su capacidad, lo que sucederá cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en nuestro país el momento de la constitución de la adopción, o aún teniéndola, no adquiera la nacionalidad española como consecuencia de la misma (art. 19.1 LAI). La aplicación de la ley nacional del adoptando no puede rechazarse ni tan siquiera con arreglo al art. 19.2 LAI, siendo la única excepción posible la prevista en el último inciso del propio art. 19.4 LAI, es decir, que el menor se encuentre en desamparo y bajo la tutela de la Entidad Pública.

54. Sexta: Nos encontramos ante normas de conflicto, que, recuérdese, tienen carácter imperativo (art. 12.6 Cc), por lo que el Derecho extranjero designado por ellas debe ser aplicado obligatoriamente por los jueces y tribunales españoles, salvo que opere la excepción de orden público internacional (art. 12.3 Cc), lo que no acontece en los supuestos examinados, dado que no existe un derecho a adoptar o a ser adoptado y toda vez que no siempre es la adopción la institución de protección que en mayor medida garantiza el interés del menor. En este sentido, nuestros tribunales habrán de armonizar los intereses en conflicto, tomando en consideración la realidad social y familiar, junto con el interés del menor. Así lo ha establecido el TEDH, al resolver que una prohibición como la que se contiene el art. 19.4 LAI no vulnera el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH. Más aún, cuando el art. 34 LAI contempla una solución para los problemas que puede suscitar la eficacia en España de una figura desconocida en el ordenamiento jurídico español, como es la *Kafala*, y habida cuenta que esta institución constituye uno de los mecanismos de protección establecido por el art. 20 CDN como adecuado para el cuidado y atención que el Estado debe garantizar a los menores temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

CROATIAN PUBLIC NOTARIES UNDER EUROPEAN CIVIL
PROCEDURE LAW. A COMMENTARY ON THE JUDGMENT
OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION
(SECOND CHAMBER) MARCH 9, 2017, CASE C-551/15 - *PULA
PARKING**

NOTARIOS PÚBLICOS CROATAS BAJO EL DERECHO
PROCESAL CIVIL EUROPEO. UN COMENTARIO SOBRE LA
SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN
EUROPEA (SALA SEGUNDA) 9 DE MARZO DE 2017, ASUNTO
C-551/15 - *PULA PARKING**

LUCIENNE SCHLÜRMANN

*Institute for comparative law, conflict of laws and international business law
University of Heidelberg, Germany*

Recibido: 15.07.2018 / Aceptado: 26.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4415>

Abstract: The decision “Pula Parking”, rendered by the European Court of Justice (ECJ) on March 9, 2017, deals with the recovery and enforcement of an unpaid debt resulting from the use of a public parking space. The main issue of the case is the question whether a Croatian notary, who is authorized under Croatian law to issue a writ of execution, qualifies as a “court or tribunal” responsible for “decisions or judgments” within the meaning of Regulation No 1215/2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters**. In the past, the ECJ has never addressed this particular issue concerning the interpretation of the Regulation. Consequently, the ruling will serve as a landmark decision for future cases.

Keywords: Brussels I bis Regulation, “civil and commercial matters”, term “court”, Croatian public notary.

Resumen: La decisión “Estacionamiento de Pula”, presentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJUE) el 9 de marzo de 2017, trata de la recuperación y el cumplimiento de una deuda pendiente de pago derivada del uso de un estacionamiento público. La cuestión principal del caso es la cuestión de si un notario croata, autorizado por la legislación croata a emitir un mandamiento de ejecución, califica como un órgano jurisdiccional responsable de “decisiones o sentencias” en el sentido del Reglamento no 1215 / 2012 sobre jurisdicción y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil **. En el pasado, el TJCE nunca se ha ocupado de esta cuestión particular relacionada con la interpretación del Reglamento. En consecuencia, el fallo servirá como una decisión histórica para casos futuros.

* European Court of Justice (ECJ) March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193.

** Regulation No 1215/2012 of the Europe Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ 2012 L 351, 1.

Palabras clave: Reglamento Bruselas I bis, materia civil y mercantile, término “tribunal”, notario público croata.

Summary: I. The facts of the case and their legal background. II. Preliminary Questions. III. The solution of the European Court of Justice. 1. The applicability *ratione temporis*. 2. The application of Article 1 of Regulation No 1215/2012 to publicly owned companies. 3. The application of Regulation No 1215/2012 to Croatian public notaries. IV. Review. 1. Admissibility of the second preliminary question. 2. Autonomous interpretation of “courts”: a methodical approach. 3. Coherence in European Private International Law instruments?. V. Conclusion.

I. The facts of the case and their legal background

1. Pula Parking d.o.o. is a company owned by the town of Pula in Croatia, which has been authorised through an administrative act to collect parking fees for the use of public parking spaces in the city. In September 2010, Sven Klaus Tederahn, a German resident at the time, parked his car in one of these public parking spaces. However, Mr Tederahn failed to pay both the parking fee and the parking ticket issued by Pula Parking within the required time frame. Therefore, Pula Parking lodged an application for enforcement with a Croatian public notary in Pula in February 2015.

2. Article 278 of the Croatian Enforcement Act (CEA) confers jurisdiction on public notaries to examine applications of enforcement that are based on “authentic instruments”. Under Croatian law, an invoice or extract from accounting records or any other document considered to be official qualifies as an “authentic document”.¹ Here, Pula Parking referred to extracts of its accounting records which proved that Mr Tederahn owed approximately 13 euros for using the public parking area in 2010, including a late payment fee. These documents constitute “authentic documents” and made a procedure under Article 278 CEA admissible. Therefore, the Croatian notary issued a writ of execution on March 25, 2015.

3. Because Mr Tederahn lodged an opposition to that writ according to Article 282 (3) CEA, the case was transferred to the Municipal Court of Pula on April 21, 2015. Article 282 (3) CEA authorizes an appellate procedure and assigns jurisdiction to a court in case of an opposition to a writ based on Article 278 CEA.² In his opposition, Mr Tederahn argued that the Croatian public notary, who issued the writ of execution, did not have substantive or territorial jurisdiction because of his habitual residence in Germany. This argumentation is supported by Croatian Law: Under the CEA, jurisdiction is given to a notary with an office in the territorial area of the *residence* or *registered office* of the *defendant* in the enforcement proceedings. Applications for enforcement made before a notary who does not have territorial jurisdiction will be dismissed by the court.³

II. Preliminary Questions

4. To settle the issue of territorial jurisdiction of a Croatian notary public, the Municipal Court of Pula decided to ask the ECJ for a preliminary ruling under Article 267 TFEU. The Court raised two questions:

The first question concerns the scope of Regulation No 1215/2012 and asks whether the legal nature of a party (here the public ownership of the Pula Parking company) has an impact on the applicability of the Regulation as it only applies to “civil and commercial matters” (cf. Art. 1 of the Regulation

¹ See Art. 31 CEA, J. GARAŠIĆ also speaks of “trustworthy” documents, J. GARAŠIĆ in *Introduction to the Law of Croatia*, edited by TATJANA JOSIPOVIĆ, Wolters Kluwer, The Netherlands, 2014, § 13.03 [B].

² See the provisions meaning explained in ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 12.

³ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 11.

No 1215/2012). The second and more important question deals with the issue whether a Croatian public notary falls under the term “court” or “tribunal” within the scope of Regulation No. 1215/2012 which applies to “judgments” or “decisions” rendered by “courts or tribunals” (see Article 2 lit. a)).

III. The solution of the European Court of Justice

5. Overall, one can agree with the answers of the European Court of Justice to the questions above that will be presented in the following paragraphs. After a brief summary of the main arguments (part III), the Court’s reasoning will lead to some general observations about the Court’s methods when interpreting Regulation No 1215/2012 (part IV).

1. The applicability *ratione temporis*

6. Mr Tederahn had pleaded before the ECJ that the Regulation No 1215/2012 was inapplicable *ratione temporis* because the Republic of Croatia joined the European Union not until July 1, 2013, whereas the parking contract had already been formed in 2010. Thus, the judgment of the ECJ starts with a short statement on the temporal scope of Regulation No 1215/2012. According to Article 66 (1) the Regulation applies to all legal proceedings instituted on or after January 10, 2015. In this case, the enforcement proceedings before the public notary commenced in February 2015 and were referred to the Pula Municipal Court on April 21, 2015. Therefore, the whole enforcement procedure falls under the temporal scope of Regulation No 1215/2012. According to the opinion of Advocate General (AG) Bobek and the Court’s final decision, the conclusion of the contract has no influence on the temporal applicability of the Regulation. Instead, Art. 66 (1) refers to the starting point of the proceedings, and thereby reflects a fundamental principle of intertemporal civil procedure law.⁴ Thus, substantive aspects of the case cannot be taken into account.

2. The application of Article 1 of Regulation No 1215/2012 to publicly owned companies

7. With its first question, the Pula Municipal Court raises the issue whether a contract formed between a natural person and a publicly owned company can be treated as a “civil or commercial matter” within the meaning of Article 1 of Regulation No 1215/2012.

8. As a first step, the Court confirms the principle of continuity as a method of interpretation of the (repealed) Regulation No 44/2001 and Regulation No 1215/2012. Both sets of rules use the terms civil and commercial matters in their respective Article 1 and, therefore, must be interpreted in a uniform way.⁵ Next, the Court states that “civil and commercial matters” are an autonomous concept that must be interpreted in light of the objectives of the Regulation and the general principles that originate from the foundation of the national legal systems.⁶

9. Starting from these general premises, the Court then refers to its wide case law on the term of “civil and commercial matters”: In the past, the Court had found that the nature of the legal relationship between the parties is decisive.⁷ The decision points to three factors to determine the legal relationship in the present case: First of all, one has to determine the different *interests* pursued in such a relationship. The management and maintenance of a public parking space is a task carried out with a public interest.

⁴ P.F.SCHLOSSER/B.HESS, *EU-Zivilprozessrecht*, 4th ed., C.H. Beck, Munich, 2015, EuGVVO, Art. 66 para 2; P.MANKOWSKI in: U.MAGNUS (ED.), *European Commentaries on private international law, Brussels Ibis Regulation*, Cologne, Otto Schmidt, 2016, Art. 66 para 4.

⁵ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 31.

⁶ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 33.

⁷ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 34 with references to the previous judgments of April 11, 2013, *Sapir and Others*, 645/11, ECLI:EU:C:2013:228, para 34 and September 12, 2013, *Sunico and Others*, 49/12, ECLI:EU:C:2013:545, para 35.

In contrast, the agreement between the parties as well as the enforcement of the claim constitute a purely *private* interest.⁸ Offering parking spaces for individuals does not require any public authority. The involvement of the public authority in this case is limited to the empowerment of the Pula Parking company by the mayor and does not include any authorisation for a compulsory execution. Even if the Court insists on its autonomous interpretation, this argumentation resembles the German *Interessentheorie* (interest theory) that is used in German public law to separate public and private actions of public authorities.⁹

10. In the following, in a second and third step, the Court analyzes the *character of the debt* and the *legal consequences* resulting from the missing payment of it: Here, the contract neither imposes any penalties nor - even more importantly - gives any power of self-enforcement to the Pula Parking company. Therefore, the Court concludes that the parking fee has a purely private character and lacks any punitive element indicating public influence. Consequently, the facts are covered by Article 1 of Regulation No 1215/2012.¹⁰

3. The application of Regulation No 1215/2012 to Croatian public notaries

11. The main issue of the case is the question whether a Croatian public notary involved in the enforcement proceeding of an “authentic document” falls within the scope of Regulation No 1215/2012.

As a first step, the Court clarifies again that the concept of a “court” within Regulation No 1215/2012 must be based on an autonomous definition of the term and must take into account the objectives, the overall structure and the origin of the Regulation.¹¹ Considering the fact that the terms “court” or “tribunal” are used several times in the Regulation without any definition of the term itself, one can only refer to the general provisions in Articles 1, 2 and 3 of the Regulation.

12. In the following, the argumentation of the Court appears to be systematic at first sight:¹² The ECJ states that Article 3 of Regulation No 1215/2012 explicitly includes Swedish and Hungarian authorities that are not considered to be part of the judiciary. This indicates that other public authorities not mentioned in this Article do not fall within the scope of the Regulation (*argumentum e contrario*). Consequently, the Court rejects a wide interpretation of the term “court” as proposed by the city of Pula and the Croatian government.¹³

Within the systematic analysis, the Court also discusses a functional approach laid down in Article 3 (2) of Regulation No 650/2012¹⁴: The provision explicitly encompasses not only judicial authorities but any authority exercising judicial functions. However, the ECJ rejects the parallel interpretation because Regulation No 1215/2012 does not contain such provisions.¹⁵

13. In support of its strictly systematic approach to interpret the term “court” autonomously, the ECJ then refers to the “well-established” principles of mutual recognition of judicial and extra-judicial decisions in civil matters (cf. Article 67(4) TFEU) that guarantee rapid and simple access to justice in the EU as an area of freedom, security and justice.¹⁶

The Court believes that the principles of mutual trust and recognition play a fundamental role in EU law and will gain more and more importance, especially in the area of European Civil Procedure

⁸ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 35.

⁹ Similar H.ROTH, “Vollstreckungsbefehle kroatischer Notare und der Begriff „Gericht“ in der EuGVVO und der EuVTT-VO“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, 41.

¹⁰ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 36 and 37.

¹¹ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 42.

¹² For a different interpretation see *infra* part V.

¹³ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 41 and 46.

¹⁴ Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession.

¹⁵ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 47 and 48.

¹⁶ See para 53 of the cited decision and the recitals 3 and 4 of Regulation No 1215/2012.

Law.¹⁷ At the same time, however, the Court takes on a rather practical perspective towards these aims in the content of Regulation No 1215/2012: The application of the principle of mutual trust by courts of the Member States requires a simple and a comprehensible way to identify foreign judgments that fall within the scope of the Regulation. Nevertheless, this “apparent” simplicity seems to encounter some difficulties in cases similar to the present one where the responsible authority has some kind of “split” competence.

14. Moreover, according to the ECJ’s reasoning, the principle of mutual trust in jurisdictional decision requires a guaranteed minimum of independence and impartiality as well as compliance with the principle of *audi alteram partem*.¹⁸ When applying this analysis to the present case, the Court finds that the procedure before a Croatian public notary does not comply with the principle of *audi alteram partes*, due to the absence of any prior notice of the writ of execution to the debtor.¹⁹ The Court argues that this reasoning is strengthened by the fact that notaries and courts in Croatia are generally part of two strictly separated systems.²⁰

IV. Review

15. The Court’s analysis and response to the first preliminary question on the applicability of Regulation No 1215/2012 to a dispute between a natural person and a publicly owned company appears to be accurate. The separation of public and private law in cases concerning public authorities forming private contracts must be decided on a case-by-case basis. The criteria mentioned in the present case safeguard the guidelines the Court has developed in the past to interpret Article 1 of Regulation No 1215/2012. Because of the multiple possibilities public authorities have to interact with private individuals, it does not seem beneficial to develop one definite rule. Instead, a variety of precise and feasible criteria has the most value for the Member States when interpreting the Regulation.

16. Similarly, one can agree with the result of the second question although its foundation seems to be rather insufficient and fragmentary. To explain this point of view in more detail, the following section will first analyse the admissibility of the preliminary question - an issue mentioned only briefly in the Opinion of the Advocate General *Bobek*²¹ but not at all discussed in the judgment. The following two paragraphs will then focus on the method of autonomous interpretation used by the Court.

1. Admissibility of the second preliminary question

17. Admissibility under Article 267 TFEU requires relevance of the matter in dispute for the pending proceeding of the referring Member State court. Thus, the question must be *essential* to render a decision.²² In the present case, one may doubt the admissibility of the second preliminary question:²³ The moment where, under Croatian law, the notary is forced to transfer the case to the municipal court (cf. Art. 282 (3) of the CEA), the case “enters” the judicial system. Every decision taken by the Croatian court, no matter the outcome, will be a decision by a “court” within the meaning of Regulation No 1215/2012. Unfortunately, the Municipal Court did not explain the reasons leading him to request a preliminary ruling. Nevertheless, one must take into account the following consideration: If the municipal court rejects the opposition for lack of jurisdiction, this reasoning will not be justified without examining

¹⁷ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 51 (with further references).

¹⁸ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 54, 55.

¹⁹ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 58.

²⁰ ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 56.

²¹ ADVOCATE GENERAL M. BOBEK, Opinion of October 27, 2016, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2016:825.

²² U.MAGNUS in U.MAGNUS (ED.), *European Commentaries on private international law, Brussels Ibis Regulation*, Cologne, Otto Schmidt, 2016, Introduction, para 121.

²³ ADVOCATE GENERAL M. BOBEK, Opinion of October 27, 2016, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2016:825, as well as J.WOLBER, “Der Begriff des “Gerichts“ im Europäischen Zivilprozessrecht am Beispiel kroatischer Notare“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2017, 680, 683.

whether the Croatian public notary had rightfully determined his territorial jurisdiction. For this analysis, however, it is important to know whether the notary is obligated to apply Regulation No 1215/2012.

18. In view of this reasoning, one must agree with the line of argumentation presented by AG *Bobek* in his opinion:²⁴ For AG *Bobek*, Article 267 TFEU includes a large presumption of relevance that cannot be completely rebutted in this case; the evaluation of this relevance is incumbent upon the Member State courts.²⁵ This cautious attitude towards the evaluation of relevance within the meaning of Article 267 TFEU is traditional for the ECJ case law.²⁶ In addition, the present case shows that a broadly understood presumption and a lenient position of the Court in case of missing or inadequate explanations concerning the relevance by the referring court may lead to a landmark decision that will simplify the application of the EU Private International Law instruments. This outcome seems to be based on political desire rather than on legally founded reasons.

2. Autonomous interpretation of “courts”: a methodical approach

19. In addition, the judgment in *Pula Parking* shows some interesting approaches to the general method of reasoning in the ECJ’s latest case-law:

As we have seen above (see *supra* IV.3.), the Court takes on a rather “systematic” approach towards the issues of the case. At first sight, it seems as if the Court explicitly rejects a “functional” approach as used in the interpretation of Art. 3 (2) of Regulation No 650/2012.²⁷ The reference to the separation of courts and notaries in the Croatian judicial systems points to an “institutional” definition of the term “court”.²⁸ However, this approach is not convincing: the core issues for the analysis are the similar (or different) *tasks* and *functions* as well as the similar (or eventually different) *procedures* of the two authorities, not in their classification within the judicial system. The subsequent reasoning is even less persuasive: The approach especially considers detailed characteristics of Member States’ legal systems which completely contradicts the widely quoted *autonomous interpretation* of the European Private International Law, a method explicitly outlined by the Court in the beginning of the judgment.²⁹

20. Nevertheless, one can argue that the Court uses a certain kind of “functional” approach in its argumentation. As discussed above, the decisive factor is the different *procedural settings* in a court room and before a public notary, especially regarding the rights of the parties. The principle of *audi alteram partes* is a fundamental principle that guarantees an equal process and the independence of the deciding authority.³⁰ Therefore, the Croatian courts and notaries seem to differ more with regard to the procedure and their judicial competences than to their institutional structure. Consequently, because these differences originate from different *tasks* of the authorities and, therefore, from the *function* they perform in a specific legal system, the Court ultimately uses a functional approach to justify its considerations.

21. As a result, the Court’s approach appears to resemble General Advocate *Bobek*’s proposal of a “two-part definition” of the term “court”:³¹ In a first step, *Bobek* proposes an institutional definition

²⁴ ADVOCATE GENERAL M. BOBEK, Opinion of October 27, 2016, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2016:825, para 37, 59 and 61.

²⁵ ADVOCATE GENERAL M. BOBEK, Opinion of October 27, 2016, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2016:825, para 60.

²⁶ B.W.WEGENER, in C.CALLIES/M.RUFFERT (ED.), *EUV/AEUV*, 5th ed., Munich, C.H.Beck, 2016, Art. 267 para 22 ff.

²⁷ See also H. ROTH, “Vollstreckungsbefehle kroatischer Notare und der Begriff „Gericht“ in der EuGVVO und der EuVTVO“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, 41, 43; J. WOLBER, “Der Begriff des “Gerichts“ im Europäischen Zivilprozessrecht am Beispiel kroatischer Notare“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2017, 680, 683.

²⁸ H. ROTH, “Vollstreckungsbefehle kroatischer Notare und der Begriff „Gericht“ in der EuGVVO und der EuVTVO“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, 41, 43.

²⁹ See ECJ March 9, 2017, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2017:193, para 33.

³⁰ This principle is namely based on Article 6 ECHR, cf. H.LINKE/W.HAU, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, 6th ed., Cologne, Otto Schmidt, 2015, chapter 3, para 3.48.

³¹ Proposing another approach H. ROTH, “Vollstreckungsbefehle kroatischer Notare und der Begriff „Gericht“ in der EuGVVO und der EuVTVO“, *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)* 2018, 41, 43.

with reference to the judicial structures of the Member States that is then completed, in a second step, by a functional definition to correct potential mistakes.³² Therefore, the ECJ's reasoning seems to be close to this approach. However, one must conclude, that unfortunately, the Court uses no clear method or sustainable criterion besides the well-known keywords of mutual recognition and trust.³³

3. Coherence in European Private International Law instruments?

22. The line of argumentation does not give a clear reason why the Court rejects a functional method in the present case, especially since it contradicts the approach used in Regulation No 650/2012. One explanation could be the fact that there is a difference between the "isolated" codification of the European Civil Procedural Law in Regulation No 1215/2012 and the Regulation No 650/2012 which contains both, jurisdiction and conflict of laws provisions. Yet, such a technicality should not be crucial for deciding on a *method of interpretation* of different European Law instruments. Another indication is the fact that most of the "contemporary" EU Private International Law instruments contain provisions in both areas.³⁴ To conclude, one has to mourn once again a lost opportunity for the ECJ to define the term of autonomous interpretation and to clarify the relationship between the numerous procedural instruments in European Private International Law.

V. Conclusion

23. The decision of the ECJ in the case *Pula Parking* shows that even several years after its implementation, the scope of Regulation No 1215/2012 is still unclear and leaves open many questions. Because of the still existing diversity in European legal and judicial systems, one can assume that new issues will arise in the future. The diversity of systems conflicts with the numerous instruments and methods in European Private International Law that were originally aimed at simplifying and harmonising access to justice in the European Member States. To advance this objective, the European Court of Justice must clarify its method of autonomous interpretation and at the same time provide content for well-known keywords such as "mutual trust and recognition". Furthermore, instead of posing as an objective, the term mutual trust and recognition should become a real "fundament" of the European area of freedom, safety and justice. The ECJ should shift towards a functional approach - potentially inspired by the functional method of comparative law - to ensure a coherent interpretation of European Private International Law.³⁵

³² ADVOCATE GENERAL M. BOBEK, Opinion of October 27, 2016, *Pula Parking*, 551/15, ECLI:EU:C:2016:825, para 83.

³³ J. WOLBER, "Der Begriff des "Gerichts" im Europäischen Zivilprozessrecht am Beispiel kroatischer Notare", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 2017, 681, 683.

³⁴ See the new Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes and Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships entering into force on 29 January 2019.

³⁵ The functional method of Comparative law was founded by KONRAD ZWEIGERT AND HEIN KÖTZ in their *Introduction to Comparative Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1992, pp 28.

Normas de publicación

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 (isabel.anton@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, ECLI:EU:C:1979:42.
- 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).